

RUY ALVES HENRIQUES FILHO

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS
CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS

Dissertação apresentada para obtenção
do título de Mestre.

Curso de Pós-Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme
Marinoni

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

Dissertação aprovada para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Comissão Formada pelos Professores:

Orientador: _____
Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

Curitiba, de de 2006.

À Marina.

AGRADECIMENTOS

Durante estes quase três anos, em meio a muito estudo, créditos vencidos e pesquisas, nasceu uma obra divina – minha filha Marina. Por ela, agradeço a Deus!

Obrigado, querida e amada Ana Lúcia – esteio lúcido dos meus passos.

Aos meus pais, sogros e familiares, pelo exemplo e paciência... obrigado.

Agradeço aos que por mim torceram. Espero que a cobrança seja proporcional e considere meus infinitos defeitos.

Agradeço ao Professor Luiz Guilherme Marinoni, pelo apoio e orientação, sabedor desde o início que a tarefa não seria fácil.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação, colegas e funcionários da Universidade Federal do Paraná, expresso a minha gratidão.

*"O homem semeia um pensamento e colhe uma ação
Semeia um ato e colhe um hábito
Semeia um hábito e colhe um caráter
Semeia um caráter e colhe um destino."
Swami Sivananda*

“Os tribunais têm certa capacitação para lidar com questões de princípio que o Legislativo e o Executivo não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o mistério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor”.

Alexandre M. Bicker. *The least dangerous branch.* 1986.

RESUMO

Este trabalho de dissertação do Mestrado em Processo Civil, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pretende atingir toda comunidade jurídica de modo a estimular o uso e estudo da nova modalidade legislativa denominada “cláusula geral processual”. Preliminarmente, falamos da atividade judicante e da transformação da postura do juiz no Processo Civil dentro da História. Anotamos a influência do pragmatismo na concepção das leis e revelamos os principais aspectos da jurisdição como tarefa estatal entre o absolutismo e o pós-positivismo. Em seguida, estudamos os princípios fundamentais insertos, explicitamente, ou, não, na Constituição Federal, suas dimensões e classificação, de modo a enquadrar a jurisdição efetiva como princípio constitucional fundamental derivado e prestacional. Abordamos a abertura das normas fundamentais e da obrigação do magistrado de julgar e distribuir o processo conforme à Constituição Federal, de modo supletivo e posterior ao legislador, aplicando o princípio da proibição de insuficiência. Além disso, defendemos a impossibilidade de limitação dos direitos fundamentais, principalmente em face da sua incidência no Processo Civil. Em continuidade, examinamos detidamente a teoria do filósofo e jurista, Ronald Dworkin, até atingirmos, com serenidade, o entendimento de que o juiz deverá fazer a concreção do mundo fático utilizando as normas de conteúdo indeterminado, a fim de alcançar o escopo da jurisdição constitucional. Estudamos o neoconstitucionalismo e seu reflexo na atividade processual civil e, ainda, a atividade judicial e conformação da lei à Constituição Federal, mormente, na ausência de procedimento adequado à tutela do direito material. Nesta trilha, em evolução, questionamos o "poder criador" do juiz, bem como anotamos a relevância do uso dos princípios, normas, valores e regras para a atividade de exegese. E, é a partir da possibilidade de colisão de direitos fundamentais, que se faz necessário indicarmos a utilização do princípio da proporcionalidade, como o propósito de dirimir a questão fundamental e, como consequência, atribuímos às cláusulas gerais o desempenho de um papel de modernização e de efetivação da jurisdição, em atenção ao direito fundamental de jurisdição efetiva. Finalmente, apontamos as funções e algumas das formas de controle da atividade de concreção do juiz no uso das cláusulas gerais, bem assim finalizamos com exemplos pontuais de cláusulas gerais processuais, hoje, em evidência.

SUMÁRIO

RESUMO	7
INTRODUÇÃO.....	10
1 A ATIVIDADE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL ANTIGO	13
1.1 AUTONOMIA E JUDICIALIDADE NOS SÉCULOS XVIII E XIX	17
1.2 O PRAGMATISMO VINCULANTE.....	20
1.3 DO ESTADO LIBERAL AO PÓS-POSITIVISMO	26
2 O JUIZ E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
2.1 TEORIAS PARA CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
2.2 ABERTURA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS	42
2.3 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	47
2.3.1 Direitos Fundamentais de primeira dimensão	52
2.3.2 Direitos Fundamentais prestacionais	56
2.3.3 Direitos Fundamentais de terceira dimensão	62
3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	65
4 O CARÁTER DÚPLICE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	73
5 LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	76
5.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O AUTOR E PARA O RÉU	78
6 NEOCONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO.....	84
6.1 A CONFORMAÇÃO DA LEI À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	88
6.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	92
6.3 A CONCREÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	97
6.4 VINCULAÇÃO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	107
7 INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA BASEADA EM RONALD DWORKIN.....	112
7.1 A <i>COMMON LAW</i>	113
7.2 A QUESTÃO DA INTEGRIDADE.....	116
7.3 O CONTRATO SOCIAL.....	121
8 O PODER “CRIADOR”	124

9 A FORMULAÇÃO DA NORMA FUNDAMENTAL.....	131
9.1 PRINCÍPIOS, REGRAS E VALORES	132
10 A COLISÃO NAS MÃOS DO PODER JUDICIÁRIO	137
11 ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	141
11.1 OS SUB-PRINCÍPIOS QUE INTEGRAM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	144
11.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	146
12 AS CLÁUSULAS GERAIS	148
12.1 A AUSÊNCIA DE “MODELO”	152
12.2 ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS	154
12.3 AS FUNÇÕES DAS CLÁUSULAS GERAIS	156
13 EXEMPLOS DE CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL	160
13.1 A UTILIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS	166
13.2 A SOFISTICAÇÃO DO CONTROLE DOS ATOS DO JUIZ	170
CONCLUSÃO PESSOAL	175
REFERÊNCIAS.....	176

INTRODUÇÃO

É justamente na época dos questionamentos em face do papel do Poder Judiciário perante a sociedade, em especial sua eficácia como instituição mantenedora da paz social pela justa distribuição da jurisdição constitucional, que surgem mecanismos legislativos destinados a viabilizar a concreção de normas abertas, em homenagem à efetividade das medidas judiciais, levando em estima os direitos fundamentais.

Em geral, questiona-se o papel clássico da jurisdição, notadamente, quanto ao seu significado etimológico, no sentido de dizer o “direito”, via provocação do órgão julgador pelos detentores de pretensões resistidas. Então, descerra-se a nova face da jurisdição no Estado Constitucional, de modo a permitir a leitura principiológica da tarefa do juiz, após o fim do positivismo e legalismo jurídico.

O pluralismo das normas fundamentais inseridas expressamente, ou não, na Constituição Federal, dá o tom da necessária releitura da atividade controladora da constitucionalidade das normas pelo juiz. O magistrado está autorizado a julgar o caso concreto, utilizando-se das ferramentas legislativas próprias, a fim de eliminar a inconstitucionalidade e a inadequação eventualmente presentes em lei-infraconstitucional, posto que neste contexto, tornam-se violadoras da norma maior.

A jurisdição do neoconstitucionalismo deve permitir a convivência de direitos fundamentais, de forma que o magistrado se valha das técnicas de interpretação conforme, bem assim da declaração parcial de nulidade sem redução do texto legal, na intenção de criar ou adequar a norma jurídica inexistente ou inadequada a partir da interpretação de acordo com a Constituição Federal e da aplicação do controle da constitucionalidade desde o primeiro grau de jurisdição; para isso, o julgador se servirá do princípio da proporcionalidade, com intuito de estabelecer uma decisão em caso de colisão dos direitos fundamentais, tudo em prol da efetividade da sua medida.

Sempre haverá aquele que pretenda ver a atuação do Poder Judiciário de modo previsível, calculado e não integrativo ao sentimento da norma fundamental, proporcionando, ao seu especulador, “segurança jurídica” em detrimento ao clamor da efetividade da jurisdição e sua temporariedade.

Ao considerar a evolução do papel do julgador na História, a partir do Absolutismo, passando pelo Estado Legislativo, até os dias atuais, buscaremos analisar sua função de controlador da constitucionalidade da lei, com o fito de demonstrar que o juiz precisa definir os elementos materiais do caso concreto para, na seqüência, procurar o sentido da norma ordinária à luz da Constituição Federal, e, finalmente, concretizar os valores constitucionais, de modo a propiciar a efetividade da jurisdição, segundo as necessidades do direito material.

Neste estudo, utilizaremos aspectos pontuais das linhas de pensamento de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Cristina Queiroz, Gustavo Zagrebelsky, Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Sarlet, entre outros grandes nomes das ciências jurídicas, chegando à conclusão de que a interpretação integrativa ganha força nas mãos do julgador, proporcionando a ele, tecnicamente, meios para enfrentar a crise dos poderes que enfraqueceram a tarefa jurisdicional.

A atividade do julgador nunca esteve tão em xeque: sua importância político-social se desenvolveu com o decorrer do tempo na sociedade organizada e será objeto de uma breve referência, enfocando sua inicial sujeição ao Poder Executivo até a superação, em tese, desta vinculação maldita.

Outrossim, verificaremos a função jurisdicional como obrigação – prestação do Estado Social, atrelada à resposta esperada por aqueles que provocam a tutela pública sob o argumento de estarem diante de norma fundamental. A efetividade da jurisdição é matéria a ser visitada neste escrito, bem como seu caráter constitucional e cogente, tendo em vista se considerar a “justiça” e a “segurança” produtos em extinção no direito moderno. É certo que, de nada vale a prestação tardia ou inadequada diante de novos direitos, posto que estes maculam, inclusive, a própria legitimidade do Poder Judiciário.

A conclusão da efetividade da jurisdição como obrigação – prestação do Estado Social, é determinada pela norma constitucional inserta no campo dos direitos fundamentais. Destarte, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, o direito à adequada tutela jurisdicional, garantido pelo princípio da inafastabilidade, é o direito à tutela correlata ao direito material e, principalmente, à realidade social.¹

Demais disso, encontraremos a indicação que a tarefa jurisdicional necessária somente será efetivada, em diversos casos, pela atividade executiva do

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 58.

juiz, via uso de normas processuais abertas; aí, sim, ele deferirá execução de suas decisões, maior efetividade, menor restrição e a esperada adequação que o caso concreto determina.

Neste quadrante, eis que as cláusulas gerais se tornam ferramentas especiais do direito (traduzido como integridade), quando nas mãos de operadores do direito; assim, natural concluir que os mecanismos positivados destinados a contribuir para a efetividade do processo, de modo algum, prescindem de uma leitura constitucional para seu manuseio. A concreção da norma aberta, é fato, liga, umbilicalmente, o exercício do direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, seja no seu aspecto de complementaridade via decisão judicial, seja pela justa dinamização do tempo de duração do processo.

Por último, parece-nos de bom alvitre, examinar a fundo as cláusulas gerais de conteúdo material e processual, apontando não só suas formas de implicação no caso concreto, mas, também seus parâmetros limitadores. Desta feita, restará ao sujeito do direito, a missão de encontrar os meios adequados e modernos para fazer o controle da atividade do juiz, o qual, na atualidade, desempenha seu papel com alto grau de subjetividade no que respeita à análise do caso concreto.

1 A ATIVIDADE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL ANTIGO

Sem olvidar que o alvo deste estudo é a atividade judicial na concreção dos direitos e aplicação das normas processuais de conteúdo aberto, é salutar voltarmos até aos primórdios da História, com a finalidade de ilustrar o processo de evolução da atividade do juiz e da própria jurisdição, atividade estatal que vem mudando a partir do ingresso dos valores sociais no campo da ciência jurídica positivada.

No início das civilizações organizadas, era o próprio soberano quem ditava as regras na Europa Medieval, solucionava os litígios de maneira pessoal e arbitrária, primido pela ausência de um mecanismo de julgamento previamente determinado, bem como pela falta de um julgador exclusivamente destacado para exercer este mister.

À giza de lembrança, o processo civil romano era subdividido em três fases distintas: período primitivo da *legis actiones*; período do processo formulário e período da *extraordinaria cognitio*.

No primeiro período, encontrado de 754 a 149 A.C., havia uma identificação da lei (direito substantivo) com o processo, onde nascia a simbiose Direito – Ação. Aliás, as figuras do rei e o magistrado se fundiam numa pessoa, revestida pelo caráter vitalício e não passível de ser responsabilizada por seus atos. Já durante a República, os plebeus lutaram para que houvesse acesso à magistratura e bem assim às leis escritas. Na seqüência, em busca de maior segurança, surgiu a Lei da XII Tábuas, a qual continha dispositivos de direito público e direito privado, revelando-se, enfim, certa normatividade.

A seguir, como forma de decidir uma questão, evidenciou-se a sentença cuja significância assumiu a feição de ato por meio do qual se exprimia a autoridade do Estado.

No período formulário, de 149 a 209 D.C., com a expansão territorial do Império Romano, o processo (já com base escrita), era predominantemente oral e dirigido unicamente aos próprios “romanos”. Em outras palavras, apenas eles tinham acesso à jurisdição como forma de solução de litígios. Nessa época, não se verificou grande implemento na figura do processo civil; contudo configurava-se que a justiça

era cara e destinada a poucos. Ao mesmo tempo em que se pretendia dar um caráter de legalidade na estrutura do Estado, havia o anseio de se beneficiar uma casta que estava no poder ou a ele se vinculava.

Na última fase, vivida de 200 ao ano de 565 D.C., restou certo que não havia ação sem direito, nem direito sem ação; a partir daí, surgiram os *praetor peregrinus* para atender as questões do imenso território europeu, em substituição aos árbitros privados. No processo romano, as decisões finais eram denominadas *sententia* e as proferidas no curso do processo, *interlocutiones*: aquelas eram recorríveis mediante interposição de recurso de apelação; estas não concebiam recursos. Aqui, verificou-se a criação do instituto da revelia e a regulação do ônus da prova.

Neste ponto, registra-se que no direito português, durante o período dos pós-glosadores, era impossível recorrer de sentenças proferidas por certos juízes; então, eis que a praxe acabou por criar um meio pelo qual o litigante vencido pudesse alterar tal decisão, chamado de *sopricação*. Mais tarde, o recurso de *sopricação* passou a ser denominado de “agravo ordinário”.

Em tal cenário, o juiz podia proferir duas sentenças: uma não terminativa e outra definitiva; por conseguinte, só para ter uma idéia da vinculação do magistrado para com o soberano, ficou estabelecido pelas Ordenações Afonsinas que as partes poderiam, em virtude do gravame sofrido pelas conseqüências da primeira decisão, ver o julgado reformado, seja pela apelação, ou, por eventual juízo de retratação – hoje, reexame necessário.

Caso o julgador não modificasse sua decisão, as partes poderiam usar das *querimas*, as quais se pareciam muito com o nosso agravo. A parte vitimada por um gravame, poderia queixar-se diretamente ao rei, com a exposição oral dos fatos, na presença da corte.

Posteriormente, tais queixas verbais passaram a ser escritas e eram representadas pelo *estormento d'agravo*. Assim, deflui-se, toda a sistemática processual era habilmente utilizada pelos governantes absolutos, os quais se serviam dos juízes para alcançar seus intentos egoísticos, colocando-os na posição de agentes políticos-partidários, senão num papel arbitrário tanto quanto implacável.

O magistrado atuava como delegado do rei; então, via de regra, a parte perdedora considerava abusiva a decisão e acusava o juiz, não o soberano, de estar praticando uma violência.²

Em França, observada de 774 a 900 D.C., os juízes estavam obrigados a manter a fidelidade e a defender os interesses dos que tinham lhe escolhido para o exercício da função. Os magistrados eram temidos porque arbitrários e substitutos da vontade impetuosa dos soberanos. Dalmo de Abreu Dallari assevera que, tamanho temor contribuiu para que a figura do magistrado se tornasse poderosa, mas também para que se criasse uma imagem negativa dos juízes.³

Ao citar Raymond Carré de Malberg, Dallari revela que nos séculos XVII e XVIII, o ofício dos juízes, que integravam os *Parlements*, igualava-se ao direito de propriedade das casas e das terras. A magistratura podia ser comprada, vendida, ou, alugada; uma vez transmitida por herança atingiu até o célebre Montesquieu, que de 1716 a 1726 exerceu o cargo de juiz na Corte de Bordeaux, por herdar o cargo de um tio. Montesquieu se desincumbiu da judicatura vendendo o seu cargo posto que não tinha qualquer interesse na atividade em questão.⁴

Os magistrados eram proprietários do cargo e vendiam ao povo a prestação jurisdicional. A princípio, a burguesia receava o Poder Judiciário, mas com os custos elevados da máquina judiciária, parecia que somente esta nova classe seria privilegiada com tal atividade estatal.

Mais adiante, em face da pequena, todavia, crescente consciência do julgador, as decisões que apoiavam a burguesia ou protegiam os servidores públicos injustiçados, despertavam a ira dos governantes, que viram em referido fato uma perigosa interferência dos juízes em assuntos do Executivo e Legislativo.

A História ainda nos mostra que no século XVII, o rei Carlos I marginalizou todos os setores ativos da comunidade, objetivando que os tribunais dessem apoio às suas decisões de privilégio, legalizando-as com evidente fim político. Neste sentido, anotamos que dito expediente foi encontrado séculos antes da verificação do fisiologismo político existente nos países de democracia liberal ou neoliberal, a exemplo do Brasil. Assim, que bom se pudéssemos falar da figura da

² DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

³ Idem, p. 12.

⁴ Idem, p. 16.

“poliarquia”, cujo grau de contestação legitima a democracia inclusiva, facilitando o acesso de todos às decisões justas do poder.⁵

Alias, como estamos deveras distantes do ideal de “poliarquia”, encontramos o Estado-Mínimo, pouco solicitado, onde o acesso ao Poder Judiciário caracteriza-se pela restrição e pelo custo excessivo à população.

No Brasil Colônia, foi encontrada uma carta que dava conta da necessidade de instalação do Poder Judiciário (não exatamente com este nome, mas com funções julgadoras) nas Capitanias Hereditárias. Naquela época, boa parte dos cargos judiciários eram exercidos por analfabetos ou degredados, configurando-se um quadro repleto de imoralidades e eivado de despreparados.

Dizia a tal missiva escrita por Afonso Gonçalves, Primeiro Capitão da Vila de Iguaraçu (PE) ao rei Dom João III, em 10 de maio de 1548: “Há muita gente nessa capitania (de Pernambuco) e mais haveria, e mais segura, se Vossa Alteza tivesse aqui justiças suas, porque terras novas como estas não se povoam e sustentam senão com justiça, da qual aqui há muita falta”.⁶

A mesma História nos revela que a desconfiança no Poder Judiciário efetivamente teve motivo determinado, pois no início da atividade da judicatura, por quase absoluta regra processual, os julgamentos eram feitos conforme o julgador entendesse por bem ou mal, condenar o cidadão; faltava-lhe leis (materiais e processuais), bem como sobrava desconfiança. A ausência de confiança foi sendo superada gradativamente, isto na medida em que legislações surgiram e Constituições escritas se tornaram palco dos direitos fundamentais do povo.

Antes da Revolução Francesa, em 1789, marco ímpar na História, na Europa, o juiz era, na verdade, um brinquedo intimamente ligado às vontades do soberano, que a partir da Queda da Bastilha, foi alvo das glosas legislativas, com reflexos processuais no Estado Legislativo.

No Brasil, não houve tanta diferente, uma vez que Pero Borges, primeiro Ouvidor-Geral das Capitanias Hereditárias e futuro desembargador, já veio para as terras americanas, por volta de 1550, após sofrer investigação de possível desvio de dinheiro ocorrido no período que atuou como Corregedor da Justiça em Elvas, no Alentejo. Em 17 de maio de 1547, Pero Borges foi condenado a restituir o valor

⁵ DAHL, Robert A. Poliarquia: participação e oposição. Prefácio Fernando Limongi. Tradução Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1997. p. 30.

⁶ BUENO, Eduardo. A coroa, a cruz e a espada. AJURIS, Porto Alegre, Edição Especial, p. 33, dez. 2005.

desviado na construção de um aqueduto; em seguida, o mesmo Borges, nomeado pelo mesmo rei Dom João III, tornou-se Corregedor-Geral do Brasil (uma espécie de Ministro da Justiça).⁷

Nada impede afirmar que toda a caminhada realizada pelos juízes em busca da conquista pela legitimidade da função tenha sido reconhecida pela maioria dos países, os quais consideram a democracia base para o governo, restando certo que não existirá democracia sem Poder Judiciário forte, independente e imparcial.

1.1 AUTONOMIA E JUDICIALIDADE NOS SÉCULOS XVIII E XIX

Em 1803, sob a presidência do juiz John Marshall, a Corte Suprema dos Estados Unidos da América, correspondeu às expectativas do então presidente americano Thomas Jefferson, controlando a constitucionalidade dos atos do Congresso Nacional. Diante da marcante contribuição ofertada pela Declaração de Independência, em 1776, Jefferson decidiu aceitar o controle da constitucionalidade também dos atos do Executivo, fortalecendo não apenas a figura do juiz, mas também, promovendo a necessária aproximação da magistratura com o povo, o qual passou a solucionar seus problemas mediante a atuação de profissionais especializados, devidamente comprometidos com padrões técnicos, o que acontecia até aquele momento.

O governante americano sempre se referia de modo positivo ao Poder Judiciário, e tal defesa fez do julgamento técnico, palco para salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos. Na ótica de Jefferson: “Um judiciário independente de um rei ou de um governo monocrático é uma boa coisa; mas independente da vontade do povo é um erro, pelo menos num governo americano”.⁸

Para dar melhores condições de trabalho aos juízes, em 1801 o Congresso americano aprovou o *judiciary act*, o qual fixou a proibição de remoção dos magistrados e firmou a idéia de um Poder Judiciário independente e forte.

No final do século XIX, a sociedade estadunidense estava comprometida e vinculada aos valores do liberalismo e positivismo jurídico. A idéia de jurisdição se

⁷ BUENO, op. cit., p. 34.

⁸ MAYER apud DALLARI, op.cit., p. 18.

esgotava na função de atuação dos direitos subjetivos privados violados, configurando-se num modelo comprometido com a forma do procedimento, sem dar a devida atenção ao substrato casuístico dos processos.

Neste quadrante, faz-se necessário lembrar que a Escola Exegética (da Interpretação) marcou a vinculação do juiz à lei e à vontade do legislador, de forma que durante sua vigência somente se exercia a atividade judicial punitiva e reparadora.

Na atualidade, temos, pelo menos, em tese, um Poder Judiciário atuante e comprometido com a sociedade na qual está inserido. As recentes modificações constitucionais e legislativas, serão vistas, oportunamente, em capítulo próprio, e tenderão a refletir a nova forma de julgamento, cujo comprometido dá-se em relação à concreção das normas, à adequação do procedimento e ao seu tempo de tramitação.

Ainda que se considerem alguns fatores legislativos já insertos no corpo legal, somado ao quesito comprometimento do Poder Judiciário no acompanhamento das transformações sociais, sem dúvidas, verificaremos que mesmo com toda a sinalização normativa existente, fatalmente enfrentar-se-á resistência dos operadores do direito até a efetivação das mudanças conceituais da atividade do julgador frente às cláusulas gerais materiais e processuais.

Ao abandonar o positivismo jurídico desenvolvido no século XIX, uma conseqüência da aplicação distorcida do enunciado de Platão, desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”, evidenciou-se o Absolutismo, seguido do Legalismo, consagrado na obra de Montesquieu “Do espírito das leis”, na qual os seres humanos estariam sujeitos às leis, que são a expressões da razão.

Como num retorno filosófico ao antropocentrismo do século XVIII, o homem verificou que ele transforma a natureza e, portanto, faz as leis e muda a História.

Nasceu, então, o Positivismo Crítico, que afirmou a possibilidade do juiz dar vida à lei, desenvolvendo um raciocínio voltado à aplicação das normas e comprometido com a Constituição, de onde posteriormente nasceram a teoria dos direitos fundamentais, de princípios e outras as quais veremos adiante. Estas

conferiram ao Poder Judiciário atividade produtiva e não apenas declaratória quando do trato da jurisdição.⁹

Descartes, Kant, Hegel, Marx e Haberman contribuíram para o retorno do homem ao centro do mundo, na terceira fase (perspectiva) dos grandes marcos da Filosofia. O momento que se vivia à época era o da factibilidade, em que o perceptível no mundo jurídico, não estava se coadunando com a expectativa daqueles que se sujeitavam à lei.

Neste panorama de atenção ao ser humano e suas agruras, o julgador foi chamado para fazer parte do resgate social das leis. Doravante passou-se a falar em efeitos das leis, isto conforme postura pragmatista. Em tal momento, se buscava, pela pena do juiz, a efetividade das normas por intermédio de ações possíveis, não mais por meio de ações utópicas. Assim, relembre-se que em tal fase da humanidade, o “possível” era o resultado da submissão do impossível ao critério de factibilidade, contexto que ensejou nos Estados Unidos, o surgimento da Escola do Pragmatismo.

Para estudar a importância da efetividade das decisões judiciais, são indispensáveis algumas linhas sobre a Escola do Resultado, que justificou, por muitos anos, a adoção de medidas que deferiam poderes extremos aos juizes, preparando-os para o ingresso da História do Estado Social. Aliás, nesta esteira de raciocínio, é mister ter o juiz como ente social e, portanto, pensarmos nele como alguém dotado de poder, capaz de resgatar a dignidade da sociedade pela sociedade.

Com o conhecimento dos direitos fundamentais, especialmente de prestação derivada (jurisdição efetiva), teremos a sensibilidade de abordar a necessidade de participação do juiz no procedimento, bem assim de alertar quanto à correção do uso das cláusulas gerais, vista aqui, como novidades legislativas destinadas a prestar efetivação à tutela jurisdicional; então, registre-se, seu controle se espelha na mesma forma de controle dos direitos fundamentais, que são multifuncionais e pertencentes ao homem livre e digno.¹⁰

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. Jus Navegandi, Teresina, v. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina.texto.asp?id=6550>. Acesso em: 10 jan. 2006. Matéria também editada posteriormente no livro: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13/66.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 91.

Desta feita, ao ter em mente, *ab initio*, que a efetividade da jurisdição é direito fundamental e não está presa à literalidade da norma, e, ainda, que seu controle deverá ser melhor ajustado à realidade do nosso Poder Judiciário, mostra-se cada vez mais urgente a adequação do processo civil ao direito material, sob a ótica dos direitos fundamentais.

Eis que a vinculação do julgador ao resultado de suas decisões restou patenteada nos Estados Unidos, numa época em que ainda se discutia a atividade jurisdicional e seu liame com as normas e princípios constitucionais; de logo, o resultado processual a ser alcançado, deveria ser o esperado pelas partes além de amplamente fundamentado para os demais jurisdicionados, porque atingidos pelos *cases* já decididos por um tribunal.

Assim, devido à preocupação existente, com o teor das decisões, surgiu a Escola do Pragmatismo, que estudou a resposta como finalidade única de uma ação judicial, ou seja, segundo ela, não haveria lugar para lacunas e o juiz passaria a agir dentro de limites maiores do que aqueles estabelecidos no Estado Legislativo, sem contudo, criar.

1.2 O PRAGMATISMO VINCULANTE

De acordo com os ensinamentos de Owen Fiss, ao decidir o caso o juiz não recorre a um processo dedutivo; decide antes, com base em uma “razão pragmática”, o consenso da comunidade interpretativa. Aqui, trata-se da criação de uma norma que não havia sido antes formulada, de uma “sub-norma”, sempre implícita na regra/norma válida. Tal “sub-norma” que o juiz escolhe, corresponde à regra mais abstrata, ainda que mais concretizada.¹¹

O pragmatismo é uma forma que foi assumida, na Filosofia contemporânea, pela tradição clássica do empirismo inglês. À título de ilustração, o caminho seguido pelo empirismo clássico consistia em explicar a validade de um conhecimento (reportando esse mesmo conhecimento às condições empíricas que o

¹¹ FISS, 1982 apud QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 183. Ver ainda: QUEIROZ, Cristina M. M. Interpretação constitucional e poder judicial. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

norteavam) e realizar uma análise da experiência com vista a determinar tais condições empíricas.

O seu exame, será muito pertinente ao verificarmos que o juiz, como destinatário final da cláusula geral e responsável pela ponderação entre valores fundamentais do autor e do réu, deverá tão-somente vislumbrar o resultado de sua conduta, como reflexo da eficácia vertical dos direitos fundamentais, embora seu uso exagerado não permita a aplicação dos princípios de justiça em todos os casos, conforme veremos ao final do presente estudo.

Neste contexto, a experiência (*jurisprudence*) é uma progressiva acumulação e registro de dados e, igualmente, corresponde à sua organização ou sistematização. Desse modo, a experiência em que se baseia o empirismo clássico era, substancialmente, uma experiência passada: constituía um patrimônio ilimitado, que podia ser inventariado e sistematizado de forma total e definitiva. Para o pragmatismo, a experiência é substancialmente a abertura para o futuro: sua característica primordial se respalda na possibilidade de se fundamentar uma previsão, conforme se dá com os *cases*.

Considerando a codificação das normas e a vinculação do julgador a elas, havia, praticamente, um cenário propício para efetivação do empirismo e regulação da atividade julgadora, a fim de se evitar criações abusivas pelas mãos dos juizes. A previsão que se buscava, era o contraponto da cláusula geral de concreção e criadora. Com esta Escola, houve um resgate controlado da dignidade da sociedade vilipendiada durante o período absolutista anteriormente vigente na Europa, sem, contudo, dar-se municiamento ao juiz que ainda estava em “quarentena”.

A análise da experiência não se constitui, por conseguinte, em inventário de um patrimônio acumulado, mas na antecipação de referido patrimônio. Deste ponto de vista, uma verdade não pode ser confrontada com os dados acumulados de uma experiência passada, mas, sim, por ser suscetível de um uso qualquer em experimentos futuros. A previsão dessa possível utilização, a determinação dos seus limites, das suas condições e dos seus efeitos, configura-se em significado de tal verdade. Neste sentido, a tese fundamental do pragmatismo é a de que toda a verdade é uma regra de ação, uma norma para a conduta futura, entendendo-se por ação e por conduta futura, toda espécie, em forma de atividade cognitiva ou emotiva.

O pragmatismo nasceu nos EUA, no ano de 1878, com ensaio de Willian James e, em 1879, Carlos Sanders Peirce fixou novas bases para sua conceituação;

logo, traduziu-se em duas formas básicas, quais sejam: uma forma metafísica, que é uma teoria da verdade e da realidade e, outra forma metodológica, que pode ser descrita como uma teoria do significado.

O vocábulo pragmatismo provém do termo grego “pragma”, as coisas, os feitos, em contraposição às idéias e teorias de uma história utilitária, destinada a amarrar os sucessos que interessam ao homem, desconsiderando suas experiências, aventuras e lendas. O significado empírico e utilitarista foi captado por Kant, que introduziu o termo na Filosofia. De acordo com sua noção geral, pragmatismo é a doutrina que ensina o valor da verdade de uma idéia, de um princípio teórico dependente dos resultados práticos desta mesma idéia. Uma decisão judicial somente seria “boa” se o resultado por ela alcançado fosse socialmente satisfatório.

Esta praticidade se traduz em utilidade e êxito prático, isto é, em verificação ou como previsão de uma expectativa futura. Os pragmáticos não se perguntam que teorias são verdadeiras, senão que frutos se seguirão para a vida prática, de modo a aceitá-las como verdadeiras ou falsas.

A idéia (decisão) é verdadeira quando ela marca, quando tem êxito, quando se obtém algo desejado. Uma idéia é essencial para algo prático e quando realiza aquilo que se almeja, esta idéia se torna verdadeira.

Os precedentes do pragmatismo talvez tenham surgido como empirismo radical, evolucionista e vitalismo geral, conforme concebia Bergson. Outros filósofos com espreque nas idéias de Platão, Aristóteles e outros grandes pensadores, afirmavam que se tratava apenas de uma nova forma de pensar os antigos modos.

Em 1901, um filósofo norte-americano tentou provar a existência de uma filosofia original de seu país diante de colegas, em Edimburgo. Chamava-se William James, que no juízo de Enrique Dussel encontrava-se na mesma e embaraçosa situação em que os filósofos latino-americanos estão hoje, após cem anos.¹²

Seus antecedentes foram rastreados em 1867, dois anos depois do término da Guerra da Secessão. Naquela época, o “Norte” dos EUA, industrial e rico, entrou em conflito com o “Sul”, essencialmente agrícola e escravagista. Há um século atrás, os Estados Unidos da América começavam, então, sua expansão

¹² DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Tradução Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002. p. 239.

imperial por Porto Rico, Filipinas e Cuba. Na atualidade, podemos constatar tal “expansão” com os exemplos do Iraque e Afeganistão.

Uma vez que este tema ainda está em debate na Europa, o retorno das grandes teses filosóficas a respeito do pragmatismo é saudável, mas isso não será possível caso o pragmatismo do “Norte” não se abra a um necessário diálogo com o “Sul” empobrecido.

Guilhermo James diz que nossas idéias não se justificam apenas por sua origem na experiência; para ele, seu valor depende dos resultados que a conduzem, das perspectivas que abrem. De conformidade com as idéias lançadas, laboraríamos as leis aplicadas, sem dar folga aos julgadores presos ao sistema codificado. Para o supracitado escritor, o pragmatismo é uma filosofia que se fulcra no positivismo. As idéias são simples nomes para representar globalmente um conjunto de experiências similares, já acontecidas e, fatalmente, inseridas no corpo legislativo.¹³

Já os intelectuais do realismo entendem que a verdade representa uma relação estática, inerte e que, uma vez lograda a idéia da verdade, teremos encontrado o término da questão. Ao contrário, para o pragmatismo à verdade realista falta consistência, um porquê que justifique o sentido da verdade conter um valor prático para a vida. Nesta tria, opõe-se ao *copie theorie* por intermédio do *cash-value*. Este “valor caixa” é representado como conseqüência prática derivada da própria experiência.

Este momento pragmático pode ser chamado de verificação ou validação, e, destarte, consideram-se idéias verdadeiras aquelas idéias que podemos assimilar, validar, corroborar e demonstrar e, por sua vez, falsas, as que não podem passar pelo processo de verificação. Aliás, ao transportar esta verificação para o processo legislativo, teríamos a norma processual que sujeita o juiz, uma determinada experiência da validação que justifica e explica sua construção. Como já se operou o processo de verificação da idéia básica que compõe a norma legislativa, ao magistrado não caberia inovar ou criar uma solução adequada, todavia, paralela ao texto processual; neste sentido, consigne-se, ao juiz estaria fadado o exercício surdo da lei muda.

¹³ GRUPO DE PESQUISA PRAGMATISMO E FILOSOFIA AMERICANA. Disponível em: <WWW.marilia.unesp.br/atividades/pequisa/gr-pesq/grupos25.htm>. Acesso em: 12 ago. 2004.
CEFA – CENTRO DE ESTUDO EM FILOSOFIA AMERICANA. Disponível em: <WWW.cefa.org.br/portal_filosofia/todasgt.asp>. Acesso em: 12 ago. 2004.

Chamou-se a interpretação do pragmatismo de estudo da verdade em função do homem, posto que é a partir de sua teoria pragmática da verdade que se faz da verdade *de per si*, uma função do indivíduo, das suas necessidades, dos desejos humanos, já que o ser humano entende o mundo como só para ele faria sentido.

Como homem e a natureza não podem se separar, o homem não é um ser estranho que venha de fora do mundo, como afirmam os espiritualistas. As experiências, em sua totalidade, são experiências humanas, portanto, de certo modo, previsíveis; sob tal enfoque, tudo que se desejava era a previsão da reação do Estado-Juiz-Homem, separando este último de eventual aplicação criadora ou de concreção, uma vez que se detectava o temor do desconhecido e seus resultados. Em suma, a sentença deveria ser “previsível” e o juiz, apenas emanante da decisão suprema.

No entanto, a consciência constitui o momento crucial de uma transformação da experiência, que encerra em si a readaptação para uma nova direção, na qual sentimos mais fortes nossa consciência e ação, o que significa: querer, conhecer e ser.

Demais disso, fala-se ainda em espírito distinto da consciência, constituindo sistema organizado de crenças, acepções e, conseqüentemente, legislações. Neste passo, registre-se, aquele é ato que emerge do espírito de grupo e de seu tempo, a exemplo do autor de alguma invenção.

É fácil entender o pragmatismo como instrumentalista, na medida em que a Filosofia duvida que o pensamento não funcione com vistas a um saber, com vistas a uma ação. Neste aspecto, todo conhecimento é instrumento forjado para uma vida e suas adaptações. O pensamento se funda em hipóteses, as quais o ligam à verdade mediante um resultado pragmático. O valor de uma idéia ou de uma teoria é instrumental e consiste em sua aptidão para servir de instrumento a uma experiência e sua tarefa de tornar mais perfeita a realidade.

No momento em que o pragmatismo perquire, a verdade já tem a resposta: as verdadeiras idéias são aquelas que podemos assimilar, validar, corroborar e verificar. E, como dito acima, a verdade que sucede uma idéia torna-se verdadeira e, mais, faz-se verdadeira mediante fatos. Esta manobra pragmatista, por muitos anos engessou o pensamento do julgador, vinculando-o explicitamente ao texto legal; essa já havia sido experimentada e, portanto, validada pelos

legisladores. Aliás, não estava sujeita a alterações subjetivas, muito menos por pessoa que não detivesse legitimidade política para tanto.

Ocorre que nem sempre se previa na lei positivada todos os fatos da vida social, faltando ao julgador instrumento bastante para decisão de caso novo e desconhecido; o julgador tornava-se mero administrador do problema, sem vistas para sua solução e, de conseqüência, figurava como um ineficaz e ineficiente operador do direito.

Curioso é que no seu país de origem, o corpo de magistrados está subdividido em diversas modalidades de ingresso na carreira (se é que existe uma carreira igualitária para todos). E mais, aduz-se que a lei é base para o julgamento inicial; entretanto, anote-se, este dependerá, sobremaneira, da posição jurisprudencial dominante, uma vez que diante da *common law*, a casuística tem forte poder decisivo na fase do *pretrial*, restando ao juiz, ser simples convidado das partes para o debate. Aqui, eis que se abrem, novamente, parênteses, pois não podemos deixar de destacar tão basilares diferenças existentes entre os sistemas latino e anglo-saxônico, a fim de iluminar o palco no qual se embasa toda a discussão acima gizada.

Dworkin ao responder se o pragmatismo é conveniente, revela que “não se trata de tomar uma decisão do tipo oito ou oitenta: um pragmático deveria chegar a sua concepção de modo tão abertamente pragmático quanto lhe permita sua ousadia, disfarçando apenas aqueles elementos – sua doutrina da obsolescência, talvez – que a comunidade não está totalmente preparada para aceitar.”¹⁴

Nesta esteira, cumpre ressaltar, ainda, é consabido que muitas das normas são editadas na medida em que são validadas pelos resultados esperados ou conseqüência do trabalho da pressão de determinada categoria sob o parlamento. O pragmatismo está presente sem se fazer notar, em quase todas as normas trabalhistas e de cunho previdenciário, porquanto o reflexo econômico de suas edições se traduzam, via de regra, em preocupações ventiladas pelas políticas públicas setoriais.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 190.

1.3 DO ESTADO LIBERAL AO PÓS-POSITIVISMO

A Revolução Francesa teve o condão de punir os juízes que julgaram em benefício da autoridade que lhe escolheu; sob sua vigência, eles obrigados a se adaptar aos princípios republicanos, bem assim a aceitar a separação dos poderes idealizada pelo ex-juiz, Montesquieu que, aliás, disse que se os “julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.¹⁵

O magistrado passou a ser apenas “a boca da lei” e era tratado como pessoa que não podia inovar ou criar soluções para os casos concretos, fato este verificado pela codificação integralmente casuística e absolutamente anticriadora.¹⁶

Em França, este Estado Legislativo representava a validade da lei em razão da autoridade que lhe proclamava, independentemente da justiça ou moralidade da norma. A Constituição era uma espécie de parâmetro para a lei, que não via na Carta Política qualquer embaraço limitador às vontades do legislador.

A perda de poder e a desconfiança que atingiu a atividade dos juízes revelaram a necessidade da sistematização completa da lei, surgindo, de conseqüência, os códigos casuísticos. Esta codificação atuou de modo a engessar o pensamento do juiz, que até então, era tido como algoz e parcial.

Aqueles que não caíram junto com os déspotas foram reenquadrados na nova codificação e não mais podiam criar o direito ou adequá-lo ao caso concreto, sem que o fato da vida estivesse perfeitamente descrito na lei e dela derivasse a resposta que o juiz deveria prolatar. Alguns substitutivos foram criados, todavia, integralmente ligados aos princípios gerais do direito, costumes e usos detectados em face do povo e não dos precedentes das cortes judiciais.

Com a finalidade de extirpar as raízes absolutistas, o Estado Liberal elegeu o princípio da legalidade para embasar a sustentação do novel estado. O cidadão estaria seguro porque não exposto ao autoritarismo do déspota e, por

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 158.

¹⁶ Como já dizia Francis Bacon, no seu ensaio Magistratura, os juízes devem sempre se lembrar de que seu ofício é *jus dicere* e não *jus dare*, interpretar a lei, não fazer a lei, ou dar a lei. (Apud DALLARI, 2002, p. 67).

consequente, com o advento da lei no sentido formal e protetivo, ficaria a salvo do regime deposto.

Pois bem. Acontece que o motivo pelo qual os legisladores elegeram o princípio da legalidade como base da nova era social não era tão puro e justo quanto se pensava. À época, a lei nascia de ato emanado pela assembléia parlamentar francesa, a qual substituiu o rei na tarefa de legislar. Assim, em tal panorama, manteve-se uma espécie de “absolutismo velado”, uma vez que a vontade do tirano foi simplesmente substituída pela vontade legislada dos parlamentares, os quais, astutamente, reservaram para si, mediante processo político e legal, bem como utilizando a fórmula do princípio da legalidade, o poder absoluto e descomprometido.

Ao revés, na Inglaterra o parlamento eliminou o absolutismo e pôde conjugar valores outros à lei, dando origem ao que entendemos contemporaneamente como *common law*.¹⁷

Na Europa, no final do século XVII, o legislativo produzia normas sem a preocupação de atender os princípios de justiça e moralidade, colocando os demais “poderes” em situação de subordinação, posto que obrigava o Poder Executivo a atuar, tão-somente, quando autorizado pela lei e ao Poder Judiciário (que na verdade não era chamado sequer de “poder”) cabia apenas aplicá-la, sem qualquer exegese.¹⁸

Como o direito se resumia à lei, e ainda, não mais se buscava a confecção de normas apoiadas na doutrina e jurisprudência, conforme ocorria antes no Estado Legislativo, após a ligação direta que o legislador fez entre a lei e os princípios da igualdade (corolário do ideal da Revolução Francesa) praticamente se tornou inviável o controle dos atos legislativos.

A abstração da lei e sua generalidade não garantiam a eficiência dos serviços judiciais, porquanto afastados da interpretação necessária para o bom

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2003. p. 25.

¹⁸ Cf Dalmo de Abreu Dallari: “a Constituição francesa de 1791 estabeleceu a eletividade e temporariedade dos juizes, o que foi modificado pela Carta Constitucional de 1814, segundo a qual todos os juizes passaram a ser nomeados pelo rei. Com a implantação do sistema republicano, em 1848, foi mantida a designação dos juizes mediante nomeação, que passou a ser de competência do Presidente da República, tendo sido assegurada pela Constituição a vitaliciedade dos juizes de primeira instancia e dos tribunais superiores. As oscilações políticas posteriores não alteraram substancialmente as peculiaridades da magistratura, devendo-se, entretanto, observar que a Constituição francesa de 1958, fala em “autoridade judiciária” e não utiliza a expressão “poder judiciário”. (2002, p. 17).

deslinde da causa. O juiz não tinha mais o poder de julgar, senão por força do texto que lhe era ofertado.

Outro princípio abraçado pelos legisladores (legalizadores), foi o princípio da liberdade, tanto desejado quanto mal administrado. Para espancar de uma só vez a linha do absolutismo, pretendeu-se instaurar a proteção formal de princípios inspiradores da Revolução Francesa, e, como bem anotou Francisco Cardozo Oliveira, “de nada valeria a Constituição garantir o direito à liberdade se a liberdade que constituiu o direito não pudesse ser experimentada pelo indivíduo de forma concreta, tendo ele, inclusive, a faculdade de buscar do próprio Estado a proteção devida ao direito de que dispõe, em caso de ameaça ou de violação efetiva.”¹⁹

Por intermédio do casuísmo legal, alcançamos a legislação civil, da qual nosso país serviu-se por mais de um século. Em tal cenário, vigorava a regra de conduta explicitada nos códigos civil e de processo civil. E mais: a resposta estatal (Estado-Juiz) era aquela prevista no texto legal. Na falta de resposta adequada, já o Brasil de 1900 servia-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, sendo que não era prevista a atividade de concreção do direito para o lançamento da melhor decisão para o caso *sub iudice*.

Destarte, vemos que o socorro partia da analogia (em função de casos concretos antes decididos e sem inserção de dados novos), depois seguia para os costumes (práticas reiteradas da sociedade dentro de um determinado tempo e espaço) e, por fim, valia-se dos princípios gerais do direito, restando claro que o respeito ao fator hierárquico obrigava o julgador à aplicação daquilo que já havia sido julgado, às práticas sociais locais e, por derradeiro, aos princípios de direito, de modo a desconsiderar que todas as normas deveriam partir dos princípios constitucionais que ensejaram sua formulação.

No positivismo jurídico, a lei, fruto da atividade legislativa pura e formalmente correta, desempenhava o papel de limitar a atividade do jurista à sua descrição e à vontade do legislador que, não raras, vezes, estava envenenada por interesses escusos.²⁰

¹⁹ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. A função dos conceitos de ação e de jurisdição na aplicação do direito. 1998. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

²⁰ A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão direito positivo. Para muitos, é o direito posto. Outros mais conscientes dizem que é o direito legal. Segundo Aristóteles, em face da confusão entre o “direito positivo” e o “direito natural”, propõe que se verifique as duas seguintes distinções: o direito natural é aquele que tem em

Ao pretender justificar o legalismo extremo pela simples referência ao princípio da segurança jurídica, o ilustre professor Ovídio Batista já lembrava a lição de Hobbes, que apontava ser primordial para a preservação da paz social, uma legislação que evitasse conflitos sociais.²¹

Eis que o juiz não mais julgava, mas simplesmente aplicava a lei escrita ao caso concretamente levado às barras do tribunal; com tal política, até seria mais fácil prever os caminhos da economia governamental e privada, pois não haveria a irresignação (tecnicamente possível) de um magistrado em face de normas egoísticas e oportunistas.²²

Oscar Tenório, citado por Sálvio de Figueiredo Teixeira na obra “A criação e realização do Direito na Decisão Judicial”, asseverava que:

Para a integração do direito, o juiz não tem arbítrio, não substitui, em suas deficiências, o legislador. Sequer supre, por pesquisa científica, as lacunas. Prevendo as omissões da lei, o próprio legislador indica ao magistrado o roteiro a seguir, traçado entre marcos que não devem ser ultrapassados. A voz que se ouve, quando a lei silencia, não é a do magistrado. É a do legislador ainda.²³

Ao se enfatizar um fato mais atual, basta rememorarmos a questão da limitação dos juros constitucionais, de conformidade com o revogado artigo 192, § 3.º da Constituição Federal de 1988.²⁴

Na esteira do raciocínio exposto anteriormente, vem a lume que o Poder Judiciário brasileiro havia assumido a posição da não “auto-aplicação” do texto legal.

toda parte a mesma eficácia, enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto. O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito. O direito positivo, ao contrário, é aquele que prescreve ações que, antes de serem reguladas, podem ou não ser cumpridas. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 17 e ss.

²¹ SILVA, Ovídio A. Batista. Jurisdição e execução na tradição Romano-Canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 108.

²² Cf. Cristina M. M. Queiroz. “A combinação da “idolatria da lei” com um forte “desconfiança” para com os juízes e o poder judicial, reduzidos a simples braço do poder executivo, encarregados da fiscalização da aplicação das leis em sentido estrito, cujas principais características consistiam na sua “invisibilidade funcional”, perdeu hoje, na Europa, e também entre nós, muito da sua força de “auto-convencimento”. Fala-se hoje numa *grundrechtsdemokratie* ou “democracia dos direitos fundamentais”. (2002, p. 21).

²³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A criação e realização do direito na decisão judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 07.

²⁴ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

....

§ 3.º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não podem ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar. (BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 192, § 3º).

Nossa Corte Suprema, depois de certa reflexão, passou a revelar a auto-aplicabilidade da norma constitucional, num visível julgamento político-social.

Após uma reflexão mais serena e profunda, decidiu-se pela não auto-aplicação da limitação dos juros constitucionais, voltando o Supremo Tribunal Federal à posição de neutralidade política, posto que evidentemente não era despicienda a edição de lei complementar para regular o assunto. Acreditamos que a real intenção dos julgadores da Corte Suprema do Brasil era socializar o crédito, pois os abusos contra as pequenas instituições privadas de comércio e pessoas que necessitavam de crédito passavam do senso comum.

Oportuno mencionar, ainda, que tal posicionamento deu lugar a uma postura mais próxima do positivismo-jurídico²⁵, de maneira que deixou de haver a imposição judicial da limitação dos juros ao patamar que, de fato, era também questionável naquela conjuntura econômica. Aqui, há ensejo para raciocinar que a adoção de uma postura tecnicista e impregnada de positivismo jurídico, talvez, tenha se afigurado em nosso país como uma espécie de vitória de Hart perante Dworkin, seu sucessor mais liberal.

O rescaldo histórico demonstra que a revolução nos direitos (*rights revolution*) provocou uma transformação de peso na metodologia interpretativa, qual seja: nela, há oposição explícita à leitura reducionista do princípio da separação de poderes, o qual tem o condão de reduzir a função dos tribunais e do Poder Judiciário a mero esquema lógico substitutivo.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, onde no embate entre *iusnaturalismo* e positivismo clássico, ocorre o declínio de ambos pelo modelo da “superação” ou “sublimação” dos paradigmas puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

²⁵ Segundo Dalmo de Abreu Dallari, “esta concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então do profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes. Aí está a primeira grande reforma que se faz necessária, pois de fato, a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jugo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça.” (2002, p. 85).

Neste íterim, surge um sentimento constitucional, com a feliz superação da “crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.”²⁶

No pós-positivismo, os ditames constitucionais atingiram toda e qualquer regulação jurídica, como reflexo do princípio da “supremacia da Constituição”, que reza sobre a impossibilidade de limitação jurídica do poder constituinte e, ainda, a respeito de sua superlegalidade formal e material. Certamente, o processo civil e as disposições legais foram, de imediato, afetados por essa releitura constitucional.

Segundo Barroso:

A superlegalidade formal identifica a Constituição como fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição. A inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagram um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial review*, e batizado entre nós de “controle da constitucionalidade.”²⁷

Assim, fica evidenciado que a constitucionalização de todos os ramos do direito atinge também o processo civil, que deverá ser lido, agora, sob a ótica do direito material e respeitando os ditames e princípios constitucionais.

Neste sentido, depreende-se que ao controlar as normas infraconstitucionais, mormente aquelas que dispõem de métodos pouco efetivos para atendimento processual do direito material, o exegeta deverá ter como norte a essência da norma sob o prisma da Constituição sem, necessariamente, determinar a declaração de inconstitucionalidade de norma inadequada, ou, em colisão com direitos fundamentais de *prima facie*.

O papel dos tribunais diante da nova sistemática (aqui considerados como zeladores da nova ordem essencial), é controlar tudo e todos os atos do direito contrário ao elenco de princípios e fundamentos constitucionais. Neste contexto, faz-se necessário aduzir que as especificidades das normas constitucionais obrigaram a doutrina e jurisprudência a desenvolverem e sistematizarem um método próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, posto que, em termos

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navegandi, Teresina, v. 9, n. 851, p. 3, 1 nov. de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=754>. Acesso em: 10 jan. 2006.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161.

comparativos, vivemos numa dinâmica social quase tão veloz e superficial quanto o pensamento dos adolescentes.

Para tanto, os princípios de natureza instrumental utilizados nesta tarefa são, na opinião de Barroso: da supremacia da Constituição; da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; da interpretação conforme a Constituição; da unidade; da razoabilidade; e, da efetividade.²⁸

Diante de tal consideração, é fato, o julgador enfrenta um desafio trans-constitucional em relação à sua tarefa social de pacificação e de distribuição do justo.

²⁸ BARROSO. Neoconstitucionalismo... , op. cit., p. 6.

2 O JUIZ E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando falamos em efetividade da jurisdição como norma fundamental, apoiamos tal assertiva nas doutrinas nacionais e estrangeiras, as quais revelam o caráter imprescindível de aplicação e efetividade da jurisdição no atendimento das demais pretensões sociais não atendidas pelo Estado. Na vida prática, atividade estatal poderá ser incompleta ou falha, de modo que a provocação do órgão judiciário para operacionalizar uma atividade não cumprida pelo Estado se mostra inafastável. Neste diapasão, se a prestação do Estado é falha, incompleta ou mesmo ausente, o cidadão provocará sua movimentação (leia-se atendimento) via Poder Judiciário, especialmente em face das normas fundamentais relacionadas à saúde, educação, segurança, etc.

Queremos dizer, sem receio, que a partir da ausência do Estado (logicamente, quando há determinação constitucional para a atuação positiva deste), a efetividade da jurisdição se apresenta como o mais importante dos direitos fundamentais prestacionais; a sua destinação é dar vida ao texto normativo não observado ou parcialmente atendido pelo Estado.²⁹

Nas palavras de Fr. Müller, citado por Alexy, os direitos fundamentais são garantias de proteção objetivamente cunhadas por determinados complexos individuais e sociais concretos de ação, organização e de matérias. Tais âmbitos materiais são constituídos em searas normativas de reconhecimento social e garantias de liberdades encontradas no programa da norma constitucional. Em relação a dito aspecto normativo, complementa o autor: participam desta normatividade prática e real os elementos fáticos “co-determinadores” da decisão jurídica.³⁰

²⁹ Cf. O Min. Gilmar Mendes, A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). A forma como este dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação. (MENDES, 2004, p. 119).

³⁰ MÜLLER apud ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução para o espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 75.

Müller sustenta sua doutrina como teoria de normas que superam o positivismo jurídico, cuja plenitude é alcançada quando “*una norma jurídica es algo más que su texto literal*”.³¹

Desta maneira, ao estudarmos as normas de caráter fundamental, devemos visualizá-las como supernormas, quer dizer, vê-las como aquelas que não podem ser consideradas como apenas uma determinação legal destinada a um único fim. Quando se trata dos elementos finalidade e aplicação, elas devem ser lidas na esteira da necessidade do direito material em debate. Em tempo, jamais deveremos aplicá-las restritivamente ou reduzir sua importância social em virtude do novo Estado Social que está instalado hodiernamente.

Depois da Segunda Grande Guerra, a retomada de alguns direitos fundamentais se fez necessária, com o escopo de levantar a moral dos países arrasados pelo terror bélico. Neste panorama, teve lugar uma discussão em torno do novo contexto constitucional e dos direitos fundamentais.

Aliás, em razão das atrocidades verificadas, apareceram os conceitos de multifuncionalidade e pluridimensionalidade dos direitos e liberdades fundamentais e no fim dos anos 50, na Alemanha, nasceu uma concepção dos direitos como informadores e enformadores (formatadores) do novo sistema de valores dirigidos, em especial, contra um conceito de “ordem concreta de valores” (no sentido da existência de uma ordem hierárquica de valores e contra o método do contrapeso ou ponderação de bens, no caso concreto), que acabou por substituir o sistema clássico do silogismo da justiça.

Já em França, a doutrina cedeu passo a um “positivismo institucional” que considera os direitos constitucionais não apenas meros “direitos declarados”, mas obrigações positivas em face do legislador. É a exteriorização do caráter constitutivo do direito, como antes esposado por Habermas e Luhmann. Tal inovação, serve, hoje, como argumento de sustentação da nova modalidade legislativa das cláusulas gerais.³²

Quando se minimizam os direitos fundamentais, contraria-se frontalmente a proposição de um dos maiores pensadores da atualidade. Para o magistrado e escritor Ingo W. Sarlet, os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de

³¹ MÜLLER apud ALEXY, op. cit., p. 74.

³² QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 45 e ss.

reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano, de modo que independentemente da dimensão dos direitos fundamentais, estes são projetados em observância aos maiores valores socialmente conhecidos.³³

Perez Lunõ, citado por Sarlet, os direitos fundamentais possuem, em relação ao termo “direitos humanos”, sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo, devendo ser reconhecidos e tratados de acordo com seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.³⁴

Com espeque na doutrina de Robert Alexy, o supramencionado autor gaúcho propõe a seguinte definição para a expressão “direitos fundamentais”:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).³⁵

Desta feita, de acordo com o insculpido no artigo 5.º, § 2.º da Constituição de 1988, o rol lá apresentado não tem cunho taxativo, mas apenas analítico e exemplificativo, diante da evidente colocação de outros direitos fundamentais em livros diversos do Texto Maior; assim, de fácil verificação a nota existente sobre a fundamentalidade nos direitos correspondentes à saúde³⁶, educação³⁷, meio ambiente³⁸, entre muitos outros espalhados pelo Caderno Constitucional. As disposições fundamentais encontradas fora do livro específico mencionado, valem

³³ SARLET, op. cit., p. 61.

³⁴ LUNÕ apud SARLET, op. cit., p. 37.

³⁵ Idem, p. 89.

³⁶ Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação.(BRASIL. Constituição..., op. cit., art. 196).

³⁷ Artigo 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.(BRASIL. Constituição..., op. cit., art. 205).

³⁸ Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL. Constituição..., op. cit., art. 225).

de igual forma para a aplicação no mundo do direito judicializado, uma vez devidamente considerada a sua característica neoconstitucional.

No tocante à “nota da fundamentalidade”, registre-se, ainda, que a análise do seu conteúdo permite o exame de sua fundamentalidade material, ou seja, trata-se de matéria e de decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, no que respeita à posição nestes ocupada pela pessoa humana.

No caso da fundamentalidade formal, encontramos seus elementos a partir do instante em que tal norma é positivada no corpo constitucional, resultando, geralmente, em posição geograficamente superior às demais normas e destacando-se, portanto, seu sentido supralegal.

A norma formalmente fundamental acaba por ser considerada detentora de direitos pétreos, uma vez que a segurança social e jurídica depende do grau de imutabilidade da norma constitucional que, essencialmente, gera direitos indisponíveis e insubstituíveis no âmbito do Estado democrático-social.

O estudo do caráter da fundamentalidade na doutrina contemporânea, expõe a aplicação direta do conteúdo da norma fundamental, de forma imediata, às entidades públicas ou privadas, de modo que o julgador aparece inserido no rol daqueles que devem atender as diretrizes fundamentais, posto que a efetividade de sua atividade profissional deverá servir de respaldo às demais garantias fundamentais.³⁹

Para a conceituação e observação do caráter integrativo e transdisciplinar dos direitos fundamentais, basta analisar a assertiva feita por Javier Jiménez Campo, ao comentar a distinção feita pelo alemão Carl Schmitt no entre guerras, ao tratar do conteúdo formal e material das normas constitucionais. Tal afirmação demonstra que a conceituação de direitos fundamentais exige tanto uma determinada hermenêutica quanto uma construção dogmática vinculada ao contexto constitucional vigente.⁴⁰

A efetiva justificativa para a cisão conceitual entre normas constitucionais de direitos fundamentais formais e materiais traduz-se na dependência do constituinte a certos valores e princípios que são mutáveis e diretamente vinculados

³⁹ SARLET, op. cit., p. 87.

⁴⁰ Idem, p. 89.

ao senso jurídico coletivo, o que, sem sombra de dúvidas, está sujeito a oscilações sociais e de época, sem falar na pressão das massas organizadas.

No abalizado entendimento de Ingo W. Sarlet e na esteira do raciocínio de K. Hesse, a diferença básica existente entre direitos fundamentais é a seguinte: em sentido formal, eles podem ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do legislador-constituente foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais. Já no caso dos direitos fundamentais em sentido material, são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente fundamentais. O cultor gaúcho ainda explicita a questão da vinculação da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrados no artigo 5.º da Carta Constitucional, com a dupla nota de fundamentalidade ao mesmo tempo formal e material.⁴¹

Em tempo, é conveniente ressaltar que a questão da abertura e complementação das normas fundamentais será pontualmente desenvolvida ao falarmos em efetividade da jurisdição (em face do princípio da inafastabilidade) e cláusulas gerais, uma vez que estas respeitam a sistemática de concreção verificada nos direitos fundamentais, em particular, no que concerne àqueles direitos fundamentais derivados ou não-escritos.

Ao retomar o conceito básico de direitos fundamentais, eis que Cristina Queiroz propõe a seguinte conceituação agregadora:

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado. Devem antes ser compreendidos e interligados como elementos “definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, um concreto e objectivo “sistema de valores”.⁴²

José Afonso da Silva prefere utilizar a expressão “direitos fundamentais do homem”, que para ele se constitui na gama de princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, reservada a designar, no nível positivo do direito constitucional, as prerrogativas e

⁴¹ SARLET, op. cit., p. 93.

⁴² QUEIROZ, op. cit., p. 39.

instituições que servem, basicamente, para garantir a convivência digna, livre e igual a todas as pessoas.⁴³

Muitas teorias estudam os direitos fundamentais, que em regra, dispõem sobre seu papel fundamentalmente essencial para a sociedade organizada. A jurisdição constitucional está inserida nesse contexto e, segundo se corroborará, representa uma leitura dinâmica e prudente da atividade do Poder Judiciário, que respeitará, obrigatoriamente, os elementos constitucionais principiológicos. Será palco a serviço das mutações constitucionais em razão da organização do Estado brasileiro, que consagrou a rigidez constitucional como asseguradora de direitos intocáveis, porém, passíveis de modernização diante da constante dinâmica social.

As formas de controle da constitucionalidade das normas possibilitam ao juiz a aplicação direta das garantias e direitos fundamentais; o magistrado aplicará ao processo, a leitura mais adequada ao direito material em tela.

2.1 TEORIAS PARA A CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na estrutura dos direitos fundamentais existem respectivamente três espaços distintos: delimitação, limites e conteúdo essencial. A principal consequência que se deduz destes tipos de direito é sua proteção *iusfundamental prima facie*, isto é, não se impõem limites que resultarão constitucionalmente inadmissíveis. A limitação dos direitos fundamentais deve corresponder ao peso atribuído pela Constituição a estes, o que ocorre também em qualquer outro direito. Ainda, é fato que os direitos fundamentais têm dois planos distintos: material e formal, conforme anteriormente anotado. Sob o ponto de vista formal, a sua relevância se obtém a partir do fato de constarem elencados, de modo imprescindível, dentro do corpo da norma suprema. Do ponto de vista material, os direitos fundamentais se traduzem como componentes estruturais básicos tanto do conjunto do ordenamento jurídico quanto do objetivo comum pertinente a cada um dos ramos que o integram, em razão de que são a expressão jurídica de um sistema

⁴³ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 163.

de valores que, por decisão do constituinte, devem informar o conjunto e a organização jurídica e política de um Estado.

Ao repisar tal classificação, reforçamos o entendimento que os direitos fundamentais delimitam um âmbito de invulnerabilidade no desenvolvimento das pessoas (seja em seu aspecto jurídico ou social), as quais reclamam para si a proteção frente a qualquer intento de intromissão por parte dos poderes públicos em sua esfera privada (defesa). Em segundo plano, a atividade prestacional do Estado garante o acesso ao Poder Judiciário, mediante a aplicação do princípio da inafastabilidade⁴⁴ que deverá, dentro da relação posta em juízo, dar a melhor solução para determinada situação, aplicando os mandamentos constitucionais de modo direto e irrestrito e considerando, inclusive, o “princípio da proibição de insuficiência”, que vincula todos os Poderes constituídos.

Na verdade, após a Segunda Guerra Mundial, o mundo ocidental passou a se preocupar mais com a situação da pessoa e com os direitos fundamentais, sendo o mais importante deles, a vida. Do exposto, deflui-se que os direitos fundamentais são essencialmente constitucionais não só porque sua aparição se encontra intimamente vinculada ao constitucionalismo, mas, igualmente, porque não existem direitos fundamentais incorporados em outras normas infraconstitucionais que passem despercebidos.

Anteriormente, existia uma visão de que os direitos fundamentais estavam vinculados à atuação de legislador, o qual deveria fixar, dentro dos limites da Constituição e da realidade, todos os seus requisitos e delimitações, oportunizando, assim, sua aplicação *prima facie*.

Para Alexy, criador da expressão acima empregada, embora não possam ser rigidamente hierarquizados, os princípios que embasam a teoria dos direitos fundamentais podem ser colocados em ordem, mediante uma relação de prioridade. Existem três círculos concêntricos que representam os direitos fundamentais em sua estrutura interna. Um dos círculos é a delimitação; o segundo, o limite e, por derradeiro, o seu conteúdo essencial. Na delimitação, ocorre a fixação dos conteúdos de proteção *prima facie*, sendo estes protegidos pela inviolabilidade.

⁴⁴ Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. (BRASIL. Constituição..., op. cit., art. 5º, inc. XXXV).

Nos limites dos direitos fundamentais encontramos a necessária convivência em sociedade dos homens, que exigem a colocação de limites em qualquer um dos direitos, inclusive, os fundamentais, tudo visando pacificidade social.

Tais direitos, em seu conteúdo essencial, fazem referência expressa aos bens que se devem salvaguardar e que tem um núcleo irreduzível, inacessível, a qualquer intento limitador.⁴⁵

Os direitos fundamentais também encontram na delimitação três componentes: o primeiro deles trata-se do componente subjetivo, o qual delimita os sujeitos ativos e passivos, bem assim determina as regras de quem pode ser o titular desse direito fundamental e sobre quem poderá impor tal direito. Outrossim, há um elemento objetivo, que faz referência ao conjunto de direitos e faculdades invioláveis e, finalmente, existem os elementos formais, que se traduzem na garantia específica que pode possuir em cada caso, um direito fundamental.

Somente à guisa de citação, existem várias teorias que estudam o direito fundamental e relembra-las neste momento não se torna tardio, uma vez que situaremos sua pertinência na aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações judiciais pelo magistrado, quando do exercício do direito fundamental prestacional. Böckenförde, na obra de Alexy, faz menção à teoria liberal ou burguesa, já visitada no Estado de Direito, à teoria democrático-funcional e à do Estado Social, bem assim à axiológica e à institucional.

A teoria liberal de Carl Schmidt esposa que os direitos fundamentais são direitos do homem individual livre e que são exercidos frente ao Estado. O *princípio da distribuição*, corolário desta teoria, ensina que a esfera da liberdade do indivíduo é, em princípio, ilimitada, enquanto que as faculdades do Estado são limitadas, o que quer dizer que direito fundamental só pode ser exercido em relação ao Estado, sem limitações.

Tal teoria professa a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais para com os particulares, de modo direto.

Para a teoria institucional, desenvolvida por Häberle, os direitos fundamentais possuem um duplo caráter: *individual e institucional*. O caráter individual se ressaí na medida em que podemos delimitá-lo dentro do exercício de

⁴⁵ ALEXY, op. cit., p. 549.

cada direito concreto. Já seu caráter institucional está inserido no exercício dos direitos fundamentais subjetivos, dentro das condições da vida objetiva. O referido caráter tem uma missão a cumprir no tocante ao Estado. Por último, sustenta-se que o legislador não deve ser concebido unicamente como fundador e garantidor das liberdades, pois em vista do aspecto democrático e, ainda, das influências externas a que se sujeita o legislador, tal poder pode se tornar elemento de significativa preocupação.

A teoria axiológica busca o sentido essencial do direito fundamental que atende à relação existente entre a totalidade da ordem vital atual e os valores constitucionais vigentes. A corrente em apreço valora em cada época os elementos que estariam inclusos no processo de configuração social. Talvez o grande perigo da teoria axiológica seja a sua vulnerabilidade, porque produzida pela mutação e progresso social, muitas vezes, ditado pelo Estado, de acordo com seus interesses menos éticos.

De outra sorte, a teoria democrático-funcional propugna que a garantia do âmbito de liberdade é a virtude de importância que possui no processo democrático de construção da vontade política. Dita teoria está vinculada à consideração dos diferentes grupos sociais, seu caráter de liberdade e segurança.

A teoria que melhor sustenta os direitos fundamentais como os vemos atualmente, é a teoria dos direitos fundamentais do Estado Social; a mencionada teoria considera que a obtenção de prestações sociais, a partir daqueles, sofre algumas condicionantes, tais como as de natureza econômica e administrativa. Dessa feita, elementos libertadores induzem à adoção de decisões, as quais se podem fazer exigir, como regra geral, dentro dos tribunais, sem qualquer limitador ou condicionante.⁴⁶

A vertente social dos direitos fundamentais exige para sua “plasmação” na realidade, e em grande medida, a atividade conformadora do legislador, que os dota de contornos mais precisos.

O certo é que todas as teorias citadas são de origem principiológica e fomentam indagações sobre qual seria a abordagem mais correta: aquela que

⁴⁶ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Os limites dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: a boa fé. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 40.

aponta para um princípio *iusfundamental* ou a que reza a hierarquia entre princípios ou, ainda, a abordagem que defende uma certa ordem entre eles?

Nos posicionamos pela última delas. Não há uma hierarquia que possa ser revelada com segurança para o aplicador do direito. É fato que ao resolver pela aplicação de um direito fundamental, não estará o julgador extinguindo ou anulando outro que foi preterido; na verdade, apenas estará optando, justificadamente, pelo princípio que no caso venha a ser decisivo para a justa composição da lide. É inadmissível abraçar uma teoria que possa dar uma única solução correta a cada caso; haverá, com certeza, a colisão de princípios em diversas situações fáticas e a única saída para o julgador será controlar a racionalidade da argumentação capaz de fazer valer um princípio em face de outro, em particular, na prestação jurisdicional resultante do balanceamento dos direitos fundamentais.

Nessas situações, o operador do direito deverá interpretar a norma de acordo com a Constituição, ou mesmo “conforme”, demais de fazer uso da declaração parcial de nulidade sem redução de texto para “criar” a norma jurídica mais adequada em relação ao caso concreto.⁴⁷

Nas palavras de Gilmar Mendes:

Não raras vezes, destinam-se as normas legais a completar, densificar e concretizar direito fundamental. É que se verifica, vg., em regra, na disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual, do direito de sucessões (CF. art. 5.º XXII – XXXI), no âmbito da proteção ao consumidor (CF. art. 5.º XXXII) e do direito à proteção judiciária (CF. art. 5.º XXXV, LXXII).⁴⁸

2.2 ABERTURA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS

Quanto à temática abertura conceitual das normas fundamentais, o mais importante a se observar é que a normatividade decorre, inicialmente, da política e, na seqüência, a ordem jurídica descreve uma estrutura para sua aplicação fática.

A relevância do tema se cinge ao fato de que as cláusulas gerais, estudadas adiante, são consideradas resultado de medidas legislativas, as quais permitem a abertura de um sistema antes fechado e casuístico. Ao estudarmos a abertura e funcionamento das normas de direitos fundamentais, estamos, primeiro,

⁴⁷ MARINONI, A Jurisdição..., op. cit., p. 45.

⁴⁸ MENDES, op. cit., p. 16.

ofertando o fundamento jurídico-constitucional para encararmos a efetividade da jurisdição como obrigação do Estado (decorrente da ordem constitucional prestacional) e, segundo, encontrando os mecanismos para verificação, adequação e implementação das normas de direito fundamental, que servem, sobremaneira, para a atividade de concreção da norma processual aberta.

Num Estado de Direito democrático e constitucional, é usual distinguir-se duas concepções fundamentais de “sistema jurídico”: o *constitucionalismo* e o *legalismo*. A primeira no que concerne ao discurso jurídico aplicador, substitui a “clássica subsunção e a teoria do silogismo jurídico, por uma ponderação constitucionalmente orientada por valores e princípios jurídicos.”⁴⁹

Consoante a tese de Ronald Dworkin, na “revolução nos direitos”, o sistema jurídico apresenta-se como um sistema aberto, formado por normas, princípios, valores e formas de argumentação. Tal raciocínio traduz um método hermenêutico de uma visão construtivista. O direito como integridade se assenta não num modelo dedutivo, como se impunha antes do advento das cláusulas gerais materiais e processuais, mas num molde fulcrado na coerência (adequação) entre os enunciados lingüísticos textuais e as razões que fundamentam a decisão, isto é, os argumentos utilizados.⁵⁰

Quando se tem em conta que o sistema jurídico se compõe tanto de regras quanto de princípios, a concepção jurídica que trabalhamos se contrapõe ao modelo fechado (composto exclusivamente de princípios); demais disso, acrescenta-se a esta ilação, o fato de sabermos que a teoria receptiva ao sistema aberto decorre da revolução hermenêutica aplicada ao direito e à interpretação dos problemas jurídicos. No caminho trilhado pela Escola Construtivista e não criadora da atividade jurisdicional, a qual foi encabeçada por Dworkin, citamos a colocação ímpar de Cristina Queiroz que se apresenta em consonância com a essência do nosso pensamento:

Esta leitura principialista do sistema / ordem jurídica ultrapassa pura e simplesmente o texto da lei (literalismo, textualismo). Reclama por uma interpretação construtiva. Numa palavra, oferece-se como modelo alternativo ao modelo clássico “lógico-subsuntivo”. Neste sentido, reclama por uma justificação não apenas interna, mas também externa do raciocínio jurídico prático-geral. Trata-se, sucintamente, de um modelo de coerência ou congruência aplicado ao direito constitucional.

As razões dessa mudança vamos encontrá-la não apenas na alteração dos modelos paradigmáticos de aplicação do direito, mas ainda – e sobretudo – naquilo que está na

⁴⁹ QUEIROZ, op. cit., p. 127.

⁵⁰ Cf. RECHTSLEHRE, 1976 apud QUEIROZ, op. cit., p. 127.

sua base: elaboração de um sistema de direitos que tem de ser actuado e ao qual deverá ser dado uma efectividade óptima.⁵¹

A autora lusitana, conforme já mencionado, anota o carácter aberto do catálogo dos direitos fundamentais, seja no aspecto pessoal, seja no institucional ou coletivo. O pensamento da referida cultora do direito expressa uma “multifuncionalidade de formas de protecção jurídica”. As diferentes formas de protecção e aplicação devem ser exercidas pelos tribunais, de maneira a superar a tese dos *numerus clausus* contida na dimensão da tutela constitucional. Daí, ela sugere a adoção da expressão “protecção dinâmica dos direitos fundamentais”, utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que corresponde a uma tutela flexível, móvel e aberta desses direitos no seu conjunto.⁵²

Destarte, o esquema proposto abandona a dedução e lança a concreção como ferramenta positivadora de normas que não pretendem substituir o legislador, na medida em que ele próprio inseriu as cláusulas de conteúdo aberto nos textos legislativos que hoje trabalhamos. Tal assertiva socorre os elementos de direito em geral, mormente, os elementos corporificados e abertos na sua gênese.

Tendo em vista que muitos advogam a tese da existência de uma política dos direitos fundamentais, desenvolveu-se na Alemanha a concepção dos direitos fundamentais como garantias de procedimento, realização esta de tais direitos mediante aplicação das normas de organização e participação no procedimento, compreendendo o direito como uma tutela jurídica efetiva e adequada; lá, essa efetividade e adequação ficaram a cargo do Poder Judiciário, como corolário do princípio da protecção jurídica (sem lacunas), que integra, segundo Cristina Queiroz, o direito de informação e protecção jurídica.

Neste diapasão, está inserta a questão do acesso aos tribunais, isto por intermédio de um processo justo, eqüitativo e eficaz.⁵³

Aliás, Hart já havia propalado que “os direitos fundamentais representam uma desconfiança para com o legislador.”⁵⁴

⁵¹ QUEIROZ, op. cit., p. 128.

⁵² A autora ainda revela o pensamento de Habermas quando cita sua seguinte frase: Esta assimilação dos direitos fundamentais a valores constitucionais, constitui em si, o verdadeiro problema da justiça constitucional. (HABERMAS apud QUEIROZ, 2002, p. 54).

⁵³ HÄBERLE apud QUEIROZ, op. cit., p. 58.

⁵⁴ Cf. Cristina M. M. Queiroz onde revela que os direitos fundamentais revelam sua força normativa emergindo da última instância – o povo – abandonando uma maioria parlamentar. (HART, 1980 apud QUEIROZ, 2002, p. 21).

J. J. Canotilho ensina que a prestação jurisdicional deverá ser temporalmente adequada, conforme nota constitucional; e mais: disse ainda que “uma justiça tardia equivale a uma denegação de justiça”.⁵⁵

Ao citar Menelick de Carvalho Netto, o professor Ingo W. Sarlet conclui que o artigo 5., § 2.º da Carta Magna, traduz a noção de que a Constituição apresenta uma “moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”, partindo da premissa de que os direitos fundamentais são variáveis no espaço e no tempo, inexistindo um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, como também não existe um rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes. E, finaliza o festejado magistrado:

Assim, sob pena de ficar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer – a despeito de todas as dificuldades que a questão suscita – que, paralelamente aos direitos fundamentais fora “do “catálogo” (com ou sem sede na Constituição formal), o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange direitos não expressamente positivados.”⁵⁶

No parecer de Cristina Queiroz, J. J. Canotilho já interpretou a questão da abertura do catálogo fundamental, quando reconheceu o teor (por óbvio, relativo à questão) do mandamento constitucional português, o qual consagra nitidamente a eliminação da chamada “cláusula do princípio da tipicidade” das formas processuais do contencioso administrativo; dita cláusula, é acompanhada da relativização do princípio tradicional da “decisão prévia”, pelo que, de igual modo, é comparada à proteção jurídica sem lacunas, no que concerne aos direitos fundamentais.⁵⁷

De bom alvitre consignar que os direitos fundamentais decorrentes ou implícitos devem ser considerados, pelo bem da essência constitucional da proteção, como matéria-prima para a construção jurisprudencial pelos tribunais, haja vista a vagueza e a abertura do tipo normativo que lhes acompanha.

Em sede de direitos fundamentais não-escritos, existem dois grupos dignos de menção, quais sejam: direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 459.

⁵⁶ SARLET, op. cit., p. 98.

⁵⁷ “Art. 17 (regime dos direitos, liberdades e garantias). O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.” (PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Portugal, 1976).

garantias fundamentais e, também, a categoria dos direitos decorrentes do regime e dos princípios. Esta última, registre-se, poderá decorrer da dedução de novos direitos fundamentais que tenham sede no catálogo ou mediante extensão, por hermenêutica.⁵⁸

Daí a importância do tema ao se estudar as cláusulas gerais dentro da sistemática processual. Há uma autorização para “redefinição” do campo de incidência, seja pela inexistência da norma que atenda o princípio decorrente da efetividade jurisdicional, seja pela necessária intervenção no procedimento para real adequação ao caso concreto, permitindo ao julgador, a explicitação da decisão ótima para o caso.⁵⁹

Na visão de Alexy Robert, os direitos fundamentais não-escritos, como no caso da efetividade da jurisdição, deverão ser tidos como posições jurídicas que, sob a ótica do direito constitucional, são de tal sorte relevantes para a comunidade, a ponto de não poderem ser deixados na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário.⁶⁰

Embora os doutrinadores não tenham conseguido uma unanimidade nessa discussão temática, temos a impressão que, são uníssonos em revelar a necessária abertura do sistema dos direitos fundamentais, restando ainda mais tumultuada a questão que enfrentaremos a seguir, a qual abordará as dimensões ou gerações destes direitos, haja vista o conteúdo que detêm.

O que se conclui do exposto, é que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo artigo 5.º, § 2.º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo,

a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de

⁵⁸ Neste sentido, verifica-se que a categoria dos direitos implícitos pode corresponder também – além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo – a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, não tanto da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado. (SARLET, 2005, p. 102).

⁵⁹ Cf. Ingo W. Sarlet que revela que não há como desconsiderar a relevância da previsão no texto constitucional de “direitos decorrentes do regime e dos princípios” – também é certo recordar que além de atuar como uma espécie de autorização expressa e permanente “lembrete” para o reconhecimento de direitos implícitos em sentido amplo (não condição de direitos não expressamente positivados) a legitimar e até mesmo a vincular positivamente a atuação dos órgãos jurisdicionais nesta seara, que, nesta perceptiva, não poderiam deixar de reconhecer um direito implícito no mínimo quando tal reconhecimento corresponder, em face das circunstâncias, as exigências do sistema constitucional (2005, p. 103).

⁶⁰ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 119.

direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.⁶¹

2.3 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para a demonstração da mutabilidade e evolução do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente devido à abertura do sistema e interpenetração histórica, várias são as teorias respeitantes à classificação das etapas de sua positivação nas esferas legais.

Alguns preferem falar em gerações de direitos fundamentais, como se os primeiros contivessem algo de complementaridade para os posteriores, indicando, dessa maneira, certo grau de cumulatividade e dependência. O professor Ingo W. Sarlet entende que não há efetivamente uma dependência ou hierarquia entre os direitos fundamentais positivados, de modo que o termo “dimensão” também nos parece mais correto para indicar a evolução e a divisão das etapas de positivação dos direitos fundamentais nas esferas constitucional e internacional.⁶²

Por outro lado, Alexy propõe um sistema de “tríplice divisão” entre os posicionamentos jurídico-fundamentais. O renomado escritor germânico afirma que é possível designar os direitos fundamentais em: direitos a algo; liberdades; e, finalmente, competências.

Na primeira proposição, a forma mais geral é a do enunciado, cujo teor revela que há sempre um “portador” titular de um direito, vinculando um “destinatário” do direito a um “objeto”. Tal combinação é denominada de obrigação racional absoluta e pode ser exemplificada com a seguinte assertiva: todos têm direito à vida.

Aliás, é bom que se ressalte, que Alexy Robert traça fundamental crítica quando não admite a idéia reducionista de defesas frente ao Estado. A obrigação de proteção ante o crime organizado e a impossibilidade de morte por ordem do Estado são, hipoteticamente, idênticos ao aspecto da obrigação racional absoluta; contudo, ocorre que há diferenças entre a atividade positiva e negativa do Estado frente ao

⁶¹ SARLET, op. cit., p. 99.

⁶² A professora Cristina M. M. Queiroz se opõe a uma classificação dos direitos fundamentais em dimensões, por entender que são direitos multifuncionais e pluridimensionais.(2002, p. 44).

titular do direito. Quando se fala em defesa em face da ação, há referência a ações negativas, as quais serão, num futuro próximo, objeto de estudo. Assim, na via inversa, quando o Estado presta algo por meio de ações positivas, estamos diante de “derechos a prestaciones”.⁶³

Os direitos a ações negativas foram, como veremos a seguir, a forma inicial de manifestação dos direitos fundamentais e se subdividem em três grupos: direitos que impeçam o Estado de criar empecilhos para o exercício da ação; aqueles que se referem à proteção da propriedade; e, por derradeiro, os que protegem o indivíduo contra atos do Estado que lhes retire a posição de titular de um direito.

Nos direitos positivos (de ações positivas do Estado) temos dois grupos, de conformidade com o que afiança Alexy: a um, o grupo composto daqueles cujo objeto é uma ação fática e, a dois, outro em que o objeto é uma ação normativa. O primeiro, nos desperta profundo interesse, primordialmente, focado no estudo do direito prestacional da tutela jurisdicional efetiva, uma vez que obriga o Estado a prestar faticamente a tutela do direito material, por intermédio do processo adequado e temporalmente eficaz.

Nos referimos a direito fundamental numa “ação positiva fática” quando há suposição de um direito prestacional em sentido estrito, que difere das ações fáticas propostas pelo Estado frente ao indivíduo, proporcionando-lhe, por exemplo, o acesso ao Poder Judiciário, de maneira franca e irrestrita, ofertando, portanto, a oportunidade a todos que dele necessitam.

Nesta esteira, aclare-se, os direitos fundamentais de ações positivas podem ser normativos, desde que dependam de atos do Estado mediante imposição de norma editada para o caso em exame. O fato é que Alexy crê que estes últimos direitos prestacionais fáticos também podem ser normativos quando adquirem caráter de prestação fática, passando, por conseguinte, a serem definidos como “derechos a prestaciones en sentido amplio”.⁶⁴

Na segunda proposição, os direitos fundamentais como “liberdades” são os mais básicos direitos fundamentais, porém, de mais difícil compreensão. O sentimento que gira em torno do termo “liberdade” traz consigo uma difícil atividade do exegeta ao encarar os vários aspectos e contornos que o termo pode mostrar. O

⁶³ ALEXY, op. cit., p. 188.

⁶⁴ Idem, p. 196.

certo, sob a ótica dos direitos fundamentais, é que o indivíduo deve ser livre para fazer aquilo que bem quiser, salvo se defeso em lei. É como se falássemos em direito a uma ação que é intentada pelo interessado, independentemente dele ser ou não titular de um direito positivado. A ação é proposta sem perquirirmos se desde logo o autor tem o direito substancial que invoca.

É como uma prática que não conhece limitações ou restrições, senão aquelas que legitimamente são impostas pelo convívio social e regidas pelo Estado. As liberdades jurídicas são conceitos de permissão no sentido de negação de mandados de proibição estatal. Neste ponto, salutar o destaque de que é viável detectar a existência de liberdades não protegidas e de um perímetro de proteção, contextualizado por Hart, onde poderá haver o choque entre os direitos protegidos de dois indivíduos distintos, restando a necessária ponderação para a superação do entrave entre as liberdades fundamentais.⁶⁵

Finalmente, resta a análise da última classificação, denominada por Alexy Robert como “competências”. Para colocarmos o tema, deverá estar evidenciado que quando falamos em direitos fundamentais como direito à proteção, a referência feita concerne à proteção frente ao Estado. Dessa feita, para fazer valer os direitos negativos (de omissão) que possibilitariam o uso e gozo das liberdades individuais fundamentais, deveríamos poder “fazer valer”, judicialmente, nossa oposição, isto devido à violação perpetrada ou à flagrante ameaça.

Terminologicamente, a “competência” pode ser traduzida, em respeito ao nosso estudo processual, como sendo um direito subjetivo de ação, algo como “autorización”, extraído do direito espanhol. Eis que se trata, em síntese, do exercício de um direito de ação, em termos concretos, levando em estima a capacidade juridicamente adequada.

A competência não se confunde com a permissão, posto que a ação que constitui o exercício de uma competência está permitida, mas a ação que é a realização de uma ação simplesmente permitida não se traduz em exercício de competência. Para melhor distinção, vale a seguinte explicação de K. Adomei: a

⁶⁵ Citado por Robert Alexy, Hart, I, na sua obra “Bentham on Legal Rights”, ensina que em matéria de “protective perimeter” as ordens jurídicas rodeiam com maior ou menor intensidade a liberdade externada pelo indivíduo. (2002, p. 225).

negação de uma permissão conduz a uma proibição; a negação de uma competência é somente a declaração da incompetência.⁶⁶

Segundo A. A. Cançado Trindade, a teoria dimensional não aponta tão somente para o caráter cumulativo do processo evolutivo e complementar dos direitos fundamentais, mas afirma sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e do direito internacional dos direitos humanos.⁶⁷

De toda discussão, uma coisa é certa: a nova compreensão das relações entre cidadão e Estado implica num sistema de direitos e a construção de princípios jurídico-constitucionais interpretativos básicos. Há um processo de racionalização do direito ou “construção” via tribunais e “reconstrução” por intermédio do legislativo, haja em vista a filosofia política, na qual se compreenderiam os modelos de inclusão (leia-se integração, segundo proposta de Ronald Dworkin), reconhecimento (social) e generalização de valores (positivamente declarados).⁶⁸

Conquanto Cristina Queiroz tenha deixado de classificar os direitos fundamentais, fato a ser confirmado mais adiante, é importante sublinhar que os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados ao conceito jurídico deferido à figura da “dignidade da pessoa humana” e, por seu valor fundamental, eis que tal autora acredita que a função dos direitos fundamentais não se destina apenas aos direitos de defesa (emanantes das disposições do Bill of Rights britânico, datado de 1689), mas ultrapassa este limite, uma vez observada a proteção dinâmica que deverá guardar as normas fundamentais.⁶⁹

A nova dimensão assumida é aquela corolária da classificação dos direitos fundamentais como direitos de natureza supranacional, considerando-os de efetivação e obrigação ativa do Estado, principalmente, quando em mãos de juízes, apesar das desconfianças históricas já amplamente discutidas.

⁶⁶ ADOMEI apud ALEXY, op. cit. p., 229.

⁶⁷ TRINDADE apud SARLET, op. cit., p. 54.

⁶⁸ QUEIROZ, op. cit., p. 56.

⁶⁹ “Esta dualidade do conceito de constituição – e a *fortiori* dos direitos fundamentais – expressa por autores como Ackerman e Rawls, estabelece uma relação funcional de efeitos recíprocos entre a *finalidade* da constituição como norma e a *função* dos direitos fundamentais. Estes diferenciam-se agora dos meros *direitos de defesa* e dos simples *deveres de imissão* por parte do Estado para se transformarem em *protecção dinâmica*”. (QUEIROZ, 2002, p. 56).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a primeira geração seria a dos direitos de liberdade; a seguinte, a dos direitos de igualdade; e, por fim, ao emblema da Revolução Francesa, a fraternidade.⁷⁰

No juízo do professor Canotilho, os direitos de prestação podem ser classificados em: direitos de acesso, utilização de prestações estatais e direitos à participação na organização e procedimento. Para Alexy, conforme já visto, os direitos prestacionais, de amplo sentido, abrangem os direitos à proteção, bem como os direitos à prestação *stricto sensu* identificam os direitos sociais de natureza positiva, a exemplo da jurisdição.⁷¹

Pois bem. As lições de Ingo W. Sarlet, cuja proposta classificatória é adotada neste estudo, induzem-nos a consignar, inicialmente, que os direitos fundamentais, no respeitável parecer do professor gaúcho, dividiam-se em dois grandes grupos: direitos de defesa e de prestação.

Aliás, a derradeira proposta de classificação oferecida por Canotilho foi abraçada, em parte, por Ingo W. Sarlet que, pedagogicamente, reclassifica cada categoria, utilizando a seguinte estrutura: direitos fundamentais como direitos de defesa; direitos fundamentais como direitos a prestações; direitos a prestações em sentido amplo; direitos à proteção; direitos à participação na organização e procedimento e Direitos a prestações em sentido estrito.

Nesta última categoria, na abalizada visão de Gilmar Mendes, o Estado deverá permitir ao indivíduo a efetiva participação no procedimento e organização, como se esta fosse um direito subjetivo fundamental a ele deferido. “Assim, quando se impõe que certas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar determinado procedimento, sob pena de nulidade, não está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de normas de procedimento”.⁷²

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

⁷¹ SARLET, op. cit., p. 179.

⁷² MENDES, op. cit., p. 9.

2.3.1 Direitos Fundamentais de primeira dimensão

Aqui, faz-se necessário contextualizar os direitos fundamentais, preliminarmente, reconhecendo seu surgimento perante as constituições escritas, em especial, no que tange ao aspecto defesa do cidadão frente ao Estado. Quando nos reportamos ao Estado Liberal dos séculos XVII e XVIII, obtemos um texto legislativo escrito de maneira completamente restritiva, bem assim repleto de silogismos. Já dizia Alexy, que os direitos fundamentais são posições jurídicas as quais, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes para a comunidade, que não podem ser deixadas na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário.⁷³

Destarte, aclara-se que no regime democrático puro não deveria haver espaço para o abuso do poder pelo governante; entretantes, ocorre que tal regra está plena de exceções. Na acumulação do poder nas mãos de alguns, há facilitação natural do controle dos atos e, no que concerne à historicidade já mencionada no início deste trabalho, verificamos que sequer os juízes estavam preparados para reprimir atos abusivos quanto ao poder. Diante de tal perspectiva, as injustiças estatais eram evidentes e atingiam a comunidade em todos seus aspectos, a exemplo da edição de leis imorais e/ou injustas (do ponto de vista comum, do homem médio).

Alexandre de Moraes, tendo em vista a questão da composição democrática brasileira, afiança que: “O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado”.⁷⁴

Neste cenário, é possível dizer, o risco sempre pairava no ar e os direitos de defesa surgiram para limitar o poder estatal, assegurando ao indivíduo, uma esfera de liberdade, outorgando-lhe o direito de evitar interferências públicas no âmbito particular, ou no da autonomia pessoal.

O indivíduo precisava de proteção no que respeita aos atos injustos perpetrados pelo Poder Público e não havia sequer uma norma constitucional a

⁷³ ALEXY, op. cit., p. 398.

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 54.

apoiar qualquer defesa esboçada pelo prejudicado. Desta feita, para J. J. Canotilho, citado por Ingo W. Sarlet, os direitos de defesa estariam a proteger o cidadão no plano jurídico-objetivo, por intermédio de normas negativas de competência e, no plano jurídico-subjetivo, via deferimento do poder de exercer, positivamente, seus direitos e exigir a omissão invasiva dos poderes públicos.⁷⁵

A classificação emprestada por J. J. Canotilho casa, de certa forma, com aquela ofertada por Alexy, que expôs tanto o aspecto positivo quanto o negativo da atividade estatal, no tocante ao indivíduo.⁷⁶

A título de exemplos de direitos fundamentais de defesa, é oportuno mencionar aqueles tradicionalmente apontados pela doutrina geral, quais sejam: liberdade de locomoção, direito à vida, propriedade, manifestação do pensamento, associação, entre outros, outorgados expressamente, ou, não, no Texto Maior.

Igualmente, é verdade que os direitos coletivos típicos se encontram dispersos no Texto Constitucional, fato que de certa maneira, tornou mais nebulosa a situação do tema. Vieira Andrade destacou a situação de que os direitos coletivos não podem ser usufruídos pelo indivíduo, isoladamente, conforme corrobora Ingo W. Sarlet.⁷⁷

Eis que o indivíduo também tem direito fundamental à sua personalidade, que pode, de acordo com o que se insculpe no artigo 5.º, inciso X, da Constituição Federal, se estratificar, em várias vertentes, dependendo do caso.⁷⁸

O direito à personalidade é exemplo basilar de direito fundamental de primeira geração, sendo relevante tecer algumas observações sobre tal temática. Na preleção do professor Elimar Szaniawski, a teoria fracionária do Direito da Personalidade encontra-se em franca decadência. Hoje, é inegável, temos a proteção universal dos direitos prétreos contidos na Constituição Federal, sem escalas ou importâncias distintas. A primariedade do direito fundamental à vida se apresenta lícita, bem assim como reflexo do direito objetivo positivado, senão do

⁷⁵ SARLET, op. cit., p. 186.

⁷⁶ Ver nota 37.

⁷⁷ SARLET, op. cit. p. 189.

⁷⁸ Inciso X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação. (BRASIL. Constituição..., op. cit., art. 5º, inc. X).

direito subjetivo. Os bens que interessam são aqueles inerentes à pessoa humana: vida, liberdade, honra, entre outros.⁷⁹

Ainda, cumpre registrar o seguinte comentário complementar do ilustre professor Elimar Szaniawski, da Universidade Federal do Paraná:

A Constituição brasileira de 1988 traz entre os princípios fundamentais que a informam o *princípio da igualdade*, inserido em sua parte preambular e no *caput* do art. 5.º, e o *princípio da dignidade da pessoa*, no inciso III, do art. 1.º. Ambos os princípios possuem idêntico valor. Estes dois princípios fundamentais conjugados constituem a base, o substrato necessário à constituição dos demais direitos, tutelando a pessoa humana em toda a sua dimensão, uma vez que a mesma é portadora de dignidade e de igualdade, sob o aspecto formal e material. Verifica-se, pois, que a Constituição em vigor adota a *cláusula geral*, como princípio fundamental da ordem jurídica brasileira.⁸⁰

O sujeito protegido pela norma fundamental de primeira dimensão detém o substrato material da dignidade da pessoa humana, explicitado no artigo 5.º, incisos V e X, da Constituição Federal. Tal substrato, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, pode ser desdobrado em quatro postulados: que há um sujeito moral e ético, o qual reconhece a existência de outros, como ele, na sociedade; a ilação de que os demais indivíduos são merecedores de igual respeito; que um ser possui vontade livre e poderá se autodeterminar, bem assim integrar um grupo social, que obedece as mesmas regras basilares.⁸¹

No que tange à temática da proteção ao indivíduo, quando se aplica o caso concreto às normas de direito, o juiz não cria uma nova ordem, conforme asseverou o professor Clayton Reis; deverá, sim, resolver o litígio dentro dos parâmetros outorgados pelo Estado, aí residindo a Constituição e, não mediante a aplicação dos seus princípios ou valores pessoais.⁸²

Em outro patamar, dentro da esfera dos direitos de defesa, encontramos a exatidão da classificação de Alexy ao fazer referência aos direitos a algo (omissão exigível do Estado) e competências.

Neste ponto, não se fala em direito de defesa quando impossível o exercício de um direito garantido constitucionalmente; daí, natural a colocação de que a prestação jurisdicional, como forma de garantia de exercício e efetividade dos outros direitos fundamentais, seja de extremo valor.

⁷⁹ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

⁸⁰ Idem, p. 137.

⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

⁸² REIS, Clayton. Avaliação do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 68.

Quando estudamos os princípios clássicos dispostos no artigo 5.º da Carta Política, estamos lidando, especialmente, com os direitos de defesa ligados à liberdade e à prestação, os quais proporcionarão a efetivação fática dos demais direitos fundamentais, considerando o princípio da inafastabilidade do controle judicial, previsto no supramencionado artigo 5.º, em seu inciso XXXV.

O Tribunal Constitucional Federal alemão declarou que o princípio da dignidade da pessoa humana detinha valor supraconstitucional, impondo-se, portanto, ao próprio poder constituinte, isto é, ao povo germânico. Aí radica o estatuto do poder de ação; isto, não unicamente como simples estatuto jurídico permissivo de ação pelo cidadão que pretenda ver amparado um direito fundamental. A dignidade da pessoa humana pode ser preservada via ação judicial, impondo-se ao Estado-Juiz um dever de agir quando da falta de legislação específica que defira o uso e gozo de determinada garantia ou direito constitucional.⁸³

Indubitável que para o exercício dos direitos de defesa, qualquer limitação se mostra ilícita. Na obrigação de tutela adequada dos direitos fundamentais temos o chamado *status activus processualis*, isto é, a garantia dos meios processuais adequados a uma defesa ativa dos direitos fundamentais no seu conjunto.⁸⁴

Não obstante a proteção dinâmica destes direitos a fim de realizá-los, estas garantias constitucionais fundamentais são autênticos direitos subjetivos vinculados ao direito fundamental, que asseguram ao indivíduo, mediante justa participação no processo, exigir do Estado, a efetivação destes. Eis uma idéia original de Peter Häberle, citado pelo magistrado e escritor, Ingo W. Sarlet.⁸⁵

Tal ideação demonstra que, como estado ativo processual, os direitos de defesa integram a categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, o que se aplica, notadamente, às garantias processuais.

⁸³ BVerfGE 80, 367, 373.

⁸⁴ QUEIROZ, op. cit., p. 61.

⁸⁵ Complementa dizendo: "Para tanto, basta aqui referir a garantia da inafastabilidade do controle judiciário, consagrada no art. 5.º inc. XXXV, da CF, assegurando ao cidadão o acesso à prestação jurisdicional do Estado. No que tange a este aspecto, contudo, remeteremos o leitor ao próximo item (direitos a prestações)". (SARLET, 2005, p. 200).

2.3.2 Direitos Fundamentais prestacionais

Ao iniciarmos o exame dos direitos fundamentais às prestações (prestacionais), iremos focar, em particular, o que entendemos como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, objetivando, dessa maneira, afunilar o tema para a conclusão da importância das cláusulas gerais processuais no atual processo civil brasileiro, a fim de dar vida e cor ao direito objetivo do cidadão à tutela jurisdicional do Estado.

Cristina M. M. Queiroz, ao comentar Peter Häberle, considera que a ordem constitucional determina a obrigação de tutela e proteção a direitos fundamentais outros, como exercício da atividade público-estatal:

No limite, os processos necessários, as estruturas e organização – aí compreendidos o “direito de acesso aos tribunais” – devem ser garantidos “sem lacunas”. Quer dizer, através da “distribuição eqüitativa de “processos justos”(due process of law) sempre que o particular dependa de meios ou de recursos para fazer valer os seus direitos e pretensões jusfundamentais.⁸⁶

Neste cenário, como “tarefa” dos direitos fundamentais à prestação, compete ao Estado disponibilizar os meios materiais e de pessoal capaz de implementar faticamente o exercício das liberdades e garantias fundamentais, de modo que é perfeitamente exigível uma postura ativa do Estado por intermédio dos seus membros, com o desiderato de dar atendimento à ordem constitucional.

Por outro lado, a teoria dos direitos de participação ou de quota-parte proveniente da doutrina alemã, reconhece que é possível a participação do indivíduo no processo decisório e procedimentos, fazendo-nos crer que na falta de procedimento adequado para a efetivação da jurisdição, o Estado, por meio do seu agente Juiz, deverá permitir a participação do interessado na elaboração de um procedimento distinto daqueles já previstos, e ainda proporcionar uma resposta adequada ao caso concreto não abarcado pela lei ordinária.⁸⁷

⁸⁶ QUEIROZ., op. cit., p. 61.

⁸⁷ Segundo Marinoni, “há que entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas sim direito a um comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos. É óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades da vida das pessoas.” (2004, p. 244).

Na classificação de Jellinek, várias subdivisões se desenvolvem em sede de direitos às prestações. Os direitos à prestação em sentido amplo (*Teilhaberrechte*) além de fazer referência à teoria da quota-parte, abrangendo as prestações estatais (positivas ou negativas) propriamente ditas (que são as prestações em sentido estrito), contêm, ainda, a possibilidade de participação nos procedimentos e organização. Assim, as prestações em sentido estrito (*Leistungsrechte*) representariam basicamente o objeto da própria prestação, ademais dos direitos de defesa.⁸⁸

Os direitos prestacionais em sentido amplo englobam os direitos políticos (*status civitatis*) e os direitos à participação na organização (*status positivus libertatis*). Ainda, é mister referenciar os direitos prestacionais *lato senso* vinculados ao *status positivus socialis*, que proporcionam a participação no procedimento e realização fática das prestações materiais sociais.

De todo modo, como já esposamos mais acima, acolhemos nesta abordagem a classificação ofertada pelo professor Ingo W. Sarlet, para o qual os direitos a prestações abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme quanto às posições jurídicas, que podem variar, segundo seu entendimento, no que respeita ao seu objeto, destinatário e, mesmo, no aspecto estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação.⁸⁹

A primeira grande classificação dos direitos a prestações se refere ao próprio objeto. Temos os direitos prestacionais jurídicos ou normativos e os direitos à prestação fática ou materiais, todos eles inseridos na proposição adotada pelo autor em tela.⁹⁰

Tendo em vista a esteira classificatória adotada, há que se relevar o juízo de Canotilho, que subdivide os direitos à prestação em derivados ou originários. Os derivados compreendem o direito de igual acesso e utilização de todas as instituições públicas e seus meios de solução de problemas, entre eles, a

⁸⁸ Cf. Ingo W. Sarlet, cotejando Robert Alexy: "De outra parte, impõe-se a referência ao fato de que, sob a rubrica dos direitos a prestações em sentido amplo, considerando-se excluídos os direitos em sentido estrito (direitos a prestações fáticas), se enquadram fundamentalmente os direitos a prestações normativas por parte do Estado, que podem incluir tanto direitos a proteção mediante a emissão de normas jurídico-penais, quanto o estabelecimento das normas de organização e procedimento." (2005, p. 211).

⁸⁹ SARLET, op. cit., p. 207.

⁹⁰ Idem, p. 208.

possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, instituição pública destinada a dar resolução a conflitos sociais e privados.⁹¹

No parecer de Ingo W. Sarlet “sob outro ponto de vista, os direitos derivados a prestações podem ser definidos como posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas, sim, da concretização destas pelo legislador”.⁹²

No que concerne aos direitos à prestação originários, eis que estes estão ao alcance do cidadão de forma direta e independentemente de existência de um sistema estatal pré- estabelecido. Aliás, tais direitos, é bem verdade, equivaleriam à aplicação e reconhecimento direto de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, estejam eles expressos ou sejam decorrentes.

Desta feita, fácil dessumir que deverá o Estado dar instrumentos bastantes para a aplicação direta de ferramentas que possibilitem o exercício de fato destes direitos constitucionais e, portanto, viável, também, exigir do Estado-Juiz o procedimento adequado para atendimento de determinada situação processual antes não vislumbrada.⁹³

Nesta linha de raciocínio, cumpre apontar que na concepção dos direitos à prestação formal ou normativa, a conceituação exhibe apenas sua face instrumental no que tange à determinação dos direitos prestacionais não enumerados ou decorrentes, a exemplo do direito à jurisdição efetiva temporalmente adequada; sobre o assunto Cristina Queiroz leciona que:

O conceito de “norma” e “formulação de norma” de direitos fundamentais mostra-se instrumental na determinação dos chamados “direitos não enumerados” ou “direitos constitucionais em sentido material”, revelados pela sua aplicação pelo poder judicial. “Dentro do sistema jurídico isso significa o crescimento do poder da justiça e um alargamento do espaço de intervenção dos tribunais, e particularmente dos tribunais de justiça constitucional.”⁹⁴

Não resta outro entendimento senão aquele que remete aos juízes a interpretação processual última dos mandamentos constitucionais, de modo a

⁹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 553.

⁹² SARLET, op. cit., p. 209.

⁹³ Cf. Ingo W. Sarlet: “Desvinculando-nos um pouco das distinções traçadas e da problemática terminológica, verificamos que 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 da liberdade apenas faz sentido quando não limitada a uma dimensão meramente jurídico-formal, mas, sim, enquanto concebida como igualdade de oportunidade 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”. (2005, p. 209).

⁹⁴ QUEIROZ, op cit., p. 17.

permitir sua aplicação direta ou imediata, apesar de que há quem possa defender que a exegese direta prescindiria de participação do Poder Judiciário.⁹⁵

Neste panorama, a leitura que se exige do aplicador do direito, como sugere Dworkin, dar-se-á da seguinte maneira: a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva.⁹⁶

Diante disso, deflui-se que a prestação jurisdicional é incumbência estatal, a qual está contida nos quadros dos direitos prestacionais decorrentes e derivados, incluindo-se nesta tarefa a obrigação do Estado-Juiz quanto a adequar o procedimento de conformidade com os parâmetros mais próximos dos ditames constitucionais da efetividade processual.

Quando há procura de soluções pelas mãos do Estado, este tem o dever constitucional expresso de inafastabilidade das questões em face do Poder Judiciário e, ainda, de respeitar o devido processo legal, que dá, em última análise, a resposta formal esperada pelo interessado.⁹⁷

Ocorre que o ente estatal não só deverá prestar sua função jurisdicional de maneira a receber ditas questões, mas deverá providenciar, mais do que um simples protocolo, uma resposta rápida ao ideal de justiça esperado e pago pelo contribuinte sob a forma de prestação de serviço judicial.⁹⁸

Na lição de Müller, os conceitos jurídicos nos textos normativos são destituídos de significado. Para ele, eis que os enunciados não possuem sentido como algo concluído e dado de antemão. No entendimento do referido autor, a prestação estatal deverá conceber mais do que mero mandamento constitucional

⁹⁵ Marinoni revela que “nesse sentido não é suficiente pensar que, diante de duas interpretações possíveis da regra processual, o juiz deve preferir aquela que não seja contrária à Constituição. É que, diante de certa regra processual, podem existir duas interpretações que sejam razoáveis na perspectiva constitucional. Nesse caso, o juiz tem o dever de preferir a interpretação que garanta a máxima efetividade à tutela jurisdicional, considerando sempre o objeto que deve ser tutelado (a tutela do direito material) e a realidade social.” (2004, p. 225).

⁹⁶ DWORKIN, op. cit., p. 63.

⁹⁷ “Bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios são espécies.” (NERY JÚNIOR, 1999, p. 30).

⁹⁸ A respeito Cristina M. M. Queiroz revela: Tudo isto gera o problema da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, especialmente tendo em conta a sua aplicação pelo poder judicial. As decisões dos tribunais, e particularmente dos tribunais de justiça constitucional, conferem aos direitos fundamentais um “conteúdo jurídico objetivo”. Não se chegará ao ponto de afirmar que a “ciência dos direitos fundamentais” se converterá hoje uma análise das decisões do Tribunal Constitucional, mas o certo é que já não poderá viver sem ela. A estes compete como “barreira última” (*schrankschranke*) um dever de proteção e garantia acrescidos, numa palavra, uma proteção de natureza constitucional”. (2002, p. 8).

expresso; a ela, caberá garantir, mediante o uso da melhor ferramenta possível, o atendimento a todos os outros direitos fundamentais, mesmo que não explicitados na Carta Política, tais como a prestação estatal da tutela efetiva e célere. Nesta trilha, diante da emenda constitucional n.º 45/2004, o legislador, aparentemente, conseguiu dar solução para o grave problema da demora nas decisões judiciais: pôs em lei (normatividade) aquilo que nunca fora pensado ao contrário. Uma vez que, na seqüência, far-se-á uma análise da ordem constitucional da celeridade processual adequada, neste ponto, cabe anotar que não acompanhamos a idéia do “novo” direito fundamental, pois antes da edição da emenda constitucional em trato, não esperávamos algo diferente em relação ao tempo de tramitação do processo.

E mais: para o escritor em foco, a teoria semântica, que concebe a formação de norma de decisão apenas com fulcro na ajuda de dados lingüísticos, é inaceitável, tendo em vista a ideação de que a concreção dos dados reais devem formar a base para a decisão judicial mais justa e adequada.⁹⁹

Relativamente à prestação normativa, esta deve ser manuseada com o auxílio de argumentos valorativos, a fim de se tornar possível dar vida ao texto constitucional vinculante e auto-aplicável. Assim, adiante, quando tratarmos da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e do uso da cláusula geral como instrumento hábil à consecução do fim último esperado pelo povo, originário detentor do poder democrático supremo, veremos a importância da concreção valorativa pelo intérprete da norma constitucional aberta, haja vista a ausência de proteção legislativa (princípio da proibição do excesso).

Como bem ensinou Marinoni:

Lembre-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo art. 5.º, §1.º da CF, tem aplicabilidade imediata, e assim vincula imediatamente o Poder Público, isto é, o legislador – obrigado a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz. Melhor dizendo, o juiz, diante desse direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgada pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva prestação, outorgando-lhe a máxima efetividade. Essa interpretação judicial, orientada ao cumprimento do dever de prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, somente encontra limites no direito de defesa.¹⁰⁰

No que respeita à efetividade da técnica processual adequada e ao direito de defesa limitado, falaremos em seguida, restando a anotação do ilustre jurista

⁹⁹ MÜLLER, 1976 apud ALEXY, op. cit., p. 77.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

sobre a efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental garantido constitucionalmente, que viabiliza ao juiz a integração do processo com o direito material, por intermédio da técnica processual mais adequada à luz do direito fundamental em jogo.

O Estado, enquanto zelador do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, em primeiro plano pelo seu legislador e supletivamente por meio da concreção judicial possibilitada pelas cláusulas gerais processuais, está obrigado a agir preventivamente para a proteção dos direitos fundamentais (direitos à proteção – em sentido amplo). Tal obrigação, segundo a ótica mais moderna, determina que o Estado adote todas as medidas que visem garantir e proteger efetivamente o uso, fruição e gozo dos direitos materiais esculpidos nos regramentos fundamentais, inclusive, mediante a criação de procedimento processual adequado a garantir que, na ausência do cumprimento estatal, possa o cidadão se socorrer dos remédios judiciais disponíveis.

Ao concluirmos que o Estado é obrigado à proteção, deduz-se, igualmente, que este deverá lançar mão de ferramentas hábeis para a efetivação das políticas estatais de assistência, sem excetuar o âmbito judicial. Destarte, a falta de procedimento adequado para atender um “novo” direito material não pode ser óbice para a estagnação da atividade pública, sob pena de frontal desrespeito à ordem constitucional e ao princípio da inafastabilidade.

O uso destes “meios adequados” abrange a cláusula aberta, que determina, inicialmente ao legislador infraconstitucional, e, em seguida ao aplicador da lei, a adoção de procedimentos efetivamente novos e indeterminados, até que se atenda, à perfeição, ao tipo material em questão. Conforme já asseverado, os direitos fundamentais são multifuncionais e de proteção dinâmica, porque não dependem da vontade estatal para sua utilização e cumprimento; aliás, registre-se, historicamente, era o próprio Estado, ao mesmo tempo, vilão e pivô da criação de tais instrumentos constitucionais de proteção.

Na preleção de Konrad Hesse “o reconhecimento de um direito subjetivo a uma atividade protetiva do Estado se encontra, contudo, na dependência de uma previsão suficientemente detalhada por parte do direito objetivo, limitando-se, de regra, ao dever de agir do Estado, sem que lhe seja, no entanto, imposto “o como”,

de tal sorte que uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nas hipóteses em que o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero.¹⁰¹

De todo modo, a discussão sobre o caráter objetivo dos direitos fundamentais, bem como o reconhecimento da jurisdição constitucional, se mostra deveras atual e promissora.

Para o professor Marinoni, o enquadramento do direito e efetividade da tutela jurisdicional na classificação dos direitos fundamentais traduz-se assim:

Como é fácil perceber, diante dos itens que trataram do aspecto funcional dos direitos fundamentais e do direito à efetividade da tutela jurisdicional, esse direito não pode ser pensado como direito de defesa, ou seja, como direito de natureza negativa, uma vez que consiste, como é evidente, em um direito de exigir uma prestação do Estado.

Se isso é óbvio, algumas dúvidas podem surgir diante da idéia de direitos a prestações. O direito à prestação jurisdicional efetiva não pode ser considerado um direito a uma prestação fática. Mas também não pode ser visto apenas como i) o direito à técnica processual adequada, ii) o direito de participar por meio do procedimento adequado ou iii) direito à resposta do juiz. Na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba esses três direitos, pois exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p. ex. ações coletivas) e, por fim, a própria resposta jurisdicional.¹⁰²

A jurisdição, nesta ótica, demonstra a importância da prestação positiva por parte do magistrado diante do caso concreto, devendo concretizar o dever de proteção do Estado devido à existência dos direitos fundamentais.

Quando não estamos tratando diretamente de um direito fundamental inserto no bojo do processo ofertado ao julgador, fica claro que estaremos, diante de decisão sobre direito fundamental à resposta jurisdicional efetiva, independentemente do conteúdo do direito invocado na peça vestibular ou na contestação.¹⁰³

2.3.3 Direitos Fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais tidos como de terceira dimensão também são denominados de direitos da fraternidade ou solidariedade. Estes ultrapassam a

¹⁰¹ SARLET, *op. cit.*, p. 213.

¹⁰² MARINONI. *Técnica...*, *op. cit.*, p. 185.

¹⁰³ Cf. Marinoni, o juiz tem o dever de interpretar a regra processual, ou mesmo suprir eventual omissão legislativa, para dar a máxima efetividade à tutela jurisdicional, compreendidas as necessidades do caso concreto e considerando os valores constitucionais que dão proteção ao réu como o direito de defesa. (2004, p. 226).

barreira do indivíduo e visam a proteção da coletividade, alcançando grupos, tais como a família, o povo, a nação, e, geralmente enquadrando-se na categoria dos direitos coletivos e difusos.

Alguns objetos protegidos pelos direitos de terceira dimensão ainda não estão positivados na esfera constitucional, uma vez que sua titularidade é coletiva e, muitas vezes, indeterminada. À guisa de exemplos de direitos de terceira dimensão tomemos a qualidade de vida resultante do meio ambiente conservado, o direito à paz e à autodeterminação; inclua-se em tal rol, temas como a ciência genética e suas formas de atuação, direitos polêmicos, como o direito de morrer, de determinação sexual, de automutilação e de comercializar órgãos humanos.¹⁰⁴

A questão do meio ambiente já teve assento no texto constitucional, dependendo, no entanto, de lei infraconstitucional e políticas públicas melhor definidas para sua efetiva proteção.¹⁰⁵

Celso Lafer classifica os direitos fundamentais em quatro gerações, termo, a bem da verdade, inadequado, porque sugere a existência de uma hierarquia entre os direitos fundamentais. Ao falar da terceira e quarta gerações de direitos fundamentais, o autor preconiza que ambos transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recaem, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais.¹⁰⁶

A partir de quaisquer constatações relativas à pluralidade conceitual e de objetos inerentes à proteção social, não podemos nos olvidar de sua essencial vinculação com os conceitos de igualdade, solidariedade e, principalmente, dignidade da pessoa humana. Tal princípio basilar atinge, com sua magnitude, todos os demais incorporados à terceira dimensão e outros que venham a surgir, haja vista a vagueza e abertura que caracterizam os direitos fundamentais.

Os direitos aqui referidos surgiram a partir do confronto travado com questões de justiça e injustiça social; suas dimensões internas são multifuncionais e

¹⁰⁴ Sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que se trata de direito consagrado constitucionalmente e se enquadra na categoria de “direito fundamental de terceira geração”. (RTJ 155/206).

¹⁰⁵ Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL. Constituição..., op. cit., art. 225).

¹⁰⁶ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 78.

buscam efetivar ações públicas em prol da igualdade em sociedade e liberdade dos povos.¹⁰⁷

Em seu bojo, o tratamento dos direitos fundamentais exige resultados fáticos e determinados a proporcionar o bem-estar-social e geral. Temos, portanto, que a efetividade destes direitos é o mote de toda preocupação mundial, devendo o aplicador do direito olhar as normas e, em particular, a sua função, posto que se afiguram como atividade cujo desiderato é alcançar um fim maior, melhor dizendo, a paz social fulcrada na democracia substancial e fraterna.

Para Ingo W. Sarlet:

A vida, a dignidade da pessoa humana, as liberdades mais elementares continuam sendo espezinhadas, mesmo que disponhamos, ao menos no direito pátrio, de todo um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais. O problema da efetividade é, portanto, algo comum a todos os direitos de todas as dimensões, mais uma razão para encararmos com certo ceticismo o reconhecimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais.¹⁰⁸

Doutrinalmente, outros autores apresentam até uma “quarta dimensão”, a exemplo de Celso Lafer. Todavia, destacamos o entendimento de Paulo Bonavides, que sustenta em resenha ser tal dimensão composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo.¹⁰⁹

¹⁰⁷ “Vimos que a justiça racional consiste, à primeira vista, em igualdades de liberdades. A liberdade é aqui entendida em um sentido muito amplo; tem de ser todos os tipos de meios dos agentes, dependendo da hipótese, e, no limite, transforma-se nos objetivos dos agentes quando todas as capacidades pessoais estão incluídas. Simetricamente, a igualdade está implícita na liberdade, mas é por ela oculta nos casos de liberdades plenas (os agentes igualmente têm, na plenitude, a liberdade considerada).” (KOLM, 2000, p. 135).

¹⁰⁸ SARLET, op. cit., p. 64.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 524.

3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As dimensões dos direitos fundamentais não podem ser confundidas com a sua eficácia no sistema jurídico, posto que eles traduzem valores escolhidos pelos legisladores constituintes quando positivados e têm incidência na decisão judicial frente ao caso concreto.

A eficácia vertical vincula o legislador infraconstitucional, o qual deverá providenciar normas conforme a Constituição, bem como também prender o administrador público às redes de proteção constitucional em prol do cidadão, evitando desmandos e procedimentos administrativos ilegais ou inconstitucionais. O próprio juiz deverá respeitar e conformar sempre sua atividade instrutória e decisória aos direitos fundamentais. Quando se observa o Estado em relação ao particular, temos a chamada eficácia vertical.

A eficácia horizontal tem lugar apenas entre os particulares porque, em tese, dentro do mesmo grau de “hierarquia” social. Na eficácia em questão, também chamada de eficácia privada ou eficácia em relação a terceiros, alguns particulares podem revelar diferentes graus de igualdade, o que se presume, deverá ser compreendido pelo julgador no caso concreto e, logicamente, ponderado no trato social.

Antes de analisarmos a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre as particulares, tema que se cinge diretamente ao conteúdo processual, temos que sopesar que o princípio da autonomia da vontade foi considerado bem supremo no que respeita à teoria da eficácia mediata; assim entendendo, nenhum direito fundamental jamais poderia ser utilizado como álibi para o descumprimento de um contrato privado. Em tais ocasiões, quando houvesse conflito entre as manifestações constitucionais e civis de direito, a forma das primeiras careceriam de eficácia no que concerne aos particulares. Com base nesse exemplo, estabelecer-se-ia um conflito a ser resolvido por intermédio da aplicação do princípio da proporcionalidade. De outro canto, a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se alimentaria dos casos expressamente descritos na Constituição, ou, mesmo, de direitos a serem exercidos frente ao Estado.

A questão se torna mais espessa quando a doutrina expõe a impossibilidade de se estabelecer uma vinculação (eficácia) imediata nas relações entre particulares, a qual se assemelhe àquela incidente sobre o Poder Público.¹¹⁰

Conforme ensina Marinoni, quando há referência à eficácia horizontal mediata, desvela-se a força jurídica dos preceitos constitucionais tão-somente por meio das normas e dos princípios de direito privado. “Além disso, as normas constitucionais poderiam servir para a concretização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado”.¹¹¹

No universo de teorias condizentes com a temática, a mais provocativa é aquela que dispõe a respeito dos direitos fundamentais sob a égide da eficácia horizontal imediatamente aplicável entre os particulares, anotando-se aqui a ausência de intermediação do legislador, ademais de se acabar com a idéia de que os direitos fundamentais poderiam ser tomados apenas para preencher as normas já abertas pelo legislador ordinário.¹¹²

Os direitos fundamentais de primeira geração obrigam o Estado a proteger o particular, isto, mediante a edição de normas que regulamentem as relações privadas. Acontece que na ausência de proteção específica, ou, em situação de descumprimento por outro particular, será facultado ao prejudicado se voltar contra aquele que não deu cumprimento à regra infraconstitucional ou, até, em último caso, desatendeu uma ordem constitucional substancial.

No dizer de Marinoni, quando não há lei, não se pode pensar que os direitos fundamentais não incidam sobre o particular “e assim não podem se imediatamente tomados em consideração pelo juiz. Nessa situação, para dar aplicação aos direitos fundamentais, é evidente que o juiz poderá recorrer aos conceitos abertos do direito privado, preenchendo-os com o auxílio dos valores constitucionais.”¹¹³

Tal posicionamento conserva o entendimento de que as normas constitucionais têm aplicabilidade plena e imediata, de modo que o juiz tem obrigação de dar vida ao ordenamento oriundo da Constituição, podendo além de

¹¹⁰ SARLET, Ingo W. A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 155.

¹¹¹ MARINONI. A jurisdição..., op. cit., p. 30.

¹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993. p. 596.

¹¹³ MARINONI. A jurisdição..., op. cit., p. 31.

desconsiderar a solução legal que está em desacordo com os direitos fundamentais, adotar a medida (material ou processual) mais adequada ao caso concreto.

Em tal contexto, como também naquele em que atua mediante o preenchimento das cláusulas gerais, o magistrado deverá atentar para a necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais, pois a tutela de um direito fundamental, com a supressão da omissão legal, poderá atingir outro direito fundamental.¹¹⁴

Igualmente importante, é considerar que no sistema proposto pelo legislador e examinado neste escrito, as cláusulas gerais representam um papel de integração ético-jurídica, capaz de realizar uma construção em favor das normas de direitos fundamentais quando conflitantes com outros dispositivos legais. O problema é que para muitos, essas cláusulas não oferecem limites, servindo, inclusive, para filtrar o direito privado de acordo com a subjetividade do aplicador. É o juiz quem faz a ponderação e dá resolução a situações de conflitos entre direitos fundamentais e direitos privados e/ou públicos, aplicando a proporcionalidade que as cláusulas de conteúdo aberto lhe defere, basicamente única ferramenta jurídica de que dispõe, apesar de Canaris entender que, segundo a doutrina por ele defendida, os destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado.¹¹⁵

A doutrina faz uma diferenciação entre a eficácia horizontal e eficácia vertical do referido sistema. A primeira é denominada de eficácia privada ou de eficácia em relação a terceiro, embora bem anote o professor Marinoni, ocorra verticalidade quando houver manifesta desigualdade entre dois particulares. Na eficácia vertical, são analisadas as relações entre Poder Público e os particulares.¹¹⁶

Conquanto se considere bastante atual o posicionamento assumido por Marinoni, para aquele jurista alemão é dever do Estado-Legislator proteger o cidadão com normas que se aplicariam aos particulares e que conteriam em seu arcabouço, direitos fundamentais. Na falta dessa proteção, e somente nestes casos, a insuficiência de tutela do Estado-Legislator perderia lugar para a proteção Estado-

¹¹⁴ MARINONI. A jurisdição..., op. cit., p. 32-33.

¹¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 55.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, v. 8, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

Juiz, o qual projetaria os direitos fundamentais ausentes do texto legal sobre as relações entre privados.¹¹⁷

Na teoria mediata, a incidência dos direitos fundamentais não pode ser direta, o que restringe a aplicação dos direitos fundamentais de forma indireta, ou seja, dos valores que se encontram por detrás destas bases fundamentais e que servem de base para o desempenho dos direitos constitucionais via norma infraconstitucional.

José Afonso da Silva anota posição mais ponderada. O autor em tela afiança que a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm direitos fundamentais dependem sobremaneira de seu enunciado e garante que aquelas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Destarte, os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que os direitos econômicos e sociais são de eficácia limitada, verificando-se, neles, uma tendência para a aplicação imediata.¹¹⁸

Vieira de Andrade preconiza que “aquilo que se deve entender por mediação na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais, é, afinal, a necessidade de conciliar esses valores com a liberdade geral e a liberdade negocial no direito civil”.¹¹⁹

A falta de norma legislativa autoriza a atividade judicial do julgamento conforme as normas constitucionais, isto, porque obrigação de proteção dirigida contra o Estado e, desta feita, obrigação essencial do Poder Judiciário.

Em tal sentido, o significativo parecer de Marinoni:

Frise-se, portanto, que a eficácia horizontal direta ou imediata não exclui a eficácia horizontal mediata ou indireta. Na verdade, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser mediada pela lei e, assim, deve ser indireta ou mediata.

Apenas quando o legislador se omite, negando vida ao direito fundamental – e então há que se pensar na supressão da omissão – é que se tem de admitir sua eficácia direta sobre os particulares. Nessa situação, se algo que é inquestionavelmente devido para a proteção do direito fundamental, e assim ele pode ser aplicado imediatamente, isto é, sem a intervenção do legislador, há eficácia direta ou imediata do direito fundamental.

Mas, quando a aplicação direta do direito fundamental não é possível, somente resta recorrer à jurisdição. Nesse caso, se o juiz chegar à conclusão de que o legislador negou proteção normativa ao direito fundamental, deverá determinar aquela que, diante do

¹¹⁷ Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a eficácia mediata criticada pela Corte Constitucional Alemã está embasada na débil fundamentação dogmática quanto sua eventual desnecessidade. A teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas decorreria, assim, de necessidade de correção de julgados dos tribunais ordinários. De qualquer forma, a discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros. (2004, p. 130).

¹¹⁸ SILVA, J., op. cit., p. 165.

¹¹⁹ ANDRADE, 1987 apud QUEIROZ, op. cit., p. 162.

direito fundamental do réu, implica efetiva tutela ao direito fundamental e, ao mesmo tempo, gera ao demandado a menor restrição possível. Quando a jurisdição assim atua, faz a intermediação entre o direito fundamental e a relação entre os particulares. Ou seja, a eficácia do direito fundamental é mediata ou indireta.¹²⁰

Numa concepção contemporânea, quando se parte da teoria que os direitos públicos subjetivos se encontram diretamente vinculados aos direitos fundamentais, carece de sentido falar de uma vinculação mediata, ou seja, deduz-se que o direito privado vincula-se diretamente aos direitos fundamentais em questão, quando estes estão explicitados em normas de direito privado aplicáveis ao caso.

Esta eficácia direta pode ser resumida na aplicação dos direitos fundamentais explícitos ou não na Constituição, diretamente no caso concreto onde esteja envolvido direito privado e para sua resolução judicial, exista uma norma infraconstitucional que tenha recepcionado tais direitos fundamentais, como deveria ser de regra. A incidência acontece, independentemente da participação da figura estatal, melhor dizendo, seria dispensável a incidência direta propriamente dita, exceto quando tal direito fundamental fosse exercido contra o Estado.

O poder público só tem que defender os direitos fundamentais no tráfico privado, quando estes intervenham diretamente no âmbito de atuação e de violação dos direitos do particular. Para os adeptos da teoria da imediata aplicação (direta), os direitos fundamentais, nas suas duas vertentes, subjetiva e objetiva, constituem fundamento de todo ordenamento jurídico e são aplicáveis em quaisquer dos âmbitos de atuação humana, de maneira imediata e sem a intervenção do legislador.

Desta feita, conclui-se, que a incidência direta dos direitos fundamentais sobre os particulares tem por pretensão reduzir o trâmite e as etapas processuais necessárias para atingir a intenção de uma norma constitucional frente a uma relação jurídica conflituosa. Vale dizer, tal situação se conformaria mais como uma integração da norma constitucional (seja esta expressa ou implícita), do que como uma interpretação do operador do direito no caso concreto.¹²¹

¹²⁰ MARINONI. A jurisdição..., op. cit., p. 33.

¹²¹ Cf. Ingo W. Sarlet. Outros direitos fundamentais há, de modo especial – mas não exclusivamente – entre os direitos sociais, que em virtude de sua função prestacional e da forma de sua positivação, se enquadram na categoria das normas dependentes de concretização legislativa, que – a exemplo do que já foi visto – podem se também denominadas de normas dotadas de baixa densidade normativa. Ainda que para estes direitos fundamentais também se aplique o princípio da aplicabilidade imediata, não há, por certo, como sustentar que tal se dê da forma idêntica aos direitos de defesa. (2005, p. 267).

Por conseguinte, adotamos o entendimento esposado pelo professor Marinoni, uma vez que cremos ser função do Estado-Juiz fazer a integração da norma fundamental às relações privadas, sempre que houver falha ou ausência de legislação que venha em socorro do particular que defende seu direito material. Desta maneira, estaríamos revelando uma característica da jurisdição ao edificar uma ponte entre o direito fundamental e os particulares, certos de que o direito à tutela jurisdicional efetiva incide apenas sobre o Estado-Juiz.

Nesta trilha, deduz-se que a incidência direta (imediata) de determinados direitos fundamentais, defendida pelos professores Ingo W. Sarlet e J. J. Canotilho, entre outros, estaria vinculada ao uso do princípio da proporcionalidade, a fim de dirimir eventuais conflitos de direitos fundamentais, o quê, certamente, só pode ser autorizado, segundo temos defendido, quando houver a abertura do catálogo de direitos fundamentais e, dentro destes, o legislador tiver feito a opção pelas cláusulas gerais na formatação do corpo normativo.¹²²

As cláusulas gerais não servem para preencher uma lacuna esquecida pelo legislador, como veremos adiante, mas se consubstanciam numa forma legalmente positivada, a qual permite a construção da norma fundamental em relação ao caso concreto, na medida em que devemos considerar as cláusulas de conteúdo aberto excelentes ferramentas ofertadas pelo legislador, na intenção de dar vida ao princípio fundamental da efetividade jurisdicional.

Na ausência de norma legislativa, aqueles que buscam a jurisdição (como atividade que interpreta a lei), encontram socorro na aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais necessários à solução do caso, por intermédio da concreção judicial e independente da existência de norma aberta para sua aplicação.

Cuida-se, sem dúvida, e em se tratando de direitos fundamentais sociais de defesa, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, o que, por outro lado, não significa que a elas seja inaplicável o disposto no art. 5. § 1.º de nossa Lei Maior.

Aqui, pretende-se dizer que as cláusulas gerais, salvo melhor juízo, deixam de ser ferramentas úteis a partir da constatação de que inexistem,

¹²² Cf. Ingo W. Sarlet, J. J. Canotilho e V. Moreira na obra, Fundamentos da Constituição e, J. C. Nabais, na obra Direitos Fundamentais, defendem a aplicação imediata e direta dos conceitos fundamentais. Diferentemente de, M. G. Ferreira Filho que esposa a tese da mediata aplicação, segundo os termos da lei, das normas constitucionais que disponham sobre direitos fundamentais.(2005, p. 262).

absolutamente, norma hábil para estabelecer um julgamento, além de qualquer fonte constitucional para seu direcionamento; logo, detectada a ausência da norma, eis que o legislador, de acordo com tal contexto, estaria ferindo a proibição de insuficiência¹²³ e, em virtude disso, os direitos fundamentais deverão, sim, ser aplicados ao caso concreto, independentemente de permissão legislativa ou uso de cláusulas gerais.

A eficácia lateral, como é denominada pelo professor Marinoni, verifica-se quando, ao recair sobre a atividade do juiz, o direito fundamental repercute no particular, conforme o maior ou menor grau de agressividade da técnica processual empregada no caso concreto mas, isto, não horizontalmente, porquanto a obrigação de aplicação dos direitos fundamentais de modo direto é do Estado-Juiz, como regulador das relações entre privados.¹²⁴

Celso Bastos e Ives Gandra encerram o posicionamento de que ao Poder Judiciário é permitido, de maneira definida, desenvolver papel final na concreção dos direitos fundamentais; os dois cultores do direito defendem, pontualmente, que na ausência de norma legislativa própria, poderá o magistrado aplicar os direitos fundamentais, diretamente.

Segundo ambos os autores, os direitos fundamentais são, em princípio, diretamente aplicáveis, regra esta que incorpora duas exceções: a um, quando a Constituição, expressamente, remete a concretização do direito fundamental ao legislador e, a dois, quando este não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade; este último raciocínio, no sentido de não haver normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais, sem que seja preciso a assunção, pelo Poder Judiciário, da posição reservada ao legislador.¹²⁵

A nosso ver, os festejados escritores defendem posição que permite ao Poder Judiciário a aplicação direta das normas constitucionais de direitos fundamentais (desde que haja omissão do legislador), no estudo e solução do caso

¹²³ Seu significado nos remete aos princípios constitucionais, mais especificamente, ao princípio da proporcionalidade. É a garantia de que os direitos fundamentais sejam protegidos pelo Estado de modo suficiente e eficaz. O princípio da proibição de insuficiência é aquele que obriga o Estado de modo imperativo na proteção de tutela emanada da Constituição Federal democraticamente promulgada. Proíbe, em relação aos direitos fundamentais humanos ali consagrados, que sejam rebaixados aquém de um mínimo de proteção. Foi encampado pelo Tribunal Constitucional Alemão em decisão de 1971.

¹²⁴ MARINONI. A jurisdição..., p. 35.

¹²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 6, p. 98.

concreto, ratificam o entendimento difundido pelos mestres Marinoni e Ingo W. Sarlet.¹²⁶

¹²⁶ Cf. Ingo W. Sarlet, a proteção judicial dos direitos fundamentais contra omissões ou ações dos poderes públicos, no que tange à efetivação dos mesmos, de modo especial, por intermédio dos tribunais, não constitui objeto do estudo por ele desenvolvido no livro em comento. (2005, p. 264).

4 O CARÁTER DÚPLICE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conteúdo programático da Constituição Federal serve para explicitar as propostas de políticas públicas, as quais ficam, na verdade, ao arbítrio tanto do legislador infraconstitucional quanto do chefe do Poder Executivo (em todos os níveis), de modo que se torna impraticável e contraproducente pensar em direitos fundamentais dependentes de políticas públicas ou de ações governamentais oportunistas.

Em contrapartida à tese programática já vista, observamos que todos os direitos fundamentais (sem exceção), dependem de um único direito fundamental prestacional derivado: o direito à jurisdição efetiva.

Na ausência do Estado executivo e, tendo em vista a constante agressão ao princípio da proibição de insuficiência legislativa, passa a ser responsabilidade do Poder Judiciário a implementação positiva e imediata de medidas que garantam a obediência dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, isto quando e, especialmente, nos casos em que o cidadão ficar obrigado a ajuizar medida judicial para o cumprimento de determinações constitucionais que encerram um direito ou garantias fundamentais desatendidos.

Nas sábias palavras de Cristina M. M. Queiroz, inspirada no estudo de Calamandrei e Lerche, no período pós-guerra, nasceu na Itália a tese do “valor interpretativo e integrativo” da norma fundamental, conclusiva quanto à idéia de que a todo direito *iusfundamental* material corresponde a uma tutela jurisdicional efetiva, fortemente pluralizada no quadro de um sistema que apresenta, em alto grau, uma finalidade constitucional aberta.

Pois bem. Os direitos fundamentais transformaram-se em deveres de ação do Estado normativo, fato que não retira a tarefa estatal de agir por intermédio do Poder Judiciário (titularizado pelo dever prestacional de um direito *iusfundamental*), pois eis que existem mandados constitucionais (princípios) despidos de correspondência com qualquer direito subjetivo público.¹²⁷

¹²⁷ QUEIROZ, op. cit., p. 97.

O caráter duplo dos direitos constitucionais fundamentais se refere ao seu próprio reconhecimento, seja como direitos-liberdades subjetivas, seja no papel de normas-princípios objetivos.

Na manifestação de Cristina Queiroz, a proteção dos direitos fundamentais vem agora garantida pelos tribunais, em particular, pelos tribunais de justiça constitucional sendo, portanto, que a estes caberá, em resenha, a delimitação jurídico-funcional e a coordenação dessas esferas de liberdade e pretensão em caso de conflito prático.¹²⁸

A legitimidade política dos tribunais para a tarefa reguladora e aplicadora de direitos fundamentais é questionada há muitos anos. Acontece que os princípios da dignidade da pessoa humana, sociedade livre, solidária e justa, bem como da democracia participativa, aprofundaram a noção de que o direito vai mais além da lei e, portanto, conclui-se que o programa constitucional não é estanque ou taxativo e deverá ser cumulativo, na medida em que o dinamismo da sociedade introduz novos direitos e situações fáticas e jurídicas que, por sua vez, obrigam o atendimento dos mais elevados princípios constitucionais fundamentais, quais sejam: igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e solidariedade.

Esta ordem para com o legislador e tribunais deriva do caráter duplo “normas-princípio objetivos”, o qual vigora em prol da segurança da sociedade, no que tange à efetivação de medidas garantidoras dos direitos fundamentais estabelecidos, expressamente ou não, no corpo da Constituição de um país.

Assim, não desconsideramos que o Estado é obrigado a legislar norma que dê vida a um princípio constitucional, no entanto, na ausência daquela, é viável a jurisdição constitucional atingir tal garantia para o particular, ademais de haver sempre a possibilidade de manejo de Mandado de Injunção como instrumento de defesa indireta.

De outra sorte, como temos em conta a aplicação direta dos princípios fundamentais na ausência de norma que lhe ampare, especialmente pelo juiz, mister se faz defender que tal aplicação é, na realidade, subsidiária. Ou seja, na falta de legislação que disponha sobre o direito fundamental em debate, deverá o juiz definir a questão pela sua aplicação ao caso concreto. Então, é fato, o procedimento adequado, por exemplo, poderá carecer de alguns ajustes que, em tese, são feitos

¹²⁸ QUEIROZ, op. cit., p. 104.

pelo magistrado no momento da instrução processual; de conseqüência, dessume-se, dentro do processo civil, o julgador tem por obrigação realizar a adequação do procedimento à luz da Constituição Federal.

Em colocação ímpar, Böckenförde preconiza que na relação concorrencial existente entre o legislador e o tribunal, aquele tem precedência e este, primazia.¹²⁹

Tal (im)posição permite que o tribunal ou mesmo o juiz de primeiro grau tenha, em relação ao caso concreto, uma argumentação específica para desenvolver um sistema de direitos fundamentais, modificando, dessa feita, o paradigma antes desenvolvido no Estado Legislativo.

É inequívoco que a omissão legislativa dá munição para que seja conferido ao Poder Judiciário, a tarefa do resgate dos direitos fundamentais violados pela omissão estatal; de acordo com Canotilho, mesmo com a supressão pontual da omissão perpetrada pelo Poder Judiciário, de modo algum haverá a superação daquela.¹³⁰

Em tal sistema, ainda que ocorra a superação da inconstitucionalidade por omissão (provocada pelo magistrado) dentro do processo judicial, fica evidente o crescimento do poder da justiça, ademais de se oportunizar um alargamento do espaço de intervenção dos tribunais, haja vista o caráter objetivo dos direitos fundamentais e o uso das cláusulas gerais.

A questão em si, *a priori*, determina o estudo da melhor forma para dirimir aspectos relativos aos direitos fundamentais e, resta certo, conforme assevera Gunther, que ponderação de bens, a utilização acrescida das cláusulas gerais em todos os campos do direito e a invasão da jurisprudência de orientação sociológica, deve ser reconhecida como uma nova “cientificação” da justiça.¹³¹

¹²⁹ QUEIROZ, op. cit., p. 105.

¹³⁰ A omissão legislativa pode existir e manter-se apesar da eventual aplicação imediata pelas entidades jurisdicionais ou administrativas das imposições constitucionais. (CANOTILHO, 2001, p. 338).

¹³¹ Idem, p. 101.

5 LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se conclui que os juízes podem suplementar a aplicação dos direitos fundamentais nos casos concretos, em particular, aqueles que permitam o exercício pleno e efetivo da jurisdição do Estado, naturalmente, surgem perquirições relativas ao controle das normas abertas, as quais podem ser preenchidas por conceitos fundamentalmente constitucionais e, ainda, até onde vai o “poder criador” do intérprete. Aqui, portanto, explicitada uma das limitações dos direitos fundamentais, que devemos enfrentar.

Mais uma vez, cumpre rememorarmos que a função de intérprete não cabe exclusivamente ao juiz (responsável pela efetivação da justiça para o caso concreto) mas, igualmente, aos advogados; a estes, caberá a árdua tarefa de apontar elementos fáticos limitadores do exercício “criador” do juiz, na medida em que a aplicação aqui examinada, dá-se sob a perspectiva do direito material em discussão e focada numa primeira análise, por eles realizada.

É correto assinalar que em raríssimas exceções doutrinárias, encontramos a afirmação de que o juiz é criador de algum direito, posto que a esmagadora maioria dos escritores nacionais e estrangeiros defende, com mais ou menos intensidade, a impossibilidade do magistrado substituir o legislador.¹³²

A substituição aventada seria excepcionalmente possível, se e quando a parte tivesse um direito fundamental latente, mas inviável quanto ao exercício, isto por absoluta ausência de norma que permita ao julgador o uso de tal mandamento constitucional. Nesta situação, em específico, poderá o juiz suplementar a atividade do legislador infraconstitucional e produzir para o caso concreto, norma (material ou processual) que lhe garanta o exercício da jurisdição, de modo efetivo e pleno, de conformidade com o direito fundamental invocado.

Segundo Marinoni:

Na realidade, o juiz tem poder-dever de dar efetividade ao seu trabalho, prestando a tutela jurisdicional de forma efetiva. Assim, qualquer que seja a situação concreta, o juiz não pode se esquivar do seu dever de determinar o meio executivo adequado, “cruzando os braços diante de omissão legislativa ou de falta de clareza da lei, como se o dever de prestar jurisdição não fosse seu, mas estivesse na exclusiva dependência do legislador.”¹³³

¹³² Entre as exceções, está: TEIXEIRA, op. cit.

¹³³ MARINONI. Técnica, op. cit., p. 235.

A linha divisória entre a atividade judicante e legislativa, de acordo com Ingo W. Sarlet, não é muito precisa, o que se evidencia ainda com maior frequência no âmbito constitucional, no qual se multiplicam os exemplos de conceitos abertos e fluídos, carecendo de concretização quanto ao aspecto interpretativo.

E o autor complementa, “que a tarefa do Judiciário, no campo da identificação e localização dos direitos fundamentais situados fora do catálogo da Constituição, é, acima de tudo, a de identificar e revelar o que já existe, ainda que de forma implícita, sem prejuízo de uma atividade criadora de cunho suplementar e ampliativo.”¹³⁴

A função do exegeta ainda fica mais complexa quando se verifica a possibilidade de existência de direitos fundamentais não escritos, o que lhe obriga a identificá-los de maneira decorrente e a redefini-los a partir da própria Constituição, sem, contudo, criá-los.

O intérprete, assim agindo, atua na construção jurisprudencial do direito, autorizado pelo art. 5.º § 2.º, da Constituição Federal, dispositivo que lhe defere a possibilidade de identificação de direitos implícitos e não escritos.¹³⁵

Toda leitura respeitante aos direitos fundamentais deve se ater, via de regra, a um único motivo, melhor dizendo, à sua possível limitação. Destarte, sublinhe-se, é dever do Estado, com espeque nos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, criar condições que possibilitem o pleno exercício de todos os direitos decorrentes da natureza humana, em especial aqueles que se ligam à qualidade de vida, considerando tanto a dimensão natural quanto cultural da dignidade de todo ser humano.

Outra espécie de limitação merecedora de atenção concerne à viabilidade de colisão entre os direitos fundamentais em jogo; como o seu caráter multifuncional e imediato atinge todas as relações jurídicas, poderá haver eventual colisão de direitos fundamentais que, segundo o caso, estarão em sentido opostos. Para dirimir tal questão, aplica-se o princípio da proporcionalidade, cuja definição e estudo serão tratados adiante, mediante breves apontamentos.

Eis que nesta contextura, o que resta acertado é que o direito à tutela jurisdicional efetiva é decorrente e suplementar quando a norma processual não

¹³⁴ SARLET. A eficácia..., op. cit., p. 152.

¹³⁵ Art. 5.º, § 2. 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. (BRASIL. Constituição..., op. cit., art. 5º, § 2).

atende o anseio das partes, deixando perecer o direito material que lhe dá contorno. Desta maneira, simples concluir que o julgador deverá romper com os limites impostos pelas normas de processo, toda vez que estas não atendam à necessidade do direito material em foco, incidindo o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva de modo direto (decorrentemente e suplementarmente) sobre o juiz. Este deverá conformar o processo e a técnica processual a fim de ponderar direito fundamental básico e sempre existente na jurisdição contenciosa; aliás, dita ponderação se fulcra no direito do autor à efetividade da tutela jurisdicional, bem como na atuação do juiz, respeitando-se não só os direitos fundamentais expostos no caso concreto, mas, também, o direito do réu de ver plenamente desenvolvido o seu direito à ampla defesa e bilateralidade de audiência.

5.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O AUTOR E PARA O RÉU

Em sede de aplicação dos direitos fundamentais, o pragmatismo legal e a denominada “eficácia lateral” destes em relação aos particulares, certamente são temas dignos de destaque no tocante ao estudo da atividade jurisdicional perante autor e réu.

Enquanto a eficácia horizontal exige que haja ponderação entre os direitos fundamentais materiais do autor e os do réu, a eficácia vertical requer apenas atenção quanto ao resultado verificado pelo juiz, no ato de ponderar; então, somente quando a conclusão (no plano do direito material) não permitir que o magistrado encontre uma técnica processual adequada à tutela do direito e o caso for de omissão de regra processual, ou, ainda, quando a norma processual tiver natureza aberta – exigindo o seu preenchimento no caso concreto – é julgador terá que fazer uma ponderação entre o direito material fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito de defesa, realizando atividade similar ao decidir sobre a tutela de um direito fundamental material.¹³⁶

Indubitavelmente, o autor tem direito de pedir a intervenção estatal em caso de ajuizamento processual perante o órgão judicial. Para ele, diante de todas

¹³⁶ MARINONI. A jurisdição... op. cit., p. 35.

as teses que sustentam a nova jurisdição constitucional, não basta alcançar o julgamento técnico da sua causa, mas faz-se necessário atingir a efetividade desta decisão pelos meios mais adequados e de menor restrição possível ao réu, mediante técnica processual eficaz e procedimento idôneo.¹³⁷

Assim, eis que o réu sofrerá jurisdição executória quando deixar de cumprir as determinações do juiz; já o autor tem direito à resposta estatal adequada e temporalmente justa, tudo de conformidade com a jurisdição que anteriormente vimos, pois se trata de um direito fundamental decorrente, classificado como de primeira grandeza.

Ao réu surge também um direito fundamental que, logicamente, colidirá com aquele ventilado pelo autor: o direito de defesa. Sua existência é notada quando a lei processual determina que para o autor desistir da ação, deverá colher a concordância do réu posto que, evidentemente, este tem interesse no pronunciamento judicial.¹³⁸

Uma vez que teremos dois direitos fundamentais em choque, dentro do processo, o julgador deverá ponderar ambos e, a partir disso, dar a decisão ao caso, sem exclusão de direito, mas elegendo, mediante o princípio da proporcionalidade, qual deles privilegiará, pois as partes têm direito à sentença.

A questão é que normas processuais abertas oportunizam a aplicação da ponderação (a exemplo do artigo 461, § 4.º e 5.º do CPC) e as temos como corolárias da abertura do catálogo dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, caberá ao julgador, verificar que nenhuma norma processual poderá ferir princípios constitucionais, isto porque elas devem ser interpretadas “de acordo” e terão sua constitucionalidade controlada com fulcro nestes direitos fundamentais.

Demais disso, aduza-se, quando falarmos em direito de defesa, estaremos sopesando que leis restritivas ao seu exercício podem ser controladas pelo juiz, ao mesmo tempo em que se poderá ampliar a defesa, ou, limitá-la, sempre se levando em conta o caso concreto.

¹³⁷ Cf. Marinoni, “não há como confundir técnica processual com procedimento. O procedimento é uma espécie de técnica processual destinada a permitir a tutela dos direitos. Para se compreender o procedimento, como técnica processual autônoma, é necessário distanciá-lo da técnica antecipatória, das sentenças e dos meios executivos. Isso porque é possível distinguir direito ao procedimento de, por exemplo, direitos à sentença e ao meio executivo.” (2004, p. 192).

¹³⁸ “Art. 267. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: I...XI. § 4.º. Depois de decorrido prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”. (BRASIL. Código de Processo Civil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Art. 267).

Sob outro prisma, quando a defesa em face da ação de busca e apreensão for proveniente de alienação fiduciária, restringir-se-á o leque de matérias a serem ventiladas, assim como nos embargos à execução de título executivo judicial; daí, partirmos da premissa que tal limitação é legal, porém, podendo não ser tida como constitucional.¹³⁹

Neste passo, o juiz ao verificar que uma determinada situação merece maior dilação na defesa, interpretará a norma sem redução do texto legal, isto, por considerá-la inconstitucional para aquele caso concreto. Dessa maneira, sob outro ponto de vista, o magistrado poderá, utilizando-se do expediente de controle da constitucionalidade da lei infraconstitucional, diminuir o prazo para uma resposta que o réu tem de pronto, no caso, por exemplo, do oferecimento de contestações idênticas (quanto ao mérito e profundidade) especialmente, naquelas originárias de processos de interesse coletivo derivado das relações de massa.¹⁴⁰

No que tange ao tema do Direito de Defesa, neste escrito, teremos que nos ater ao processo civil de modo a garantir um estudo mais pontual da matéria. O processo civil não pode ser “garantista” como o processo penal. Não há dúvida de que o legislador ou o juiz têm a missão de controlar a aplicação da norma processual, mas os princípios da ampla defesa, devido processo legal e contraditório apresentam uma leitura no processo civil que se distingue daquela que é realizada no processo penal.

Entrementes, é necessário atentar, quando o legislador não deu proteção suficiente, é porque feriu o “princípio de proibição de insuficiência”, deveras festejado por doutrinadores. Em tais casos, o juiz deverá controlar a regra negativa devido à necessidade fática encontrada e não somente por meio da norma, salvando-a como se ela fosse um controle da constitucionalidade por omissão, dando vazão à criação de melhor norma do que aquela que decorre da primeira tentativa frustrada do legislador.¹⁴¹

¹³⁹ Ver também: MARINONI. Técnica..., op. cit., p. 45.

¹⁴⁰ Um exemplo é a discussão do taxa de telefonia básica em todo país, onde o prazo para contestação seria extremamente abusivo considerando que todas as respostas são idênticas e apresentam o mesmo argumento. Não seria absurdo pensar e determinar um prazo menor, adequado, porém, para que a empresa concessionária de serviços telefônicos venha aos autos apresentar sua contestação em menos de 15 dias.

¹⁴¹ Cf. Marinoni, “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,

Segundo Ingo W. Sarlet, é claro que poderá haver restrição aos direitos fundamentais, o que obriga o operador do direito a trabalhar com a categoria de conflito de normas, bem assim com a aplicação do princípio da proporcionalidade; observe-se, tal aplicação reduz o arbítrio do juiz.¹⁴²

Como há condições técnicas de limitação de princípios fundamentais pela norma, esta poderá alcançar, igualmente, conforme já visto, o direito de defesa.

Na aplicação do “princípio da proibição de insuficiência”, o Estado-Juiz atua em defesa dos direitos fundamentais, violando a proibição de excesso e compelindo o legislador ou o magistrado a dar proteção a direito fundamental de defesa, que em conflito com o direito do autor, poderá sofrer limitação.

Os critérios para a imposição de limites ao direito de defesa provêm do princípio da proporcionalidade, no qual se utilizarão as categorias da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para a escorreita decisão de limitação de direito de defesa, devemos cotejar os direitos materiais envolvidos, ou seja, o direito invocado pelo autor em face do contra-direito ventilado pelo réu.

Aliás, uma eventual limitação deverá ser justificada de modo a explicitar os direitos que foram eleitos para a guarda inicial, em particular quando se trata de antecipação dos efeitos da tutela.

O desembargador Rui Portanova propugna que, embora seja possível encontrarmos limitações textuais nas teses da defesa, o princípio da defesa plena determina que todos os cidadãos têm liberdade de, ao proteger seus interesses, alegar fatos e propor provas. Logo, não se trata de generosidade, mas de instituto de interesse público e de caráter constitucional.¹⁴³

E mais: para Portanova este princípio é derivado do contraditório, todavia apresenta características próprias; além de tomar conhecimento de todos os termos do processo, a parte tem direito de não se defender. Na contramão do que se discute a respeito, dito professor tem preconizado que o direito de defesa do processo civil caminha para aproximar-se da defesa penal, citando Antônio Acir Breda; de acordo com o seu parecer, o instituto contém a autodefesa e a defesa

é fácil justificar, em conformidade com a Constituição, que determinada técnica é imprescindível à tutela da situação concreta.” (2004, p. 233).

¹⁴² SARLET. A eficácia..., op. cit., p. 151 e ss.

¹⁴³ PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 124.

técnica. De fato, é consabido, a Carta Política brasileira não distingue a matéria cível da criminal quando faz referência ao direito de defesa.

Ainda, de bom alvitre rememorar que, mesmo com a diretriz única, os processos são conduzidos de forma diferente, porque não há obrigatoriedade de nomear defensor dativo quando o réu não comparece no processo, apesar de devidamente citado. Aliás, o escritor entende que a ampla defesa no cível ainda tem sido considerada como ônus e não mero dever.

Humberto Theodor Júnior, ao fazer menção a Fritz Baur, diz que o princípio do devido processo legal engloba, além da proteção judiciária (direito ao processo), o direito à completa proteção jurídica, melhor dizendo, a uma adequada proteção processual daquele que precisa ser ouvido em juízo.¹⁴⁴

Na preleção do professor Marinoni, citado por Fredie Didier Jr, nem todo procedimento, ainda que formalmente perfeito, atende ao direito de defesa, sendo necessário averiguar, em face do seu desenho legal e a partir de um ângulo externo, se ele apresenta consonância com as necessidades do direito substancial e com os valores da Constituição. Em outras palavras, a lei, ao limitar o exercício do direito de defesa (reservando as exceções para outra demanda) ao impor limites ao exercício do direito à prova, ou ainda, ao inverter o ônus da prova, deve atentar às necessidades do direito substancial e aos valores constitucionais.¹⁴⁵

Dentre as garantias que devem conter a regulação do processo, está implícita a finalidade de poder defender-se, isto é, o direito de participar no processo via realização de atividades conducentes a sua mais favorável conclusão. É, portanto, o que ensina Jesús González Pérez.¹⁴⁶

Há evidente ligação entre processo (devido processo legal) e direito de defesa. A Corte Constitucional da Espanha possui exemplar julgado neste sentido, fixando que quando as garantias de defesa forem respeitadas, não se argüirá, legitimamente, que houve violação ao direito ao processo. Tal precedente indica que na ação, uma vez garantido o direito de defesa, o processo se legitima, porquanto o mais importante dos direitos fundamentais do processo decorrente do direito fundamental acolhido pelo artigo 24.1 da Constituição Espanhola seja o da tutela

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 13. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 25.

¹⁴⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). Processo civil: leituras complementares para concursos II. Salvador: JusPodium, 2004. p. 181.

¹⁴⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 204.

efetiva. Vale dizer que esta tutela efetiva se dirige aos juízes e tribunais, onde ninguém poderá ser processado se indefeso; por conseguinte não haverá processo.¹⁴⁷

Está indefeso aquele que sofre uma limitação ao direito de defesa alcançável por vias que não foram disponibilizadas pelo próprio órgão estatal, na medida em que ao julgador é exigível a atividade de proporcionar os meios de defesa necessários para o exercício pleno deste direito fundamental, a exemplo de nomeação de defensor dativo ou provocação da defensoria pública.

Na tarefa de ponderar direitos fundamentais, deverá o intérprete aplicar a norma que, segundo os princípios constitucionais, possibilite um menor gravame ao réu e a adequada prestação ao autor, aclarando, dessa feita, a essência do texto constitucional. Tal revelação se dá pela interpretação “conforme”, que busca na realidade não apenas a leitura óbvia do dispositivo aplicável ao caso, mas seu núcleo de fundamentalidade, indicando adequação e compatibilidade da medida judicial com os princípios que norteiam a causa.

Para tanto, na aplicação de direitos fundamentais e ainda, na eventual restrição destes, o julgador fará uso de dito mecanismo de controle da constitucionalidade como forma de aplicar a concreção do caso aos institutos abertos de direitos fundamentais.

¹⁴⁷ ESPANHA. Corte Constitucional. STC 34/1996 de 11 de março de 1996/ SSTC 48/1984, 185/1998 de 28 de setembro de 1998.

6 NEOCONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO

A tarefa da jurisdição no âmbito do neoconstitucionalismo atinge maior amplitude do que pretendia o positivismo jurídico e apresenta-se de modo mais adequado no que concerne à expectativa do jurisdicionado.¹⁴⁸

O juiz, como destinatário das cláusulas gerais, deverá julgar o processo atendendo e conformando¹⁴⁹ o direito processual ao direito material em questão; aliás, frise-se, na atividade de criação judicial (ainda que não estejamos aqui, em defesa da criação da lei pelo magistrado), recomenda-se o uso dos meios de julgamento segundo a Constituição Federal, além do controle da constitucionalidade das normas, entre elas e, especialmente, as processuais, conforme já visto antes.

Ao seu dispor o magistrado tem vários mecanismos processuais, os quais serão oportunamente abordados e cumpre-lhe o dever de conformar a norma geral ao caso concreto, o que exige a compreensão crítica da lei em face da norma constitucional (princípios) para, afinal, projetar uma solução adequada ao caso concreto, também denominada de “conformação da lei”.¹⁵⁰

Contudo, antes de falarmos diretamente da jurisdição no neoconstitucionalismo, são dignas de nota as teorias que fundamentaram referido assunto dentro do direito processual.

Com a inserção de novos valores constitucionais na atividade de interpretação, integração e criação judicial – esta última, no sentido de que aquele que interpreta acaba por criar e agregar à norma fatores subjetivos próprios – a figura da jurisdição, hodiernamente, não mais corresponde àquela em voga no final do século XIX, voltada à atuação do juiz no positivismo jurídico e no Estado Liberal.

¹⁴⁸ Cf. Norberto Bobbio, na esteira de Montesquieu, a decisão do juiz deve ser a reprodução fiel da lei; ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critério equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs do legislador. E complementa: “A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei.” (1995, p. 40).

¹⁴⁹ Cf. Zeno Velozo, a norma jurídica, ao cabo e ao fima, é a norma jurídica interpretada. A interpretação, portanto, é pressuposto, operação prévia do processo em que se pretende investigar se determinado preceito normativo está ou não em harmonia com seu modelo obrigatório e supremo. Pode ocorrer, entretanto, de existirem interpretações distintas com relação à mesma norma, e a interpretação conforme a Constituição significa a escolha de um sentido normativo que se concilie com a Lei Maior, rechaçando as demais hipóteses interpretativas que pelem com a Constituição. (2003, p. 169).

¹⁵⁰ MARINONI. A jurisdição..., op. cit., p. 15.

Giuseppe Chiovenda demonstrou a autonomia da ação em relação ao direito subjetivo material, em 1903, e, ainda, defendia a idéia de que a jurisdição somente se manifesta a partir da exteriorização da vontade do legislador. Ou seja, a jurisdição significa a atuação da lei, cuja função judicial se resume na aplicação da vontade da lei ao caso concreto. O autor em foco procurava a essência da atividade jurisdicional dentro da função do Estado e via o processo (jurisdição) sob uma perspectiva publicista e meramente declaratória.¹⁵¹

A sentença, para Chiovenda, estava fora do ordenamento jurídico e ao declarar o direito, não se vinculava ou era agregada a ele.

A ilação proposta distancia-se, e muito, daquilo que atualmente se estuda sobre a criação do direito ao caso concreto pelos tribunais. Por seu turno, Kelsen encontrava na norma fundamental respaldo suficiente para justificar a idéia que o juiz cria a norma individual; entretantes, tal autor esposava o ensinamento de que toda norma tinha por base uma fonte superior, até chegar à norma fundamental. A norma individual seria, para ele, a sentença do caso concreto. Todo ato jurídico constituía, a um só tempo aplicação e criação do direito, haja vista que o legislador aplicava a Constituição e criava norma geral e, a seu passo, o juiz aplicava a norma geral e criava a norma individual (com fulcro em uma norma jurídica e geral já existente). Não é por menos que muitos entendiam, equivocadamente, que Hans Kelsen autorizava a idéia de que o juiz criava a lei.¹⁵²

Francesco Carnelutti atribuía à jurisdição a função de “justa composição da lide”, desvinculando o direito processual do direito material; preconizava que no conflito de interesses, ambiente essencial para o nascimento da jurisdição, o juiz devia compor a lide, isto é, sua decisão (sentença) se tornava lei entre as partes e, em tal sentido, somente nestas condições, a sentença integrava o ordenamento jurídico e dava concreção à lei. Desse modo, a decisão judicial assumia uma feição complementar quanto ao ordenamento jurídico.¹⁵³

Chiovenda abraçou a chamada teoria dualista (declaratória), por entender que a sentença (expressão da jurisdição) era ato estranho ao ordenamento e, em virtude disso, ato de função declaratória. Carnelutti, adepto da teoria unitária (constitutiva), entendia que a sentença era ato particular para o caso concreto e que

¹⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2, p. 55.

¹⁵² KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 166.

¹⁵³ CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. Napoli: Morano, 1958. p. 20.

passava a integrar o ordenamento jurídico, de modo que a atividade do juiz era necessária à composição da lide, a partir da lei abstrata e geral; em tal contexto, apenas a lei não constituía nada no mundo fático.

Calamandrei dizia que a lei abstrata se individualizava por obra do juiz.¹⁵⁴ O referido raciocínio dava-se quando a sentença não pudesse ser mais discutida e, por este motivo, exclusivamente, tornava-se imutável e inadmissível a insegurança ou a incerteza na relação jurídica julgada e terminada. Ocorre que, mesmo assim, sendo o juiz o prolator da decisão entre as partes, não criava nada para a decisão do processo; a tarefa do magistrado se resumia a declarar o direito e não criá-lo.

Todas as teses aqui expostas não tiveram o condão de autorizar o julgamento criador. Então, rememore-se que Carnelutti e Calamandrei comungavam que o juiz estava sempre subordinado à idéia de justiça antes defendida pelo legislador, podendo, portanto, apenas declarar a lei que passaria a integrar o ordenamento jurídico; já Chiovenda difere do pensamento expresso por aqueles somente no que tange à ausência de integração da sentença no mundo jurídico. Destarte, dessume-se, os três afamados juristas não reconheceram o poder de criação da norma pelas mãos dos juízes, mesmo diante da falta de instrumentos legislativos hábeis para a concreção da norma e efetivação da jurisdição.

Verificadas estas diferenças básicas, acreditamos que na atualidade o neoconstitucionalismo autoriza a tarefa de concreção da norma pelo juiz, porquanto a ordem de efetivação da jurisdição a ele é dirigida e não poderá sofrer restrição, sob pena de ferir o direito fundamental à jurisdição efetiva.

O neoconstitucionalismo surgiu como resposta ao Estado Legislativo, que partiu do pressuposto da existência de uma sociedade formada por iguais e necessitados da mesma porção de interferência estatal. Tal assertiva é desprovida de sentido porque, logicamente, a sociedade está permeada de situações fáticas distintas para cada ramo e os homens são, essencialmente, heterogêneos no movimento social. A lei abstrata e geral, desconsiderava as diferenças patrimoniais e pessoais reconhecidamente existentes na sociedade e, assim, passava ao largo no que respeita à resolução de questões impostas pela dinâmica do viver.

¹⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Morano, 1970. p. 156.

Como o juiz era preso à lei, sua interferência (resultante da interpretação da norma) era proibida e as distinções pessoais não compunham o corpo de julgamento.

De conseqüência, constituíram-se grupos organizados e movimentos legislativos mais próximos do povo, imbuídos com a expectativa de fazer valer uma maior especificidade para as leis e em busca da redução da generalidade que distanciava a massa da efetiva decisão justa. O parlamento, como em toda democracia sadia, tornou-se palco de debates e busca de soluções, espancando a uniformidade reinante.

Tal cenário foi propício ao fortalecimento da figura dos lobistas (representantes dos “grupos de pressão”), os quais inseriam na esfera parlamentar as idéias da classe representada. Desta feita, retiravam (fracionavam) do parlamentar a legitimidade de criação e trabalhavam a favor da pressão exercida por este ou aquele grupo que compunha sua “base política”.

Com isso, houve, segundo Zagrebelsky, o deslocamento da perspectiva do pluralismo de formação da lei para o pluralismo de fonte, evidenciando-se que a origem do direito não tinha tão-somente a fonte estatal, mas representava a influência, nem sempre positiva, de determinado grupo social, o que encerrou o positivismo clássico, simpatizante da tese do direito vindo da lei, editada pelo Estado.¹⁵⁵

A partir da especulação sobre a fonte de produção da lei, esta deixou de ser resultado da vontade legítima do Poder Legislativo, passando a responder pelos anseios dos grupos sociais de pressão, e, conseqüentemente, como nem sempre se verificava um desiderato socialmente lícito ou moral nas manobras parlamentares, o Estado foi impelido a organizar uma maneira de regular as leis e confrontá-las com os princípios constitucionais de justiça.¹⁵⁶

Para Dworkin:

Assim, seus juízos sobre as idéias que constam serão sensíveis a seus pontos de vista sobre a antiga questão de se os legisladores representativos devem ser guiados por suas próprias opiniões e convicções, responsáveis apenas perante suas próprias

¹⁵⁵ MARINONI. A jurisdição..., op. cit., p.13.

¹⁵⁶ Segundo Jesús González Pérez: “La preocupacion del Estado por los presupuestos vitales, el abandono de una Administración meramente intervencionista para se configurada como soporte de prestaciones, la conversión del Estado en un Estado distribuidor y repartidos con objeto de satisfacer unas prestaciones vitales cuyo cumplimiento se há hecho imprescindible, se traducirá en una “inflación legislativa”, en un incremento desorbitado de la actividad administrativa y en la potenciación de los poderes de lo Jueces”. (2000, p. 161).

consciências, e sobre uma questão mais recente, a de se os *lobbies*, os conluíus e os comitês de ação política representam uma corrupção do processo democrático ou expedientes positivos para tornar o processo mais eficiente e eficaz.¹⁵⁷

Quando se leva em conta a “inflação legislativa” apontada por Jesús Pérez, temos que as normas são derivadas de um processo legislativo formalmente correto, sendo necessária a intervenção do Estado para “resgatar a substância da lei”.¹⁵⁸

6.1 A CONFORMAÇÃO DA LEI À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao explicar a necessária conformação da lei aos princípios constitucionais dispostos no corpo da Constituição Federal, consideramos que é tarefa do juiz controlar e limitar a utilização da lei muda, a partir dos princípios que regulam (ou deveriam regular) toda a produção legislativa.¹⁵⁹

Como a jurisdição implica na exegese constitucional da lei (jurisdição constitucional), o julgador deverá submeter a lei à Carta Política e colocar em posição de efetiva superioridade os princípios fundamentais legitimadores de sua aplicação no caso concreto.

Cabe ao Poder Judiciário controlar a constitucionalidade das leis e interpretá-las com respaldo nos ditames de justiça, o que levou Ferrajoli a lançar a idéia de uma “segunda revolução” em contraponto à aplicação do princípio da legalidade.¹⁶⁰

¹⁵⁷ DWORKIN, op. cit., p. 384.

¹⁵⁸ La administración ubica, panacrónica, autónoma y pantónoma es – decía Juan Gascón Hernandez – el Dios del siglo XX, el Dios, porque de ella espera el hombre el milagro de la salvación de su inseguridad y se cree que puede articular la seguridad social para todos. Y cuando no obtiene satisfacción de las necesidades por una administración que no cumple las obligaciones que la legislación impone, acudirá a un juez investido de las más amplias potestades. Mas, por amplias que sean sus potestades, la realidad acabará por imponerse y pondrá de manifiesto que el proceso no es el cause más idóneo para hacer efectivos derechos sociales e imponer el cumplimiento de unas obligaciones que, aun cuando hayan llegado a tener consagración legislativas, su realización está más allá de las posibilidades reales.” (GONZÁLEZ PÉREZ, 2000, p. 162).

¹⁵⁹ MARINONI. A jurisdição..., op. cit., p. 14.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, 2001 apud MARINONI. A jurisdição..., op. cit., p. 42.

O neoconstitucionalismo exige uma interpretação da lei calcada na Constituição, atuação denominada de “conformação da lei”, sendo imprescindível o controle da sua constitucionalidade para justificar todo o novo processo.¹⁶¹

Leciona Marinoni:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concreção, pois a lei não é mais objeto, mas sim componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, portanto, como um novo ou outro objeto.¹⁶²

A nova incumbência do operador do direito, em particular, do juiz, será construir e não mais fazer a simples revelação surda da norma; para tanto, o magistrado usará dos princípios fundamentais tanto com o intuito de dar luz à idéia constitucional de justiça quanto com o fito de atender os anseios legítimos da sociedade e do próprio Estado com sua postura ativa.

No abalizado juízo de Ferrajoli:

Formamos parte do universo artificial que descrevemos, mas contribuímos para construí-lo de forma muito mais determinante do que pensamos. Por isso, depende também da cultura jurídica que os direitos, segundo a bela fórmula de Ronald Dworkin, sejam levados a sério, já que não são senão significados normativos cuja percepção e aceitação social como vinculantes é a primeira e indispensável condição de sua efetividade.¹⁶³

Na lembrança de Emílio Betti, torna-se imprescindível que a jurisdição possa recuperar o poder de império para assimilar os valores da realidade fática e social, de forma a assegurar a efetividade dos direitos materiais envolvidos no caso que é de responsabilidade do Estado solucionar.¹⁶⁴

O marco fundamental do novo direito constitucional, cerne para o reconhecimento da necessária mudança social pelas mãos dos operadores do direito, foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã de 1949) notadamente no que concerne à criação do Tribunal Constitucional Alemão, instalado em 1951, bem como seu reflexo na Itália, em 1956, com a instalação da Corte Constitucional entre

¹⁶¹ Ver ainda: CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁶² MARINONI. A jurisdição... op. cit., p. 15.

¹⁶³ FERRAJOLI, 2001 apud MARINONI. A jurisdição..., op. cit., p. 44.

¹⁶⁴ BETTI, 1991 apud QUEIROZ, op. cit., p. 191.

outros países influenciados positivamente pelas necessárias idéias de transformações e superação do positivismo jurídico.

A sustentação da tese do neoconstitucionalismo depende do controle jurisdicional da lei e, no Brasil, o controle da constitucionalidade é exercido pelo próprio órgão legislativo, por intermédio das comissões de constituição e justiça e, igualmente, pelo Poder Judiciário. Nos mesmos moldes da Constituição Republicana de 1891, anote-se a existência do controle via principal, ou seja, em abstrato e concentrado.

A estes controles tradicionais, cujo teor não nos interessa aprofundar nesta ocasião, agregaram-se outros, tais como: o controle mediante julgamento judicial de primeiro grau conforme a Constituição Federal, no qual o juiz poderá entender como inconstitucionais determinadas interpretações “conforme” a Constituição e realizar uma única interpretação da lei, contrária à Carta Magna; o entendimento, na declaração parcial de nulidade sem redução do texto, via interpretação mais adequada ao caso concreto, sem declarar a inconstitucionalidade da lei¹⁶⁵; a ação declaratória de constitucionalidade; e, finalmente, a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁶⁶

Então, eis que, indubitavelmente, todas estas formas de exegese e controle vinculado à Constituição Federal servem para fixar a responsabilidade dos juízes, promotores de justiça e advogados frente aos novos paradigmas da interpretação constitucional.

Sob a ótica de Luís Roberto Barroso, a interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se calcada em duas grandes premissas, quais sejam: a função da norma, mediante seu “relato” em abstrato para solucionar problemas e, por intermédio da atividade do juiz, que desempenhava o papel de identificador da norma aplicável para o ordenamento jurídico ao cotejar o caso fático por ele analisado. A questão estava resolvida se, e apenas se, a norma encontrada se adequasse totalmente ao caso sob exame, sendo que ao contrário, o modelo

¹⁶⁵ A declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto significa reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sob algum aspecto, em dada situação, debaixo de determinada variante. A norma impugnada continua vigendo, na forma originária. O texto continua o mesmo, mas o Tribunal limita ou restringe a sua aplicação, não permitindo que ela incida nas situações determinadas, porque, nestas, há a inconstitucionalidade. Nas outras, não. (VELOZO, 2003, p. 165).

¹⁶⁶ Para saber mais, ver: APPIO, Eduardo Fernando. Interpretação conforme a Constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002.

convencional das cláusulas fechadas não atenderia a expectativa do jurisdicionado e, mais uma vez, o magistrado estaria proibido de revelar qualquer outro significado da norma, porquanto não era fonte legitimada para tanto.

Hoje, complementa o constitucionalista:

Com o advento do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.¹⁶⁷

Francisco Cardozo, ao comentar o papel da jurisdição moderna, manifesta a idéia de que a justiça confundiu-se com a existência da lei positiva produzida pelo Estado, mas é certo que “a concretização do direito justo é o objetivo primordial da jurisdição” que deverá buscar nas ferramentas reveladas pela Constituição, sua efetividade social.¹⁶⁸

No exemplo alemão analisado por Gilmar Mendes, na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se traduz compatível com a Lei Fundamental; tal ocorrência dar-se-á, naturalmente, sempre que determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de exegese, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição. Note-se que o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal.¹⁶⁹

No dizer de Jorge Miranda:

A interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição, quanto em discernir *no limite* – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido *necessário* e o que se torna *possível* por virtude da força conformadora da Lei Fundamental.¹⁷⁰

Nesta contextura, o papel dos juízes e tribunais na conformação da lei à Constituição Federal deverá respeitar os limites legislativos, agindo em caráter

¹⁶⁷ BARROSO. Neoconstitucionalismo..., op. cit., p. 6.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 176.

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade na Alemanha. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 193, p. 13, jul./set. 1993.

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 233.

excepcional para resguardar a vontade originária do parlamento, mas não poderá negligenciar sua função de concreção da norma aos valores sociais e temporais, restando autorizado o controle denominado *judicial review*.

6.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No estudo que respeita à tarefa do Poder Judiciário no Estado Constitucional, encontramos a latente discussão sobre a legitimidade da prática da jurisdição constitucional por um Poder do Estado que, no Brasil, não deriva da escolha popular, fator que indica, classicamente, a participação democrática no regime e política pública.

Dahl entende que democracia¹⁷¹ designa um conjunto específico de regras ou princípios, uma Constituição, que determina como serão tomadas as decisões de uma associação política, na qual todos os membros são tratados como se fossem igualmente qualificados para participar do processo de tomada de decisão. Tais membros são, em tese, politicamente iguais, mas como já asseveramos acima, o ideal de poliarquia por ele descrito, está distante da realidade nacional.¹⁷²

Na realidade, o juiz acaba por rever várias decisões políticas que resultaram na elaboração de leis reflexas ao interesse de um grupo para, em detrimento de poucos, aplicar ao caso concreto *sub iudice*, outra interpretação constitucional, sem redução do texto, ou, mesmo, nos casos mais extremos, julgar pela inconstitucionalidade da norma em colisão com direito fundamental maior.

Nesse caso, o Poder Judiciário retira da apreciação do Poder Legislativo todo estudo e revisão da lei infraconstitucional, embora não declare sua inconstitucionalidade, mas, apenas exponha a melhor interpretação para o caso, sem reduzir o texto que, em tese, e, para aquela situação específica, apresenta assimetria com os ideais de justiça.

¹⁷¹ Para saber mais, verificar: TOURAINE, Alan. O que é democracia? Petrópolis: Vozes, 1996.

¹⁷² DAHL, 1998 apud MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 114.

Por outro lado, o juiz poderá declarar a inconstitucionalidade de norma e, na seqüência, remeter para reapreciação do órgão legislativo competente a norma que não se adequa aos princípios constitucionais vigentes, deixando de interferir, frontalmente, com a decisão política relativa à manutenção ou mudança da norma que afronta tais direitos fundamentais.

No exemplo de mudança da interpretação constitucional ou inaplicabilidade de norma sem redução de texto, seja ela de conteúdo formal ou material, o magistrado controlará a constitucionalidade da lei e não será obrigado a remeter à casa de leis, sequer cópia da sua decisão. Para muitos doutrinadores, esta seria uma decisão de cunho político, a qual não está a cargo do Poder Judiciário, posto que estará ultrapassando o limite de função institucional.

Pois bem. Atualmente, o exercício da jurisdição constitucional não parece anormal; ocorre que o reflexo do neoconstitucionalismo sobre a jurisdição no Estado não se deu sem o devido suporte teórico e, à guisa de esclarecimento, pinçamos, a seguir, algumas observações pertinentes.

A acessibilidade do juiz constitucional, a abertura do processo e mesmo outras garantias institucionais destinadas a evitar arbitrariedades, apesar de relevantes, não elidem, porém, o fato de que a decisão final está atribuída ao juiz constitucional, que não foi elevado ao seu cargo, nem dele pode ser destituído pela vontade popular.¹⁷³

No parecer de Dworkin, a jurisdição constitucional não é incompatível com a primeira concepção de democracia acima ventilada, desde que limitada a atuação destas questões de princípio, cuja resolução independe das preferências da comunidade política.¹⁷⁴

Na visão de Sergio Moro, a tese de Dworkin é tentadora, pois fornece base de legitimação para a jurisdição constitucional num regime democrático.

A atribuição de poder ao juiz constitucional deve ser limitada, sob pena de configuração de uma democracia sob tutela, quer por meio de arranjos institucionais, quer por meio da

compreensão dos tribunais quanto ao papel limitado, embora relevante, numa democracia. Essa autocompreensão, que, por ser mais maleável, constitui a melhor

¹⁷³ MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 115.

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. Sovereign virtue: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University, 2000. p. 214.

opção, não resulta necessariamente, conforme se verá, em postura de passivismo judicial, podendo mesmo autorizar ativismo localizado.¹⁷⁵

A idéia “comunitarista” de democracia de Ronald Dworkin traduz-se, no que concerne ao papel dos tribunais, e particularmente, dos tribunais de justiça constitucional, num argumento em favor da expansão do seu poder. No processo de interpretação construtiva, como veremos adiante, os tribunais devem partir, necessariamente, de um conceito que tenha em conta a relação entre “autogoverno democrático”, de um lado, e o “império das leis”, do outro. Os tribunais (não o processo político), seriam, na perspectiva de Dworkin, um “fórum de princípios”.¹⁷⁶

As teorias relativas à legitimação da jurisdição constitucional buscaram justificar a atividade judicial que, na prática, interfere na *mens legis* e dá nova configuração à normatividade infraconstitucional. Na participação em procedimento cuja função é dar constitucionalidade ao processo, o juiz é responsável por uma série de atividades destinadas a entregar a jurisdição ao caso concreto, fazendo com que direitos fundamentais sejam respeitados e atendidos pelo processo civil, mesmo que para tanto, tenham que ocorrer alguns “ajustes” durante o rumo do feito.

Na opção não-democrática, nega-se a compatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional, porque incompatíveis. Para o representante dessa tese, John Locke, o homem goza da “propriedade” em sentido amplo e é juiz de seus próprios atos.¹⁷⁷

É desnecessário muito esforço para ver que a teoria pré-institucional de Locke não mais se sustenta, haja vista que a Constituição deve ser entendida na linha de pensamento instrumental (pragmatista) destinada a garantir direitos e defender a jurisdição constitucional, apelando para a proteção pelos direitos *de per se* (direitos autorizadores da jurisdição constitucional) e, não exclusivamente por intermédio de argumentos democráticos.

Na teoria da Constituição Democrática, Hamilton afiança que a jurisdição constitucional poderia ser legitimada com base em argumentos democráticos, uma vez que ela teria por função proteger o produto da vontade do povo contra um desvio de seus representantes.

¹⁷⁵ MORO, op. cit., p, 119.

¹⁷⁶ QUEIROZ, op. cit., p. 42.

¹⁷⁷ LOCKE, 1991 apud MORO, op. cit., p. 122.

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é função essencial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do

corpo legislativo. Se entre estas leis se encontram algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declara nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declara a Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são.¹⁷⁸

É incontestável, a Constituição é produto do governo do povo e não sendo possível atribuir à legislação ordinária idêntica condição, segundo foi possível depreender do exame sobre a queda do positivismo e “proliferação legislativa” derivada da pressão de grupos sociais, torna-se viável justificar a jurisdição constitucional pela necessidade de se atribuir a uma instituição independente da maioria política, no caso o Poder Judiciário, a guarda da Constituição. Mesmo assim, ainda que confira à Constituição caráter democrático, a legitimação da jurisdição constitucional depende de demonstração de que o juiz constituiria intérprete superior ao legislador quanto ao sentido da Constituição, o que seria, de qualquer modo, temerário.¹⁷⁹

Na teoria do argumento institucional, a sociedade assume feição aberta e, por conseguinte, não seria lícito atribuir aos tribunais o monopólio da interpretação da Constituição; a crítica que se faz a dita teoria é de que o processo legislativo figuraria como o único mecanismo de controle e legitimação da vontade popular. Sabedores dos movimentos dos mecanismos de pressão setorial que fariam com que os legisladores aprovassem leis indesejadas pela maioria da população, e, conseqüentemente, negariam outras que seriam de interesse geral, tal argumento faliu. Destarte, a justificativa encontrada para fortalecer o processo legislativo repousa no simples fato de que é o Poder Legislativo a instituição responsável pela produção formal das leis que derivam da vontade popular e tal explicação não se impõe ao argumento de interferência ilícita na produção legislativa.

¹⁷⁸ HAMILTON, 1979 apud MORO, op. cit., p. 129.

¹⁷⁹ MORO, op. cit., p. 130.

A teoria procedimental, John Hart Ely dispõe que o juiz constitucional poderá fazer a jurisdição constitucional “interpretativa” e “não-interpretativa”. No primeiro caso, diante do déficit democrático, deveria limitar-se à interpretação literal da Constituição, tendo como fonte subsidiária a pretensa vontade dos fundadores.

Na segunda situação, existe uma liberdade criativa para o juiz constitucional, admitindo-se uma concepção evolutiva do pensamento político e avanço do tempo.¹⁸⁰

Embora crendo serem tais posicionamentos inadequados para o discurso democrático, Habermas apresenta um contraponto a respeito e declara que “a função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político”.¹⁸¹

O tribunal constitucional tem um dever protetivo quanto ao sistema de direitos que viabilizam a autonomia privada, uma vez que as normas formalmente constitucionais podem ser “inconstitucionais” e, desta maneira, caberá ao juiz constitucional, (no caso brasileiro, a qualquer e todo juiz), a guarda da Constituição Federal.

Na tese funcional, a legitimação da jurisdição constitucional dependerá da avaliação dos seus resultados (nova referência explícita ao pragmatismo).

A jurisdição constitucional constitui uma boa alternativa institucional se houver a pretensão de impor limites ao poder político democrático. Entretanto, como assevera Moro, ainda assim é preciso encontrar um papel adequado para a jurisdição constitucional, a fim de que sua atuação não comprometa o caráter democrático do regime.¹⁸²

O papel secundário dos juízes no regime democrático é justamente a compreensão de que sua atividade conformadora não poderá jamais substituir a atividade legislativa, salvo em casos especialíssimos e derivados de inaplicação de direitos fundamentais.

¹⁸⁰ Idem, p. 141.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre a factibilidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 326.

¹⁸² MORO, op. cit., p. 154.

6.3 A CONCREÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para a tarefa de concreção da norma constitucional, como vimos, o intérprete deverá cotejar vários conceitos interdisciplinares e poderá deparar-se com direitos fundamentais que, na medida da causa posta em juízo, podem ser conflitantes. Dizemos isso devido ao fato do juiz estar obrigado a controlar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais e, de conseqüência, a julgar conforme os ditames constitucionais.

Tal julgamento, via de regra, dá-se quando o legislador falhou na proteção de qualquer bem jurídico, seja pela falta de norma de direito material que discipline a questão de “novos direitos” ou pela ausência de regra processual hábil e adequada a efetivar a tutela jurisdicional requerida.

Deste modo, o julgador, deverá ponderar direitos fundamentais em conflito, porque estão opostos naquela situação específica e não “são” conflitantes originariamente, tendo em vista sua edição e positivação constitucional. Não há ponderação sem prévia interpretação construtiva, pois interpretar é, principalmente, valorar e decidir e não apenas deduzir (conhecer) o significado pré-estabelecido pelo legislador; isso, contudo, não quer dizer que a tarefa de exegese seja meramente subjetiva e que o magistrado possa olvidar dos *standards* objetivos (regras e princípios) existentes no sistema jurídico.¹⁸³

A concreção também está umbilicalmente ligada às cláusulas gerais que conferem a maleabilidade que o julgador terá para trabalhar a melhor interpretação da norma abstrata e geral, conforme os fundamentos constitucionais.

Eis que o estudo da concreção desenvolver-se-á sob a perspectiva da teoria do direito como integridade, adotada por Ronald Dworkin em ataque à teoria procedimental ou de reforço à democracia, a qual pretendia afastar do controle judicial as questões de direito fundamental, como visto no capítulo anterior.

De acordo com o pensamento do filósofo em tela, o intérprete deverá recusar-se a ver a Constituição Federal como depositária de valores a serem livremente interpretados pelo juiz constitucional, já que ele deve efetuar as interpretações independentemente do sentido formal da Constituição, guiado pela

¹⁸³ CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil: compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 55.

sua *moral heading*. Em tal linha de raciocínio, o magistrado considerará, obviamente, os princípios da Constituição desenvolvidos com fulcro na moral e justiça e poderá, segundo o caso, recusar a aplicação da lei tomada com base no princípio majoritário, por preferir uma concepção do direito como integridade: “Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”.¹⁸⁴

Uma coisa é determinar o sentido da norma com base na Constituição, tendo como diretriz formal a expressão da idéia majoritária, sujeita, como visto, às pressões de grupos sociais; outra, é buscar a essência (substância) do conteúdo constitucional, é cumprir, o intérprete, com tarefa que se assemelha à de um escritor, o qual é incumbido de redigir um novo capítulo de um livro escrito a várias mãos.¹⁸⁵

No entanto, o texto e a integridade não eximem o intérprete de efetuar escolhas morais a respeito do sentido da Constituição, seja na esteira do direito material ou processual.¹⁸⁶

Então, salutar que se autorize o magistrado a criar a lei pura e simplesmente; sua atividade será conformadora e construtiva na medida em que se distingua pela busca de um segundo sentido para a norma, conforme os ditames da justiça constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu:

O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza (constitucional), aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – *Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), o que implica dizer que o tribunal constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição.¹⁸⁷

¹⁸⁴ DWORKIN. O Império..., op. cit., p. 303.

¹⁸⁵ Cf. Juarez Freitas “Interpretar é bem diagnosticar, avaliar os bens que estão em jogo, ponderar os resultados e, então, eleger soluções, rentes aos fatos, naturalmente sem cair num sociologismo divorciado da imperatividade dos comandos normativos.” (1998, p. 158).

¹⁸⁶ MORO, op. cit., p. 173.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.417-7. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves, 9 de dezembro de 1987. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 abr. 1988. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?PROCESSO=1417&CLASSE=Rp&cod_classe=464&ORIGEM>. Acesso em: 27 abr. 2006.

Aliás, diga-se de passagem, a “intervenção” do Poder Judiciário só se legitima diante de casos em que existe um espaço de decisão, nos quais são admissíveis várias possibilidades interpretativas.¹⁸⁸

Na concreção e valoração dos elementos que serão observados e incorporados ao julgamento, a atividade do Poder Judiciário resta muito próxima da eliminação da participação do legislador infraconstitucional, uma vez que ao declarar uma lei inconstitucional, via controle convencional, devolve-se ao Poder Legislativo a competência para resgatar o espírito da matéria; entretanto, ao interpretar a lei, estendendo-a ou restringindo-a, estar-se-á mais intensamente ingressando na função legislativa.¹⁸⁹

Desta forma, ao evitar qualquer ingresso indevido em referida seara, o julgador deverá estar autorizado pelo “espaço de decisão” que ampliará as possibilidades interpretativas suplementares e construtivas, a fim de atender o procedimento de modo mais adequado e eficaz, sem que se deixe de lado o direito material cotejado.

No espaço destinado aos tribunais, as cláusulas gerais são demarcatórias da tarefa da concreção judicial e transformam o intérprete em co-participante do processo de criação da norma aberta.

As denominadas cláusulas gerais ou de conceitos abertos (indeterminados) contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significado a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias

do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com sua própria avaliação.¹⁹⁰

Em breve, concluir-se-á que o preenchimento das normas de conteúdo aberto, em especial aquelas que se destinam ao processo civil, é atividade afeta ao magistrado, pois este é mais do que mero espectador do processo, é pessoa talhada

¹⁸⁸ BARROSO. *Interpretação...*, op. cit., p. 189.

¹⁸⁹ Citado por Eduardo Cambi, Elio Fazzalari revela que a atividade interpretativa do juiz, pois, não deve se prender a um sistema hermenêutico fechado, devendo ser levado em consideração o contexto histórico, social e interdisciplinar. *In L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*. (2003, p. 57).

¹⁹⁰ BARROSO. *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 07.

para desenvolver o trabalho da concreção da norma e, também, elemento pró-ativo intraprocessual. A realidade é que as normas abertas devem respeitar seus princípios instituidores e, sem exceção, estão vinculadas à efetivação da jurisdição no campo dos fatos, posto que este caráter de direito fundamental indisponível e auto-aplicável. Trata-se da aplicação da jurisdição constitucional e do reconhecimento do caráter objetivo dos direitos fundamentais.¹⁹¹

Na visão do professor Marinoni, “o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição”.¹⁹²

Nas normas processuais que usamos, é mister que busquemos a efetividade de sua função primordial, qual seja, a efetivação da atuação do juiz no caso concreto, de maneira que, mesmo consciente de tal obrigação, o legislador dê ao magistrado, por intermédio de cláusulas de conteúdo indeterminado, a tarefa necessária de concreção da norma, para que providencie a erradicação da lide. O juiz tem o poder-dever de, mediante argumentação própria e única, individualizar a técnica processual, capaz de permitir a efetividade do direito pela suas mãos.¹⁹³

Observe-se aqui, longe de nós a idéia de pregar a criação do direito pela toga dos tribunais; antes disso, somos pela permissão legislativa (consciente ou não) para a concreção da cláusula geral mediante a atividade judicante. Resta-nos, então, estudar neste escrito, a forma de controlar a utilização da norma aberta pelo operador do direito, cujo uso esteja condicionado à especial argumentação ventilada no processo, tanto pelo autor como pelo réu.

No caso brasileiro, a norma é conformada (controlada) pelo Supremo Tribunal Federal ou por qualquer juiz monocrático, segundo as regras pré-faladas. O papel do judiciário é resguardar, na atividade de concreção, o processo democrático, bem como promover os valores constitucionais, superando o déficit ¹⁹⁴ de legitimidade dos demais Poderes, quando se faça necessário, sem contudo,

¹⁹¹ Ver nota 63.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: WWW.PROFESSORMARINONI.COM.BR>. Acesso em: 21 nov. 2005.

¹⁹³ Ver também: MORELLO, Augusto Mario. *Proceso y realidad*. Revista de Processo, São Paulo, v. 56, p. 62-74, out./dez. 1989. NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁹⁴ BARROSO. *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 22.

desqualificar sua própria atuação e/ou propugnar políticas abusivas no exercício atípico de sua função.

Exemplo típico a respeito, ocorre em relação às liberdades pessoais e à proteção das minorias, quando o papel desempenhado pelo Poder Judiciário se mostra imprescindível à manutenção da democracia, haja vista a indispensável interpretação em favor do menos protegido pelo Estado, ao declarar sua condição de indefesa processual na falta de defensor constituído ou de falha grosseira na atividade perpetrada por este, no processo.

Outra questão digna de menção é aquela encontrada na colisão de direitos religiosos que não permitem a transfusão de sangue e o visível direito à vida assegurado à vítima de acidente que lhe retira a consciência. Ainda, em situação vivenciada pelo filho da falecida cantora Cássia Eller, em que o tribunal decidiu entregar a guarda do filho à companheira da artista, encontrando aplicação exata no sentido da expressão constitucional de resguardar o interesse da criança, entre muitos outros sopesados no processo em tela.

No momento da decisão, existe a concreção, com a inserção de elementos valorativos (de fato e principiológicos) que serão a razão de julgar do magistrado, em particular quando detecta a falta de norma jurídica ideal ao caso, de tal modo que obrigue o julgador a apoiar sua sentença em procedimento que proteja direito fundamental prejudicado pela ausência de proteção (ou, excesso, para uma das partes) legislativa.¹⁹⁵

O desembargador Rui Portanova preconiza que a lei opera o esvaziamento e a debilidade do jurídico na sua mais elevada acepção. Por isso, a resposta do juiz no conflito entre seguir pelo jurídico ou moral há de ser sempre de conteúdo ético, pois não há injustiça que se justifique. “Só assim o Judiciário se assume como Poder, deixando de ser mero aplicador do direito positivo para ser um garantidor dos princípios de justiça. O juiz não pode furtar-se à busca do justo.”¹⁹⁶

¹⁹⁵ Cf. Marinoni: “É o dever do legislador de editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa.” (2004, p. 189).

¹⁹⁶ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 128.

O trabalho de concreção tem o condão de possibilitar descobrimentos relativos às novas formas da lei (material ou processual) em face da ordem constitucional; ao advogado, cabe ofertar os elementos fáticos, os quais serão aquilatados pelo magistrado.¹⁹⁷

O juízo do bem e do mal, na ótica de Cândido Rangel Dinamarco, é feito em primeiro lugar pelo legislador e, após, depositado no texto da lei; no entanto, ninguém desconhece que esta, uma vez posta, destaca-se das intenções de quem a elaborou e passa a ter espírito próprio; a *mens legis* corresponde, assim, ao juízo axiológico que, razoavelmente, considera-se instalado no texto legal; logo, natural inferir que este trabalho de descoberta, cabe ao juiz.¹⁹⁸

Maria Helena Diniz leciona que:

A tarefa dos juízes e tribunais, de aplicar ao fato a norma geral, consiste numa investigação objetiva de índole político-jurídica. Isto porque a norma geral a ser aplicada é uma mera moldura dentro da qual surge a norma jurídica individual, em virtude da eleição de uma das possibilidades contidas na norma geral.¹⁹⁹

As molduras acima transcritas representam a visão clássica do “descobrimento” da decisão, devido às lacunas existentes na lei, ou, mesmo, por força dos contornos abertos das cláusulas gerais; a bem da verdade, se assemelhariam a uma revelação da outra face da norma, dentro dos limites pré-impostos pelo seu criador originário.

A ideação do silogismo clássico encontra-se, de certa maneira, superada, a partir daquilo que foi exposto neste trabalho, pois ao juiz caberá muito mais do que revelar a norma; complementa-se à citada atividade afeta àquele, o controle da constitucionalidade normativa, a busca (suplementar) de sentido que se encaixe no caso sob exame, com provável utilização, muitas das vezes, das normas de conteúdo indeterminado.

O magistrado deverá suprir as deficiências do legislador quando há falta de constitucionalidade no texto, sem reduzi-lo, ou, na ausência deste, aplicar, por meio das cláusulas gerais, os princípios constitucionais que estabelecerão a certeza daquela decisão.

¹⁹⁷ Sobre o assunto ver também: TESSLER, Luciane Gonçalves. O Papel do judiciário na concretização dos direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 152-165.

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 420.

¹⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. As lacunas do direito. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142.

Ao comentar o parágrafo 7.º do artigo 273 do Código de Processo Civil, Sérgio Cruz Arenhart revela que no novo contexto processual, a lei nova diz menos do que deveria, já que a concessão de cautelares internamente ao processo principal não é autorizada apenas quando a parte houver requerido a providência assecuratória, podendo-se concluir que se trata de um caso onde o julgador deverá completar a proteção ao direito material em estima, cumprindo tal missão autorizado pelo princípio da proibição de insuficiência.²⁰⁰

No que tange às liberdades pessoais, inclusive, e, especialmente, quanto à proteção das minorias, o intervencionismo judicial continua a ser indispensável, sendo que a expressão “judicial” compreenderá não só a pessoa do magistrado, mas incluirá todos os envolvidos na questão posta em juízo.

Jesús González Pérez, na obra “La Justicia en España ante el siglo XXI”, declara que:

La administración ubica, panacrónica, autónoma y pantónoma es – decía Juan Gascón Hernández – el Dios del siglo XX, el Dios, porque de ella espera el hombre el milagro de la salvación de su inseguridad y miseria e se cree que puede articular la seguridad social para todos. Y cuando no obtiene satisfacción de las necesidades por una Administración que no cumple las obligaciones que la legislación impone, acudirá a un Juez investido de la más amplias potestades. Mas por amplias que sean sus potestades, la realidad acabará por imponerse y pondrá de manifiesto que el proceso no es el cauce mas idóneo para hacer efectivos derechos sociales e imponer el cumplimiento de unas obligaciones que, aun cuando hayan llegado a tener consagración legislativa, su realización está más allá de las posibilidades reales.²⁰¹

Antes da leitura neoconstitucional do processo civil e da implementação da jurisdição constitucional, o limite dos tribunais estava bem delineado, consoante se vê acima. Somente com o advento da necessária intervenção do Estado-Juiz na atividade de concreção da norma para aplicação ao caso concreto, é que se verificou a legitimação do Poder Judiciário aos olhos da democracia, na medida em que, uma vez fundamentada sua atividade na concreção de valores maiores, estará atendendo ao anseio material dos direitos.²⁰²

O recurso necessário ao reconhecimento do uso da integridade e interpretação construtiva, proveniente da jurisdição constitucional e da existência das

²⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Antecipação de tutela e a Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 277 e ss.

²⁰¹ GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 162.

²⁰² O processo judicial ressalta a importância de incluir os cidadãos na tomada de decisões, porque a legitimidade das imposições implica o reconhecimento prévio da cidadania como fundamento do Estado de Direito. (CAMBI, 2003, p. 114).

cláusulas gerais, é extra textual, porque a leitura aberta determinada por tal modalidade normativa poderá dar ao intérprete a discricionariedade ideal para bem decidir um caso difícil.²⁰³

Haverá, certamente, a colisão de princípios constitucionais, fato este que obrigará o intérprete a fazer um exercício de ponderação. Destarte, a concreção do direito igualmente depende do desenvolvimento do papel informativo do advogado e, ainda, da possibilidade material e real do julgador de aplicar a nova modalidade legislativa e constitucional, tendo em vista o assombroso número de feitos em andamento e a insuficiência de magistrados em qualquer das unidades da federação.²⁰⁴

O magistrado Ingo W. Sarlet observa que no caso de um descumprimento (por omissão) de algum direito fundamental e, em sendo impossível (ou não sendo necessária) a utilização de Mandado de Injunção ou do controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, os órgãos judiciários e administrativos (se da administração não se originar a omissão) estariam, em tese, aptos a – desde logo, e em qualquer procedimento – aplicar diretamente a norma em questão, conferindo-lhe plena eficácia, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa.²⁰⁵

Ao tecer comentários ao uso e à aplicação direta das normas constitucionais na atividade de concreção, o escritor gaúcho afiança ainda que, no sentido da ordem de aplicação direta dos preceitos fundamentais, em virtude da sua natureza, há um reclamo quanto a uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, em particular, do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia a aplicabilidade (inclusive, imediata) a estas normas.²⁰⁶

Em relação à efetivação da jurisdição constitucional como direito fundamental prestacional (direito sociais de natureza positiva – prestacional), José Eduardo Faria expõe o seguinte juízo: “Os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento

²⁰³ *Hard Cases* são aqueles em que há um conflito de direitos e garantias fundamentais, havendo uma “boa” decisão, tecnicamente falando, em ambos os sentidos. (DWORKIN, 2003, p. 14 e ss).

²⁰⁴ Ver: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Min. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

²⁰⁵ SARLET, op. cit., p. 265.

²⁰⁶ Idem, p. 265.

uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”.²⁰⁷

Ao seguir tal linha de raciocínio, entendemos que, quando diante de uma falha (ou mesmo inadequação) da norma processual, para dar cor às assertivas de José Eduardo Faria, o julgador deverá compensar o procedimento à luz dos direitos fundamentais, em busca da igualdade substancial; logo, deflui-se, o magistrado não deverá seguir o processo positivado, calcado no argumento de intangibilidade da norma infraconstitucional (especialmente, aquela de cunho processual), sob pena de ferir a determinação da jurisdição constitucional e tornar ineficaz sua atividade junto ao seio da sociedade.

Ensina Dworkin: “A integridade é a chave para melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais.”²⁰⁸

Segundo Ingo W. Sarlet, no Estado Democrático de Direito, em específico, no que concerne à tarefa de cada um dos Poderes, obviamente não podemos atribuir ao juiz atividade legislativa (criação do direito), mas

é evidente que a linha divisória entre a atividade judicante e legislativa na seara constitucional, onde se multiplicam os exemplos de conceitos abertos e fluídos, carecendo de concretização pela via interpretativa. Por mais que se possa (e deva) colocar em discussão essa problemática, devemos ter em mente que a tarefa do Judiciário, no campo de identificação e localização dos direitos fundamentais situados fora do catálogo da Constituição, é, acima de tudo, a de identificar e revelar o que já existe, ainda que de forma implícita, sem prejuízo de uma atividade criadora de cunho suplementar e ampliativo.²⁰⁹

Aqui, conveniente observar que os juízes não se limitam a declarar o direito (dizer o “direito”) ou mesmo encontrá-lo, quando contido na norma geral; neste sentido, ainda, o parecer de Hans Kelsen, para quem a jurisdição é uma função constitutiva do direito, e a sentença, um verdadeiro ato de criação do direito, na medida em que desempenha, diante do caso concreto, idêntico papel ao da lei, no domínio geral.²¹⁰

Aliás, tal colocação nos daria material bastante para uma construção retórica da criação do direito pelas mãos do julgador mas, como já vimos, a presente teorização não defende a criação do direito pelo juiz, conquanto considere criado tal

²⁰⁷ FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 105.

²⁰⁸ DWORKIN. O império..., op. cit., p. 260-261.

²⁰⁹ SARLET, op. cit., p. 152.

²¹⁰ KELSEN, Hans. Teoria geral do estado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1945. p. 112.

direito entre as partes, fato que não socorre às expectativas da norma geral em face daqueles que não foram beneficiados pela decisão (partes e terceiros interessados).

A interpretação para a concreção deve conduzir, necessariamente, a uma única solução correta, podendo levar a várias possibilidades de aplicação do direito; para tanto, basta que a resolução encontrada pela sentença seja compreendida dentro da moldura legal.²¹¹

Ao considerar que a teoria pura do direito foi a mais bem elaborada dentro do positivismo jurídico, Kelsen propôs duas situações em que o juiz estaria apto para criar a norma: (i) quando a norma individual, quanto ao seu conteúdo, não fosse predeterminada por uma norma geral de direito material, criada pelo legislador ou pelo costume e (ii) quando a determinação da norma geral não adotasse feição unívoca, possibilitando diferentes modos de interpretação; de conseqüência, defluiu-se que, diante de referida situação, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral.²¹²

Embora dito juízo fosse um bom início para a concepção social do direito e a função suplementar da criação do direito pelas mãos do julgador, para Candido Rangel Dinamarco os textos comportam mais de uma exegese razoável, sendo dever do magistrado, neste passo, optar pelo que melhor satisfaça ao sentimento de justiça, do qual é portador, ainda que as palavras do legislador possam insinuar solução diferente.²¹³

No entendimento manifestado por Couture “embora pretenda o intérprete ser, absolutamente, neutro, não pode sê-lo. Sua operação não é matemática, nem geométrica. É um ato vital e, por isso, está carregado, inconscientemente, de volições.”²¹⁴

Com efeito, cumpre ao juiz, portanto, não aplicar cegamente a lei, mas verificar a sua legitimidade para, com isto, evitar que se obtenha uma sentença injusta, fruto de uma lei injusta, como se o problema da justiça dissesse respeito somente ao legislador, e o magistrado pudesse eximir-se da sua missão de levar justiça às partes, transferida a culpa pela injustiça ao legislador.²¹⁵

²¹¹ CAMBI, op. cit., p. 62.

²¹² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p. 344.

²¹³ DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 320.

²¹⁴ COUTURE, 1993 apud CAMBI, op. cit., p. 68.

²¹⁵ CAMBI, op. cit., p. 69.

No exame das ponderações em apreço, vale perquirir: até que ponto o magistrado está vinculado com a questão da justiça ao caso concreto, ao fazer uso de um conceito de Kelsen? Aqui, é conveniente se ter em mente que os direitos fundamentais são o “norte” da aplicação e suplementação legislativa a ser realizada pelo intérprete judicial.²¹⁶

Adiante, veremos o quão profundo é o teor da supra dita assertiva.²¹⁷

6.4 VINCULAÇÃO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tem o julgador o dever-poder de conformar a norma processual e buscar coibir o excesso de defesa, ou, mesmo, eliminar, em determinadas situações, os limites ao direito de defesa. Em todos os casos passíveis de desigualdades e formas inadequadas ao exercício da jurisdição, os juízes deverão aplicar de pronto, os princípios constitucionais, com o fito de diminuir as diferenças entre as partes, ou, ainda, ampliar tais distinções em a favor de decisão, conseqüente de procedimento adequado, eficaz e justo.

Doutrinariamente, Ingo W. Sarlet declara que:

Em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5., § 1.º da CF – não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumento fornecido pelo art. 4.º da Lei de Introdução do Código Civil, de acordo com o qual: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.²¹⁸

²¹⁶ A função jurisdicional é a continuação e a especificação da atividade legislativa, uma vez que, de uma norma geral e abstrata, destinada a regular um número ínfimo de casos e fatos futuros, o juiz emite um provimento concreto, aplicando as regras do direito vigente. Assim, a regra geral e abstrata, resultado da produção legislativa, se torna, para o magistrado o critério *di giudizio* a ser aplicado na resolução de um caso específico. Logo, a função específica da jurisdição é fazer justiça, dando aplicação concreta ao direito positivo. (CAMBI, 2003, p. 88).

²¹⁷ Ver também: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

²¹⁸ SARLET, op. cit., p. 268.

Outrossim, o Estado-Juiz está obrigado a observar o princípio da proibição de insuficiência, posto que este conceito jurídico indeterminado, sujeito à configuração somente no caso concreto, alcança a prestação jurisdicional (como, também, atinge o Executivo e Legislativo). Eis que o bem jurídico protegido poderá estar em evidência num processo judicial, de modo que a concreção dos elementos trans-judiciais pelo juiz deverá levar em estima a obrigação de proteção indistinta e imediata.²¹⁹

Ao Judiciário cabe a prestação jurisdicional efetiva, a fim de afastar omissões ou indevidas interferências; tal Poder, igualmente, está obrigado a respeitar o princípio da proibição do excesso, de modo que a tutela não seja prestada além do necessário para a proteção do direito fundamental colocado em contato com a atividade de julgamento estatal (como se fosse uma proibição processual de emissão de sentença *extra-petita*).²²⁰

O professor Ingo ainda adverte:

Que o Judiciário possa (e deva) viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes pode ser aceito em diversas hipóteses e até mesmo como regra geral, o que não significa a inexistência de limites a esta atividade, que não podem ser desconsiderados. Ainda que se pudesse argumentar que a remoção de lacunas pelos órgãos judiciários em todos os casos concretos é, ao menos, em tese, sempre possível, inexistindo qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, há certas barreiras que impedem se possa acolher de forma absoluta a solução proposta. Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva.²²¹

A jurisdição deverá ser vista com fulcro no princípio da reserva do possível, cujo teor reza que o destinatário poderá gozar e dispor da norma fundamental de modo que lhe interessar, mesmo quando se trata de direitos sociais de natureza prestacional, aos quais, parte da doutrina nega a condição de direito subjetivo.²²²

Desta feita, como a concretização legislativa não se reduz ao aspecto da determinação do conteúdo, em particular no que respeita aos direitos sociais de

²¹⁹ “A proibição de insuficiência consiste na vedação de que se desça abaixo de um grau mínimo de proteção.” (CANARIS, 2003, p. 60).

²²⁰ Ver também: TESSLER, op. cit., p. 160.

²²¹ SARLET, op. cit., p. 269.

²²² Ver a abordagem de: LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 124.

formulação vaga e aberta, resulta que a interpretação dos órgãos do Poder Judiciário se faz imprescindível à justa decisão da lide.²²³

Consoante ao que já vimos, “todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicável já no nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.”²²⁴

Na opinião de J. J. Canotilho, diante da constitucionalização dos próprios tribunais e do procedimento judicial, que deve logicamente ser compreendido à luz dos direitos fundamentais, há notável vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que, neste sentido, atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais.²²⁵

A atividade jurisdicional deverá amparar os direitos fundamentais, na medida em que é chamada para trabalhar e garantir outros direitos não observados pelos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo. Tal é a situação apresentada pela efetividade da jurisdição, que sempre é buscada quando o indivíduo não consegue alcançar atendimento quanto a um direito fundamental. Em caso de inexistir acesso a um medicamento para determinado doente na rede pública, havendo, destarte, desobediência ao seu direito constitucional à saúde, ele próprio ou seus representantes (ou mesmo um substituto processual) poderão ingressar com medida judicial e provocar a atividade jurisdicional (que também é direito fundamental) na intenção de ver garantida a medicação que tanto se faz necessária.

O Poder Judiciário, na medida em que se encontra também vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais, exerce, para além disso (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – em consonância com o que já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de deixar de aplicar atos contrários à Constituição, de modo especial aqueles ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive, declarando-lhes a inconstitucionalidade.²²⁶

²²³ O juiz não pode ser um símbolo matemático, porque é um homem; o juiz não pode ser a boca da lei que pronuncia as palavras da lei, porque a lei não tem possibilidade material de pronunciar todas as palavras do direito; a lei procede tendo por base certas simplificações esquemáticas, e a vida apresenta, diariamente, problemas que não puderam entrar na imaginação do legislador. Quando a lei cai no silêncio, podemos dizer, seguindo a metáfora do poeta, que esse silêncio está povoado de vozes. Quando o juiz dita sua sentença, não é só intérprete das palavras da lei, mas também de suas vozes misteriosas e cultas. (COUTURE, 1993 apud CAMBI, 2003, p. 80).

²²⁴ SARLET, op. cit., p. 298.

²²⁵ CANOTILHO. Direito constitucional, op. cit., p. 598.

²²⁶ SARLET, op. cit., p. 369.

Na mesma trilha, segue boa parte da doutrina consciente, em acompanhamento ao ponto que J. Miranda ressaltou, ou seja, dando azo ao raciocínio de que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, exegese e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico.²²⁷

Finalmente, Ingo W. Sarlet faz a seguinte ponderação:

Ainda no âmbito destas funções positiva e negativa da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim, como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a Jurisdição Cível.²²⁸

Para variar, enfatize-se a existência de um elemento complicador, qual seja: haverá dentro desta colmatação, certamente, um momento em que no processo, valores e princípios constitucionais estarão em choque. Desta maneira, o estudo para a solução do problema parece inevitável, logo após a revelação da teoria que sustenta a aplicação principiológica do direito.

Na acurada visão de Judith Martins-Costa, a concreção não significa mera individualização ou se opõe à idéia de sistema; ao fazer menção a Humberto Ávila, a autora em foco anota que “quando se aplica, sem valorar sistemática e problematicamente, não se aplica: distorce-se a finalidade concreta do direito”²²⁹ e termina dizendo:

Não constitui, bem por isso, nenhum passaporte para o subjetivismo, para uma livre “produção de sentidos” por parte do intérprete, para o estabelecimento, pelo juiz, de decisões *ad hoc*. A concreção é um método hermenêutico pelo qual as normas de dever-ser, consideradas como “modelos de ordenamento materialmente determinados”, são compreendidas em essencial coordenação com o caso concreto, que os complementa e lhes garante força enunciativa, assim possibilitando a sua determinação ou especificação.²³⁰

Já para Friederich Muller, a concreção efetuada pelos juízes e tribunais trata-se de um processo multidirecional, em que o direito e a realidade se complementam e interpenetram continuamente, fornecendo os elementos necessários à decisão final.²³¹

²²⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 1993. v. 4, p. 284.

²²⁸ SARLET, op. cit., p. 369.

²²⁹ ÁVILA, 1994 apud MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: notas de uma leitura suscitada pelo código civil: escrito em homenagem ao jurista e professor Renan Lotufo. Canela, RS: [s.n], jun. 2005. Obra ainda não publicada.

²³⁰ Idem, p. 12

²³¹ MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho constitucional. Tradução Paulo Bonavides. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54.

Assim, ao examinar a questão posta em juízo, o magistrado deverá, sem deixar de fazer uso da abertura do sistema, sopesar os elementos fáticos e normativos, de modo a torná-los concretos; na seqüência, o intérprete adotará uma atitude de ordenação e de fixação de relações, compondo e entrelaçando os supracitados elementos à luz dos fundamentos constitucionais.

Os mecanismos processuais são responsáveis, portanto, pela adequação do procedimento mais idôneo e eficaz, levando em estima a concreção da norma aos fatos.

Karl Engisch entende que tal raciocínio efetua-se mediante pesquisa sobre a valoração, conforme o espírito reinante à época, todavia, sem que haja retirada dessa determinação conceitual propriamente dita.²³²

Vale dizer que a questão principiológica será vista mais à frente; entretantes, para Canaris, os princípios necessitam, para sua realização, da concreção viabilizada por intermédio de sub-princípios e de valorações singulares, providos de conteúdo material próprio, de modo a assegurar que a atividade de concreção implique em cruzar valorações como dados sistemáticos.²³³

Neste ponto, de bom alvitre apontar que a concreção principiológica e a atividade jurisdicional tendem à confusão, posto que se utilizam elementos fáticos e normativos na concreção do direito aberto e casuístico.

²³² ENGISCH, 1968 apud MARTINS-COSTA. O método..., op. cit., p. 12.

²³³ ENGISCH, 1968 apud MARTINS-COSTA. O método..., op. cit., p. 13.

7 INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA BASEADA EM RONALD DWORKIN

Diante da problemática de aceitação do direito como fenômeno social de suma importância, os homens são forçados a teorizar formas e condições de sua aplicabilidade no mundo dos fatos.

O sentido da aplicação engloba os seguintes conceitos: um elaborador da lei, que represente o coletivo; um aplicador da norma, em nome do Estado; uma forma previamente instituída de aplicação; uma pitada de discricionariedade; uma porção de interpretação construtiva, embasada nos princípios fundamentais eleitos na Constituição e na polêmica existência de um “poder criador” do magistrado, a partir da detecção da falta de norma que proteja um direito.

Todos estes temas são permeados pelo conflito do juiz, aplicador do direito, em face do que pretendemos entender como moral e direito.

Ao respeitar a tradição do direito norte-americano, base do estudo em desenvolvimento, verificamos que Ronald Dworkin, aponta a importância do modo pelo qual os juízes decidem os casos. De acordo com o que dizia o supramencionado autor, as pessoas geralmente temem mais um aceno de cabeça de um juiz do que a norma legislada. Em cada decisão judicial, evidentemente, há um teor moral que torna a justiça eminentemente pública, sendo que, na visão pragmática, o dano é mais grave quando se condena um inocente por crime, mas também é bastante considerável se um queixoso, com uma alegação bem fundamentada, não é ouvido pelo tribunal.

A filosofia defendida por Dworkin oferece as condições de produção de um discurso crítico, pois sua fala é interdisciplinar: o direito, a moral, a política e a arte estão comprometidos na significação de um tempo, de uma forma de vida, que é a “modernidade”. Neste passo, veremos mais detidamente, devido à disciplina estudada, o tema da integridade.

Apesar de ter sucedido Hart na sua “chair of jurisprudence” em Oxford, Dworkin travou um debate com ele em razão da teoria jurídica liberal e a contemporânea versão de teoria positivista criada pelo antigo catedrático.²³⁴

²³⁴ Cf, Cristina M. M. Queiroz, neste sentido, pronuncia-se Dworkin não tanto a favor de uma “teoria da justiça” quanto de uma “re-construção” do “conceito de direito”, oferecendo uma crítica do sistema e da dogmática jurídicas pela aplicação a partir do conceito “princípios” (principles) e “argumentos

Conquanto haja uma visível negação do positivismo e do utilitarismo na teoria jurídica, é deveras difícil estabelecer um ponto de distinção certo e seguro entre o que Dworkin sugeriu como a interpretação construtiva das categorias explicitadas na Constituição Federal e o poder criador atribuído ao julgador; a linha fixada entre ambos, é muito tênue e merece o debruçar dos operadores do direito moderno, ainda mais quando se considera a instituição das cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro e no Código de Processo Civil.

O juiz, quando provocado, deve dar a “resposta certa: a melhor possível para os *hard cases* (sem norma aparentemente aplicável ao caso)” sem, contudo, criar; logo, sugere-se a utilização de conceitos, tais como o da “integridade” e, especialmente, o da “interpretação construtiva”.

A sofisticação de tese de Dworkin reside no fato de que a chave para a compreensão da sua proposta de uma filosofia liberal do direito está na intuição da argumentação jurídica; dita argumentação deve ser apreendida a título de exercício de interpretação construtiva, no qual o direito consiste na melhor justificação das práticas jurídicas como um todo, na história narrativa que faz de referidas práticas, o melhor “direito” possível. Ele trafega, interdisciplinariamente, pelas áreas da epistemologia, política, ética e estética, dá cor à criatividade daqueles que têm o privilégio de estudar a sua obra.

O autor sob exame também propugna que: “É, em razão de o intérprete poder adicionar algo à obra do legislador, que a hermenêutica adquire sua essência construtiva”.²³⁵

7.1 A COMMON LAW

Preliminarmente, enfatizamos alguns pontos de divergências relevantes entre a *common law* e a *civil law*, visando aperfeiçoar o foco dos nossos apontamentos.

finalísticos” (policies). Na prática, isso significa que os tribunais de justiça – e, em particular, os tribunais de justiça constitucional – não fazem destes conglomerados de “princípios” e de “fins” o fundamento de validade de todas as normas jurídicas, antes os utilizam, freqüentemente, no exercício do seu poder de interpretação. (2002, p. 74).

²³⁵ DWORKIN. O império..., op. cit., p. 52.

Na *common law*, a figura judicial está vinculada ao processo adversatório (espécie de contencioso) e, no sistema latino, adotado pelo Brasil, o julgador está atrelado ao processo inquisitório. Tradicionalmente, o juiz não tem poder investigatório em tal sistema, uma vez que este está subdividido em *Pré-trial* e *Trial*. Na primeira fase dessa sistemática – que toma a maioria do tempo, pois são as partes, por advogados investigativos, que revelam os pontos e meios de prova que serão analisados pelo juiz (ou jurados) – o magistrado assemelha-se a um convidado no processo.

No sistema latino, conhecido como *civil law*, existe apenas a fase do *Trial* e inexistente qualquer investigação legal realizada pelas partes. Dá-se ao juiz o poder investigativo, todavia, segundo as regras processuais positivadas. Na Alemanha, há notícia de que, recentemente, houve admissão no que concerne à figura do “Juiz Ativo” no processo, a contrário senso da *common law*, aliás, tendência aqui repetida.

No sistema latino há juízes para análise dos fatos e do direito (exceto, no que respeita ao júri popular); já o sistema estadunidense apresenta juízes de direito e de fato – a exemplo do júri popular. E mais: outro diferencial a ser ressaltado no presente contexto é que, naquele, os magistrados, ao revés do que acontece neste, vinculam-se à lei positivada e não aos *cases*.

O controle da constitucionalidade no sistema anglo-americano dá-se de modo concentrado, ou seja, é feito pelo Tribunal de Cassação ou Constitucional; aqui, o sistema divide-se em concentrado e difuso. O juiz da *civil law* pode controlar a constitucionalidade em casos concretos, de forma direta e pulverizada.

Por último, nos países da *common law*, as decisões judiciais também afetam muitos outros indivíduos, pois a lei freqüentemente se torna “aquilo” que o juiz afirma. De conseqüência, é relevante sabermos o modo pelo qual os juízes decidem suas causas e, em tal perspectiva, três questões são enfrentadas pelo magistrado, a saber: as questões de direito, as de fato e aquelas interligadas à moralidade, à política e à fidelidade. O autor em debate denomina de proposições jurídicas todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza.

Os juristas, os juízes e as pessoas em geral pressupõem que pelo menos algumas das proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas. No entanto, acontece que há sérias divergências no campo teórico do direito, bem como dissensões quanto aos fundamentos do direito, estas últimas mais problemáticas.

Pois bem. Naquela espécie de direito consuetudinário, é mister aduzir que os magistrados verdadeiramente criariam novos direitos toda vez que decidissem um caso novo; porém, na prática, ocorre que, geralmente, eles apresentam essas novas formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido (julgamento conforme).

Em casos como o da ilegalidade da segregação nas escolas norte-americanas, por exemplo, as pessoas já acreditavam que a segregação era de fato ilegal, mesmo antes da decisão que assim a declarou, ainda que nenhum tribunal tivesse feito qualquer afirmação pontual anteriormente. Se alguém asseverasse que eles inventaram tal parte do direito, estaria dizendo que a segregação não era ilegal antes e que os juízes mudaram o direito com sua decisão. Então, deduz-se, esta discussão seria muito fácil se não houvesse divergência teórica sobre os fundamentos do direito.

Ronald Dworkin objeta radicalmente a premissa positivista, pois entende que há casos nos quais as proposições jurídicas não aludem às regras de direito, cuja existência depende de sanção institucional, mas a princípios cujos conteúdos são, normalmente, controversos; aliás, sua objeção respeita o cerne da sua teoria liberal do direito, cinge-se aos direitos individuais (direitos que são anteriores àqueles criados pela legislação), desde que baseados em princípios e passíveis de serem interpostos contra o Estado (tido como instituição criadora de direito).²³⁶

Observa-se, no entanto, que na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, a opinião mais popular insiste que os juízes devem sempre, a cada decisão, seguir o direito ao invés de tentar aperfeiçoá-lo. Na prática, eles podem não gostar do direito que encontram, mas o aceitam, ainda que seja terrível compactuar, por exemplo, com uma ordem judicial de despejo contra uma viúva, na véspera de Natal e sob tremenda tempestade de neve. Desafortunadamente, de acordo com a opinião popular expressa, alguns dos juízes não aceitam essa sábia submissão; velada ou abertamente, eles submetem a lei a seus objetivos ou opiniões políticas, sendo vistos como maus juízes, usurpadores da lei e destruidores da democracia.

Por oportuno, neste quadrante, faz-se referência ao aspecto fidelidade (juiz-sociedade), porque nem sempre todas as questões postas em juízo conseguem ser expressas no ato da sentença, especialmente, por haver a necessidade do

²³⁶ CHUEIRI, Vera Karam. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995. p. 64.

silêncio do magistrado durante todo o processo, em respeito à imparcialidade que a toga exige.

Muito embora Dworkin sustente que o direito é um sistema aberto (constituído por um número fixo de regras jurídicas positivadas e outra porção de normas que podem funcionar como princípio) alguns sustentam o ponto de vista de que os juízes devem tentar melhorar a lei, sempre que possível; além disso, devem ser políticos e, na opinião de uma minoria, o mau juiz é rígido e mecânico, faz cumprir a lei pela lei, não demonstra preocupação com o sofrimento, a injustiça ou a ineficiência gerados a partir de uma decisão. O bom magistrado prefere a justiça à lei. Tal juízo é compartilhado por vários doutrinadores brasileiros, entre eles, o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.²³⁷

Ambas as perspectivas mencionadas baseiam-se no academicismo, restando ao juiz apenas a opção de fazer uso de seu discernimento para integrar uma norma, preenchendo lacunas quando o direito silencia e tornando-o mais preciso onde for vago, exercendo, portanto, um julgamento consoante as cláusulas gerais existentes e, também, conformando o procedimento ao justo desfecho da lide.

Aclara-se, desta feita, que o juiz deve preencher as lacunas com prudência, preservando ao máximo o espírito do ramo do direito em questão e, igualmente, deve utilizar a concreção na jurisdição constitucional, com objetivo de tornar o resultado o mais útil possível ao autor e menos gravoso ao réu.

De qualquer forma, a resposta para uma questão jurídica está dentro do sistema, sendo que tal busca é limitada; Dworkin preconiza que o julgador deve usar argumentação principiológica e política para o exercício da sua tarefa, respaldado em tais paradigmas.

7.2 A QUESTÃO DA INTEGRIDADE

Quando faz referência aos princípios fundadores da ética moderna, Ronald Dworkin revela que além de uma distribuição de recursos e oportunidades, de uma justa estrutura política embasada nos mecanismos democráticos e de um

²³⁷ TEIXEIRA, op. cit., p. 14.

processo eqüitativo do *enforcement* das regras em geral, existe um outro ideal que não tem lugar na teoria política, mas está presente na política do cotidiano: a integridade.²³⁸

Ao repudiar o convencionalismo (direito resultante das convenções sociais, onde o ato judicante é o tudo ou o nada, mediante determinação do conteúdo pelo juiz), bem como o pragmatismo radical (no sentido de impregnar a melhor comunidade de decisões e promessas falsas de felicidade no futuro, sem a necessária busca dos termos inexatos ou ambíguos e, praticamente, em conjunto com a atividade legislativa, que nega o poder de justificação do uso da coerção estatal), Dworkin refere-se ao direito concebido como integridade, uma das boas formas de concepção interpretativa do direito.

Temos, assim, dois princípios de integridade política: o princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, ademais do princípio jurisdicional, o qual demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente e neste sentido. Vale acrescentar que o princípio jurisdicional decorre da integridade política, o que faz do juiz, um ente político dentro do Estado.

Na política comum devemos tratar a integridade como um ideal independente de outros e entendermos que os conflitos entre ideais são comuns na política. Alguns filósofos negam a possibilidade de qualquer conflito fundamental existir entre a justiça e a eqüidade, pois uma destas virtudes deriva da outra. E mais: Dworkin propõe uma relação quase simbiótica entre conceitos interdisciplinares.²³⁹

Uma significativa parcela dos indivíduos tem uma visão intermediária quando falam que a eqüidade e a justiça são, até certo ponto, independentes uma da outra. Estas instituições imparciais, às vezes, tomam decisões injustas, e as que não são imparciais, por vezes, decidem de modo justo; logo, justiça e eqüidade não são institutos que por si só asseguram um bom julgamento. Faz-se necessário aplicar a concreção e acrescentar à lei, factibilidade. A questão se complica na medida em que o autor tenta contemporizar os conceitos de justiça, eqüidade e integridade. A título de exemplo, uma tribo composta apenas por pessoas seguidoras de uma determinada religião, ferindo frontalmente o direito do livre credo, pode tomar decisão *interna corporis* correta e de certa forma, justa.

²³⁸ DWORKIN. O império..., op. cit., p. 237 e ss.

²³⁹ Idem, p. 218.

Para Dworkin: “os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobri-lo. Sabiam que só um outro planeta, cuja órbita se encontrasse além daquelas já conhecidas, poderia explicar o comportamento dos planetas mais próximos. A integridade é o nosso Netuno”.²⁴⁰

O sentido de integridade pode ser captado do princípio da igualdade, justiça e *procedural due process*, a fim de que seja dada força aos princípios políticos que justificam a autoridade legislativa na decisão do significado de uma determinada lei e, também, que sejam reconhecidos no restante do direito, os princípios morais necessários à justificação da essência das decisões legislativas. Nesta esteira, os procedimentos devem se ater às diferenças de tipo e grau de dano moral impostas por um veredicto.²⁴¹

A integridade da legislação exige que os legisladores sejam sempre coerentes com os princípios que ativaram a formulação da norma. Já os juízes deverão aplicar a *adjudication* no mesmo sentido principiológico, para que não exerçam uma “criação”, porém interpretem, de modo construtivo, a lei e façam cumprir o direito coerentemente.²⁴²

Todavia, para que a concepção de integridade flua perfeitamente, o Estado e a comunidade devem estar no mesmo diapasão. Aqui, cabe uma pequena observação respeitante ao modo pelo qual os Estados da *common law* escolhem seus juízes; neste espeque, é que as comunidades deverão eleger agentes que dêem vida ao legislador, evitando o possível sentido metafísico relativo à linguagem.

Dworkin entende que atuar de acordo com princípios implica num agir coletivo. O direito interpretado como integridade não se limita ao conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justifica.²⁴³

Nesta contextura, com certeza, o conceito de integridade é atraente. Entretanto, é inviável defender a integridade de maneira ordinária, pois sabemos que ocasionalmente a integridade conflitará com aquilo que recomendam a justiça e a equidade. Se quisermos afirmar a integridade política como um ideal distinto e

²⁴⁰ DWORKIN. O império..., op. cit., p. 222.

²⁴¹ CHUEIRI, op. cit., p. 122.

²⁴² Há dois níveis em que a noção de princípio atua: internamente à oposição a de política, consubstanciando o nervo da teoria da *adjudication* de Dworkin e, externamente, em oposição à regra jurídica, determinando o debate com o positivismo de Hart, o qual será analisado num segundo momento.

²⁴³ CHUEIRI, op. cit., p. 130.

dotado de autonomia, faz-se necessário aumentar a amplitude do argumento político. Da mesma forma, se pretendermos aprofundar a integridade da decisão judiciária, precisamos ampliar a participação do juiz no seio social. Dworkin assevera que a teoria política é o pólo epistêmico da atitude interpretativa dos juizes, é o norte a partir do qual se tecerá uma argumentação fulcrada em princípios e na moralidade institucional contida no precedente.²⁴⁴

Deveríamos procurar a defesa da nossa integridade nas imediações da fraternidade, ou, melhor dizendo, da comunidade. O autor localiza a integridade dentro da própria comunidade, mostra que uma sociedade política aceita a integridade como virtude política, transforma a comunidade e promove a autoridade moral, de forma a mobilizar o monopólio de força coercitiva, sem olvidar que o direito trabalha mediante o uso da ferramenta da coerção.

Porém, é conveniente rememorar, o autor refuta veementemente tanto a figura do convencionalismo quanto a do pragmatismo exagerado no papel de legitimadoras desta mesma coerção.

O conceito de direito (espaço em que o debate entre as concepções se mostra mais útil) o associa à justificativa de coerção oficial. O problema clássico da legitimidade do poder de coerção traz consigo outra questão sujeita à discussão: o da obrigação política. Como os cidadãos mantêm obrigações morais e genuínas entre si e para com o Estado, temos que nem sempre tais obrigações são idênticas em relação aos cidadãos diferentes. Contudo, nenhuma política geral que tenha por desiderato manter o direito com mão de ferro justificar-se-ia caso o direito não fosse, em termos gerais, uma fonte de obrigações genuínas.

A integridade protege contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção oficial. A integridade também contribui para a eficiência do direito, segundo deflui-se de análise já realizada. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, fixadas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras decorrentes dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se, bem assim se contrariar organicamente; isso, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas e percebam que esses princípios existem sob novas

²⁴⁴ DWORKIN. O império..., op. cit., p. 171.

circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito.

Entretanto, uma comunidade que expresse anuência para com a integridade, dispõe de um veículo para viabilizar a transformação orgânica, ainda que este nem sempre seja totalmente eficaz, fato que, de outra forma, sem dúvida, não teria meios para tanto.

E complementa: “(...) a integridade como virtude política subscreve uma função contemporizadora dos conflitos existentes na política cotidiana, possibilitando decisões que não onerem os cidadãos, ainda que se trate da disputa entre a justiça e a equidade.”²⁴⁵

Neste cenário, evidencia-se o sentimento de que integridade é conceito de conteúdo aberto, merecedor de complemento coletivo; no entanto, a questão que se impõe, é a legitimação do complemento por conta do magistrado. Se a legitimação é feita pela fundamentação, como veremos adiante, a integridade é conceito que propicia a transformação orgânica da sociedade, restando certo, sua contemporaneidade.

A integridade consiste no fato de que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política daqueles que gozam de direitos constitucionais e respeitam as liberdades democráticas: pede ao bom cidadão que interprete a organização da justiça, ao decidir como tratar seu vizinho em situação de interesses conflitantes, posto que com ela ambos estão comprometidos, em virtude da cidadania.

A forma de escolha dos julgadores, como representantes do coletivo e da vontade geral, é de certa maneira, ininteligível para os operadores da *civil law*; ao conceber que eles são reflexos da vontade da maioria, suas ações tornam-se mais facilmente justificáveis no âmbito político.

No Brasil, porém, somente por meio da fundamentação é que encontraremos razão para a legitimação das decisões judiciais, sem esquecer a significativa diferença existente no recrutamento dos membros do Poder Judiciário nos países em que vige o direito romano. E, então, natural indagar: A obrigação

²⁴⁵ DWORKIN. O império..., op. cit., p. 240.

política se impõe também ao juiz? Esta pergunta que não cala, serve de mote ao nosso entusiasmo.²⁴⁶

7.3 O CONTRATO SOCIAL

Alguns filósofos utilizam a idéia de um contrato social para que se fundamente a existência da sociedade. John Rawls propõe um contrato social imaginário, viabiliza a utopia como um possível meio para selecionar a melhor concepção de justiça no âmbito de uma teoria política. Sem sombra de dúvida, seria muito diferente se cada cidadão fosse parte de um acordo real, histórico, no sentido de aceitar e obedecer as decisões políticas tomadas, de forma a legitimá-las. Para Wittgenstein, com a filosofia do *tractatus*, as proposições tornar-se-iam mais exatas, evitar-se-iam a vagueza e a ambigüidade da linguagem no coletivo, isto em prol da “segurança jurídica”.²⁴⁷

E mais: o consentimento não pode ser obrigatório para as pessoas, da maneira exigida por referido argumento, a menos que seja dada com maior liberdade, a possibilidade de uma eleição genuína no que tange aos seus representantes. Daí presume-se que o julgador parece carecer de uma legitimação ao decidir sobre questões de “inconstitucionalidade”. Neste ínterim, é conveniente assinalar que os argumentos legitimadores dos políticos não podem ser idênticos àqueles utilizados na formação dos tribunais, embora no Brasil, a formação de nossa “corte constitucional” esteja fadada ao gosto dos governantes, sem falar em retorno à carreira político-partidária de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, no período pós-aposentadoria.

A defesa mais popular da legitimidade concerne à argumentação do *jogo limpo*; se alguém recebe um benefício na esfera estabelecida, tem, então, a obrigação de arcar com o ônus dessa organização, tenha ou não solicitado esse benesse concedida.

²⁴⁶ Ver: FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência: legitimação pela fundamentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 389 e ss.

²⁴⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 84.

O *jogo limpo* estabelece pelo menos uma condição necessária à legitimidade: caso uma comunidade não pretenda tratar alguém como igual, mesmo que de acordo com suas próprias regras, é certo, comprometerá, fatalmente, sua reivindicação de obrigação política em face de tal pessoa.

A natureza humana, tendo em vista as obrigações em comunidade, revela, quanto ao aspecto biológico, que o ser humano vive em sociedades. Assim, a prática de determinado grupo social e biológico deve ser sopesada na aplicação do conceito de *jogo limpo*. Neste mesmo grupo social se apresentam subgrupos, a exemplo da família. Em hipótese alguma, não é de se exigir um comportamento igual para com meu sócio e um filho, pois além de ambos pertencerem a subgrupos diferentes, ninguém é obrigado a ter obrigações especiais com determinadas pessoas, a não ser mediante a escolha de aceitá-las, sustenta Dworkin.²⁴⁸

É notório, responsabilidades especiais sugerem relações especiais.

Em relação ao grupo social, também a responsabilidade deve ser geral, isto é, deve haver o interesse de cada um no bem-estar de outros membros do grupo. Não só o interesse dele deve ser igual, mas também se faz necessário igual interesse por todos os integrantes que compõem o grupo.

Não obstante a existência de uma hierarquia e de papéis distintos, as regras devem dizer respeito ao interesse de todos os componentes do grupo; inclusive, nas comunidades autênticas que satisfazem diversas condições, temos que estas podem promover injustiças, serem responsáveis pela produção de conflitos entre integridade e justiça de uma instituição. Conforme exemplificado antes, a tribo religiosa poderá tomar decisões comunitárias injustas, diante de pessoas que veneram, por exemplo, outro credo. Destarte, verdadeiras obrigações comunitárias podem ser injustas de duas maneiras: a concepção de interesse eqüitativo pode ser diferente para cada um dos membros e, ainda, o próprio grupo pode ser injusto para com indivíduos que não são membros do referido.

Deste modo, as responsabilidades associativas estão sujeitas à interpretação que a justiça vai dar, (no aspecto moral), para qualquer pessoa, no tocante a decidir quais são, de fato, suas responsabilidades associativas.

Dworkin mostra como e de que modo a obrigação política pode ser considerada associativa e, para ele, isto só será plausível se a estrutura geral das

²⁴⁸ DWORKIN. O império..., op. cit., p. 236.

obrigações associativas nos permitir explicar as condições que, sob nosso ponto de vista, tem de ser satisfeitas antes que se coloque a questão da obrigação política. Em última análise, a obrigação política é uma forma de obrigação associativa; logo, o juiz é um elemento próprio da estrutura associativa, já que desempenha papel fundamentalmente jurisdicional dentro do conceito de *jogo limpo*.

É difícil descrever as obrigações principais associativas no que respeita às comunidades políticas. Entretanto, é certo que a obrigação central é de fidelidade geral ao direito, obrigação que a filosofia política considera tão problemática.

Toda esta formulação vem de encontro ao argumento de que o direito tudo pode, pois se traduz em direito como integridade. Os juízes assumem o ideal de que o direito é estruturado com fulcro num conjunto de princípios (justiça, equidade, *procedural due process*) e, neste compasso, poderão, interpretar construtivamente o direito posto.

Na mesma esteira, Dworkin aceita que a exegese constitucional seja realizada pelo Poder Judiciário, mas que o direito não é aquilo que o tribunal diz que é, pois o magistrado poderia alterar sua decisão segundo o seu “café da manhã”. Como apontado na diferenciação feita entre os sistemas do direito, o controle da constitucionalidade anglo-saxão é concentrado, de modo que é aceitável o temor quanto à criação judicial por aqueles que estão inseridos no direito consuetudinário, posto que em nossa sistemática, seria até comum a alteração da norma constitucional por ente não eleito, que desempenha a tarefa de julgar de acordo ou conforme a regra constitucional.

O papel conformador do magistrado passa pela aplicação da idéia de integridade criada no sistema de contrato social, bem assim pela retribuição da legitimidade social recebida da sociedade, sob a forma de jurisdição constitucional.

8 O PODER “CRIADOR”

É possível notar que Dworkin é um dos que admite serem os princípios algo universal. O tratadista em apreço acredita no direito como viabilizador da democracia e transformador da sociedade. Neste diapasão, as decisões judiciais alternativas não são novidades para nosso sistema; ao se dar azo para o entendimento de que o sistema positivista e formalista não atende o clamor da sociedade moderna, dá-se vazão para que se estabeleça um possível conflito entre o conceito de formalismo e de positivismo. A leitura de uma norma positivada deve ser efetuada sob a égide do ordenamento central, de modo a dar vida à letra da lei fria.

Todo o juiz aplica a Constituição e deve respeitar os princípios inseridos na Carta Magna. Assim, Dworkin se enquadra como nome capaz de dar explicações aos fenômenos sentidos na releitura da codificação brasileira, a partir da inserção de cláusulas gerais. É inegável, o autor busca limitar o julgamento interpretativo quando traça uma linha (embora tênue) entre o interpretar e o inventar, entre o racional e o metafísico.

A interpretação construtiva é viável, porém jamais criadora, uma vez que não é papel do juiz a criação da norma, exceto em casos, como visto, de ausência legislativa ou inadequação técnica da norma infraconstitucional, a fim de se proporcionar proteção jurisdicional ao cidadão. Vivemos numa comunidade de princípios, como integridade, igualdade e direito; são estes princípios que buscam garantir uma segurança na decisão (muito embora esta seja artificial e utópica), porque na realidade brasileira, sobretudo tendo em vista o sistema romano aqui vigente, cada vez mais, afigura-se difícil encontrarmos um meio termo entre a segurança jurídica e a efetividade do processo para a proteção do direito material.²⁴⁹

Ronald Dworkin sustenta, inclusive, que a justiça é o fantasma do “indecidível”, pois ela nunca está presente, mas, para alcançar aquilo que temos

²⁴⁹ “O juiz mesmo quando livre, não é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavalheiro-errante, vagando em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. Deve deixar extrair sua inspiração de princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento de justiça espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada. Deve exercer uma discricção informada pela tradição, metodizada pela analogia, disciplinada pelo sistema e subordinada à necessidade primordial de ordem na vida social”. (CARDOZO apud CAMBI, 2003, p. 85). Ver também: AKEL, Hamilton Elliot. O poder judicial e a criação da norma individual. São Paulo: Saraiva, 1985.

como justo, devemos dar garantias procedimentais, de modo a justificar e legitimar a ação do magistrado. A chamada “originalidade judicial” evidencia-se quando as regras existentes são ineficientes ou ambíguas, dando azo para a discricionariedade judicial nos denominados *hard cases*. Para Hart, em ditos casos não existem discordâncias teóricas, mas apenas problemas semânticos, os quais estão relacionados à imprecisão dos termos (teor lingüístico). Katya Kozicki anota que Hart abriu as portas para a concepção hermenêutica do direito, haja vista a rejeição de um paradigma meramente observacional, na análise dos comportamentos que são governados por regras.²⁵⁰

Como o direito é uma relação de exterioridade, o chamado da justiça é sempre provocado por alguém, todavia, a resposta do direito é geral, sendo que este é muito maior do que aquela. Pela resposta contagiante, a justiça caminha do geral para o individual, por intermédio do direito, que é mito criado pelos homens. É como se houvesse um “direito além do direito”.

Todos nós temos que utilizar como princípio de limite da ponderação dos fatos, um balanceamento da situação posta em relação aos princípios da Constituição; devemos condicionar os direitos colocados em discussão, bem assim a conseqüente solução ao necessário diálogo travado entre a sociedade e as decisões judiciais. Em geral, afirmamos que o juiz deve legitimar suas decisões pelo fundamento que usa para o desfecho do caso; e, conforme esta linha de raciocínio, conclui-se que, mesmo diante da ineficiência do modelo legislativo, por determinação constitucional, o magistrado não poderá, de modo algum, permitir que o direito pereça.

A insuficiência do modelo legal abre oportunidade para a mediação que poderá ser desenvolvida pelo próprio juiz. O direito é uma mediação entre o poder e a cidadania, funcionando como um amortecedor social que não pode deixar de agir nas situações colocadas ao Poder Judiciário.

A legitimação de fato e formal se dá por intermédio da atividade jurisdicional fundamentada. Na medida em que o Poder Judiciário julga questões que a sociedade necessita e a faz entender o teor destas decisões, é correto asseverar, haverá a legitimação política do Poder; aliás, no que respeita a ele, é

²⁵⁰ KOZICKI, Katya H. L. A. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. 1993. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1993. 123 p.

possível detectar que, via de regra, não houve escolha pela maioria, tampouco qualquer manifestação democrática, ao revés do que se observa em outros modelos jurídicos.

O ponto de partida é o texto da lei, mas haverá uma construção a partir de um diálogo multidisciplinar, conforme declara Ronald Dworkin. Para ele, a atividade do juiz é social, visa aplicar conceitos como o da integridade e esta funciona como elemento orgânico de transformação da coletividade. Neste ponto, concluímos que, simultaneamente, o juiz é um ser social e político, capaz de julgar e legitimar sua decisão via fundamentação específica.

Registre-se que o julgador, conforme já revelado, é um ser social porque está inserido no bojo da comunidade que lhe “escolheu” e, ao mesmo tempo, político, posto que se manifesta como Poder do Estado.

Especificamente, eis que o direito como integridade pede aos juízes a assunção do ideal protestante de que o direito é estruturado sobre um conjunto coerente de princípios relativos à justiça, à eqüidade e ao *procedural due process*, obrigando o seu cumprimento. Tais princípios serão buscados na prática jurídica – no conjunto das decisões políticas coletivas – que os juízes interpretam com desiderato de, eles próprios, atingirem uma decisão, a qual se ajuste e se justifique na *praxis*.

Eis uma questão tremendamente intrincada: o poder criador das decisões judiciais. O posicionamento de Dworkin quanto a este assunto está explicitado mais abaixo, mas enquanto não o revelamos (aliás, não temos como esconder a refutação do autor no que tange à criação judicial), anote-se a teoria da “*luogos de lo razonable*”, de Luís Recaséns Siches, que pugna pela interpretação jurídica, sempre, mediante a consideração do que é justo. Nela, o “juiz deve, em todos os casos, interpretar a lei precisamente pelo modo que conduza à conclusão mais justa para o problema colocado perante sua jurisdição, pois o único método interpretativo válido e correto é o que vem da lógica do humano, do razoável”.²⁵¹

O ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira salientou que, segundo a mais conservadora tripartição dos poderes de Montesquieu, ao Judiciário restaria o papel de *boca que pronuncia as palavras da lei*; aliás, ressalte-se, foi a partir dessa concepção antiga que derivou a distorcida afirmação sobre o juiz atuar como servo

²⁵¹ SICHES, 1956, apud CAMBI, op. cit., p. 113.

da lei, servil à sua literalidade, cego às transformações sociais, surdo aos clamores por uma justiça mais concreta e adequada às exigências dos seus destinatários.²⁵²

É consabido que o Código de Napoleão, inspirador do nosso Código Civil de 1916, temia o magistrado, porquanto este demonstrasse estar intimamente comprometido com a realeza e seus impropérios. A tendência do Iluminismo era retirar a coerção e discricionariedade do juiz para que não houvesse perigo de retorno às idéias expressas pela Corte. Assim, o juiz era, como dizia Calamandrei, “acéfalo” e a ele somente estava permitida a dicção da lei de modo frio e técnico.²⁵³

Hoje, com o advento da nova técnica legislativa, temos a certeza de que Jerome Frank não se equivocou ao dizer que a solução adequada para um caso dependeria da pessoa do julgador, o qual deveria superar o anacronismo do direito escrito para buscar o “justo possível” dentro das técnicas e soluções pré-determinadas.²⁵⁴

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao suprir as deficiências legislativas, o magistrado não apenas está obrigado a interpretar, como também deve haver uma exegese e um sentido que ponderem e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas.²⁵⁵

Não se pretende com isto, afirmar que o juiz é legislador, mas, sim, responsável pela prolação da última interpretação ativa da norma aplicável ao caso concreto. Segundo esta perspectiva, Mauro Cappelletti escreveu o seguinte: Juízes Legisladores? Não há diferença ontológica entre a criação do Legislativo e do Judiciário, mas responde às causas do alargamento da criatividade judicial com a “revolta contra o formalismo”.

Para Enrico Túlio Liebman afigura-se como ilusória a idéia de que o juiz possa lidar com o direito, servindo-se exclusivamente do instrumental fornecido pela lógica dedutiva; com isso, acrescenta, cresce a responsabilidade do juiz, que tende a ser conservador.²⁵⁶

²⁵² TEIXEIRA, op. cit., p. 20.

²⁵³ CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 86.

²⁵⁴ FRANK apud BRUTAU, José Puig. A jurisprudência como fonte do direito. AJURIS, Porto Alegre, n. 5, p. 33-34, 1977.

²⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2. São Paulo: Atlas, 1980. p. 45.

²⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Túlio. A força criativa da jurisprudência e os limites pelo texto da lei. Revista de Processo, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 58, jul./set. 1986.

O supramencionado escritor sustenta que aos juizes se solicita que interpretem, esclareçam, integrem e transformem e, não, que criem *ex novo* direito.

Em seu parecer, Vera Karam Chueiri, analisando Dworkin em obra já referida, juizes (que realizam a fase pós-interpretativa na decisão) constroem regras (...) não anteriormente reconhecidas, não são eles livres no sentido em que o são os legisladores. Os juizes devem tomar suas decisões costumeiras apoiados em princípios e não em políticas; devem desenvolver argumentos acerca do porque as partes tinham, de fato, “novos” direitos e deveres jurídicos, os quais eles exigem que sejam cumpridos, quer no momento em que as partes agiram, quer em algum outro momento pertinente no passado.²⁵⁷

O Legislativo não necessita das razões de princípio – embora devesse fazer uso delas – para justificar as regras que elabora e decreta. Por isto, os juizes encontram-se numa posição diferente dos legisladores; suas decisões devem ser fundamentadas por princípios e não por políticas, sob a argumentação de que às partes preexistem direitos e deveres, decorrentes dos precedentes e da legislação, cujo cumprimento lhes cabe obrigar. As políticas se alteram na proporção dos ânimos (e ventos) que as conduzem, notadamente, na época de neoconstitucionalismo. Os direitos individuais consistem em objetivos políticos individualizados, enquanto os fins sociais constituem objetivos políticos não individualizados.

Em sentido amplo, Liebman é como Dworkin que declara ser uma conseqüência natural e não ficção, o fato de que a lei é eficaz e obrigatória, independentemente de uma sentença que lhe determine a aplicação, tudo sem olvidar que, segundo Savigny, “a consciência comum do povo é a fonte substancial do direito”.²⁵⁸

André Franco Montoro enfatiza que: “juiz não é mero aplicador mecânico das regras legais, mas um verdadeiro criador de direito vivo. Já os antigos observavam que o juiz é a justiça viva, em comparação com a lei, que é a justiça inanimada”.²⁵⁹

²⁵⁷ CHUEIRI, op. cit., p. 134.

²⁵⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Sistema del derecho romano. Atualização M. F. C. Savigny. Madrid: F. Gongora, 1878-1879. v. 1, § 7º.

²⁵⁹ MONTORO, André Franco. O problema das fontes do direito. Fontes formais e materiais: perspectivas filosófica, sociológica e jurídica. Revista de informação Legislativa, Brasília, n. 32, p. 7-12, out./dez. 1971.

A forma de aplicação do direito deve obediência aos conceitos de integridade e *jogo limpo*. O compreender direito pelo direito, é mero jogo de palavras. Isso é temerário, e manifesta apenas parte de um dano social, afinal, todos temos interesses que se vinculam ao direito, não só porque o usamos para os nossos próprios propósitos mas, também, devido ao fato do direito figurar como nossa instituição social mais estruturada e reveladora.

O direito, inequivocamente, é um fenômeno social que tem duas perspectivas, sendo uma delas externa e, outra, interna. Então, consigne-se que, a estrutura do argumento jurídico é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas do discurso legal, que não é totalmente recíproca.

Um destes exemplos de não reciprocidade com o mundo real foi o caso Elmer (já referido acima), onde tal rapaz assassinou o avô por envenenamento em Nova York, no ano de 1882. O assassino tinha ciência de que o testamento feito pelo avô, deixava-o com a maior parte dos bens; entretanto, ele desconfiava que o velho, que voltara a se casar, pudesse alterar aquele documento. O crime foi descoberto e o moço, condenado. A questão que se colocava era se a lei de sucessões autorizava a transmissão da herança, uma vez que nada havia na referida norma que pudesse impedir o jovem de receber seu quinhão. Na Corte composta por sete juízes, por incrível que pareça, houve voto divergente, que se apegava à literalidade da lei, desconsiderava a verdadeira intenção do legislador. No final, o homicida foi preso e nada herdou de seu avô.²⁶⁰

Ronald Dworkin acredita que o ordenamento jurídico é completo, sendo que o juiz não cria o direito, mas apenas o aperfeiçoa. A identificação dos direitos se prende ao argumento de princípio e ao argumento político (este, externado pela legislação posta). É nosso dever fazer atuante o direito nas sociedades complexas, torná-lo mais efetivo, isto com o propósito de dar atendimento ao princípio constitucional da efetividade da jurisdição.

Alguns filósofos do direito afiançam que as divergências teóricas sobre os fundamentos do direito devem ser um pretexto, pois o próprio significado do vocábulo “direito” faz o direito depender de critérios específicos. Existem teorias semânticas do direito, as quais pressupõem que os advogados e juízes usam

²⁶⁰ Cf. DWORKIN. O império..., op. cit., p. 20 e ss.

basicamente os mesmos discursos para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras.

John Austin, advogado e acadêmico inglês do século XIX, afirmava que uma proposição jurídica é verdadeira no interior de uma determinada sociedade política, desde que transmita corretamente o comando precedente de uma pessoa ou grupo que ocupe uma posição soberana em tal meio social.

Para Herbert Lionel Adolphus Hart, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas mas, fundamentalmente, devido às convenções sociais, que representam a aceitação pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas.

A título de ilustração, sabemos que na Escola do Direito Natural, a teoria mais radical ressalta que o direito e a justiça são idênticos, de tal modo que nenhuma proposição jurídica injusta pode ser verdadeira. No entanto, outras teorias menos radicais afirmam que a moral é, às vezes, relevante para a verdadeira oposição jurídica. Na Escola do Realismo Jurídico, rival do positivismo, assevera-se que o direito não existe, traduzindo-se, a grosso modo, naquilo que o juiz pensa ser o direito.

O que realmente interessa, é que no caso Elmer, os juízes Earl e Gray divergiram quanto ao conceito do direito. Quando os dois magistrados discordaram sobre a questão da herança do homicida, em realidade, estavam pensando em coisas diferentes ao afirmar o que é o direito, posto que estavam falando sem entender um ao outro. Embora haja dissensões na aplicação da lei pelo Judiciário, os cidadãos devem respeitá-la, uma vez a divergência sobre o conteúdo do direito é natural.²⁶¹

Para Dworkin, o juiz atua como um intérprete construtivista, ao contrário do legislador. A interpretação do julgador é derivada e suplementar e, portanto, autêntica no que tange ao caso concreto; logo, isso indica o pensamento dinâmico e moderno que deverá prevalecer na atividade do julgamento do direito.²⁶²

²⁶¹ Riggs vs. Palmer, 115. Nova York, 506, 22. N.E. 188 (1889) - CASO ELMER.

²⁶² “Precisamos começar a refinar a interpretação construtiva, transformá-la em um instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. Teremos de estabelecer uma distinção entre as três etapas da interpretação que apresentamos a seguir, observando como são necessários, em uma comunidade, diferentes graus de consenso para cada etapa quando se tem em vista o florescimento da atitude interpretativa. Primeiro, deve haver uma etapa “pré-interpretativa” na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da

9 A FORMULAÇÃO DA NORMA FUNDAMENTAL

Nós sabemos que a norma jurídica não corresponde ao texto literal. A bem da verdade, ela resulta da exegese feita pelo operador do direito. E mais: o objeto da interpretação não é exatamente a norma, mas um texto positivado, surgindo a “criação” do direito pelo processo de interpretação, segundo Hans Kelsen. Ao analisar esta colocação no capítulo correlato, chegamos à conclusão que, conquanto seja efetivamente utilizada a expressão “criação” do direito, esta se revela ligada à lide posta em juízo, de modo que a criação da norma específica para o caso concreto não se equipara à norma derivada do exercício da interpretação construtiva esposada no presente estudo.

Ao juiz não cabe a criação da norma sem qualquer base previamente definida, seja mediante argumentos constitucionais ou infraconstitucionais. Desta feita, depreende-se que a atividade suplementar da interpretação construtiva se vincula imediatamente aos princípios fundamentais.

O texto da norma jurídica não deve ser confundido com o texto da norma (*normtext*). Aliás, é com fulcro nessa norma jurídica formulada pelo tribunal que se alcança a decisão individual, ou norma da decisão (*entscheidungsnorm*), por intermédio da qual se põe fim ao processo.

Neste sentido, ao fazer uso de princípios para enquadrar o direito como integridade, Cristina Queiroz afirma que há um ciclo de realização do direito dividido em três momentos: o primeiro deles, consiste na determinação do texto da norma; segue-se à concretização da norma em sentido estrito; e, por derradeiro, a nova determinação do texto da norma.²⁶³

Apenas o “resultado” da interpretação se apresenta como norma jurídica. O que, diferentemente, caracteriza o “texto da norma” é sua validade. Esta consiste, de um lado, na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem com esta o seu comportamento e, de outro, na obrigação dirigida ao juiz – ou a toda

prática. ... Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. ... Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.” (DWORKIN, 2003, p. 81).

²⁶³ QUEIROZ, op. cit., p. 86.

autoridade habilitada a interpretar – de utilizar na sua integralidade os textos das normas jurídicas adequados ao caso particular e de trabalhar correctamente de um ponto de vista metódico. A normatividade apresenta-se como um “processo”, não como uma “qualidade” do texto. Ela não “é”. Ela “age”.²⁶⁴

A inclusão da norma constitucional derivada do diálogo entre os três “poderes”, representa que “os direitos fundamentais apresentam-se ou como “normas” ou como “princípios””, segundo depreende-se do pensamento expresso pela autora lusitana, embasada nos juízos explicitados por Ronald Dworkin e Müller. Destarte, deduz-se que é mediante o exercício da interpretação autêntica, feita pelos órgãos do Estado que são chamados a interpretar o direito, que nasce a interpretação vinculante; demais disso, acresça-se o seguinte raciocínio: com o exercício interpretativo realizado pelos juízes e tribunais, confirma-se a tese de que a norma pertence ao sistema jurídico e dele renasce.

9.1 PRINCÍPIOS, REGRAS E VALORES

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa no tocante às regras, é um dos símbolos do pós-positivismo. Os princípios não são regras, comandos imediatamente descritivos de condutas determinadas, mas disposições que consagram e trazem consigo valores fundamentais e públicos.

Na interpretação judicial pós-positivista é possível dizer que as leis infraconstitucionais são meras regras, ao passo que as normas constitucionais definem conceitos de justiça e expressam valores ligados aos bens mais importantes de um povo, em determinado Estado e tempo. As normas derivadas da Lei Maior representam e constituem princípios, uma vez que não se esgotam, a exemplo das regras, pela descrição de determinada situação. As normas constitucionais revelam valores de ordem pública que se constituem a própria ordem jurídica.²⁶⁵

²⁶⁴ QUEIROZ, op. cit., p. 87.

²⁶⁵ Citando Dworkin, Habermas e François Ost, Cristina M. M. Queiroz revela a seguinte lição: “E ainda que não possamos sem mais fazer equivaler a diferenciação entre *principles* e *policies* à distinção entre o poder judicial e o poder legislativo, é justo concluir que, para Dworkin, os princípios jogam um papel significativo em relação à função judicial. Como normas regulam uma matéria no interesse (igual) de todos. Como valores constroem – na relação e configuração com outros valores – uma ordem simbólica transitiva que postula uma identidade ou “forma de vida” de uma comunidade

Os princípios verificados no pós-positivismo jurídico são expressos pelas normas que, segundo Alexy, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao contrário das regras, as quais são normas que podem ou não ser cumpridas, posto que válidas quando de acordo com a Constituição. Por derradeiro, a ideiação de que as regras contêm determinações em um âmbito fático e juridicamente viável; em contrapartida, os princípios podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas.²⁶⁶

Neste quadrante, os princípios que regem todo o sistema jurídico podem colidir, porque dinâmicos e a reclamarem, logicamente, uma decisão judicial que colocará em xeque as disposições constitucionais. Aqui, haverá colisão de direitos fundamentais sempre que o juiz estiver diante de um *hard case*, conforme opina Dworkin, e sua atividade decisória deverá se apoiar na ferramenta principiológica da proporcionalidade. Aliás, a sua aplicação somente será lícita quando não houver outra forma de decisão, senão o cotejo de dois princípios constitucionalmente erigidos e em direções opostas.

Para Alexy, como os princípios representam um “mandado de otimização” e a regra de ponderação é um meio imprescindível para a aplicação no caso concreto, será o juiz quem deverá tomar posição frente aos conflitos faticamente estabelecidos. Neste contexto, considerar-se-á o “peso” de cada princípio em colisão, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Anteriormente, já falamos sobre a colisão entre o direito do réu em face do direito ventilado pelo autor em processo judicial, de modo que devemos ter em mira a jurisdição, significando a atividade do Estado destinada à resolução de conflitos para ambos os litigantes²⁶⁷, em busca, na medida do (im)possível, do fim da “litigiosidade remanescente.”²⁶⁸

Outrossim, falamos acima a respeito do direito à tutela jurisdicional efetiva para o autor e réu. Nesta trilha, é conveniente registrar que o réu tem direito à defesa, o qual poderá ser limitado ou não, segundo as regras processuais abertas, e, ainda, é passível de ter a seu favor direito fundamental que justifique, por exemplo, a dilação probatória ou de prazo, ou, declaração de indefesa provinda de

jurídica particularizada. A “clausura” e o “determinismo” cedem o passo à inventividade controlada de um “novo” “discurso jurídico”, “radicalmente hermenêutico”. (2002, p. 75).

²⁶⁶ ALEXY, op. cit., p. 88.

²⁶⁷ Idem, p. 87.

²⁶⁸ QUADROS, Noeval de. Palestra proferida na Escola da Magistratura. Curitiba, out. 2005.

juiz quando se verificasse a inaptidão técnica do advogado nomeado para o caso (*ad hoc*).

No conflito de regras ocorre, por vezes, o problema de validade; já na hipótese de colisão de princípios, a questão é de peso.²⁶⁹

Oportuno evidenciar que o papel do Poder Judiciário, hodiernamente, encontra-se em debate. Um novo modelo de juiz deve ser forjado, isto devido à ocorrência de recentes alterações legislativas e sociais, sem esquecer que a mudança de postura carece da provocação sábia e bem intencionada de advogados, pois conforme já nos rememorou o ministro aposentado Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a aplicação das cláusulas gerais que dão vida aos princípios depende, também, do trabalho desenvolvido no processo pelo procurador judicial das partes, fornecendo elementos do caso, dados de fato, princípios de direito aplicáveis, valores aceitos na comunidade, entre outros.

É a partir dos elementos de concreção para a aplicação dos princípios constitucionais que o juiz estabelecerá a norma de conduta aplicável ao caso e decidirá, segundo boa e razoável fundamentação, pela aplicação de um e não de outro princípio constitucional. Tais ferramentas serão explicitadas sumariamente mais adiante, com a ciência de que todo magistrado deverá, em face da abertura do sistema, controlar a constitucionalidade da lei e definir qual é o princípio privilegiado em determinada causa e momento.

De acordo com a preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana sobre os demais, este deverá ditar as condutas positivas que deverão ser adotadas pelo Estado (no sentido de dar efetiva proteção aos outros direitos fundamentais), sendo que na ausência da proteção do Estado-Legislador, deverá suplementarmente, o Estado-Juiz, tomar conta da proteção inadequada ou ausente.²⁷⁰

Completa a argumentação, Ingo W. Sarlet:

De outra banda, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna.²⁷¹

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Tankin rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 72.

²⁷⁰ SARLET, op. cit., p. 122.

²⁷¹ Idem, p. 123.

Quando se faz referência à função instrumental do princípio, dá-se ensejo à interpretação de que o instrumento colocado em evidência está especialmente destinado a dar vida aos direitos fundamentais não atendidos, sob a forma de processo decorrente da jurisdição constitucional.²⁷²

No direito, os princípios podem ser vistos como *standards* juridicamente vinculantes, baseados na idéia de direito ou nas exigências de justiça; conseqüentemente, eis que se presume que o processo que contém cláusulas gerais deve sempre ser por eles guiados.²⁷³

Assim, em síntese, a dedução de que os princípios têm grau de concretização maior do que os valores, possuindo uma ordem de otimização. Também é certo que os valores contêm um sentido teleológico (noções sobre sua finalidade), na medida em que os princípios têm sentido deontológico (parte da Filosofia que estuda os fundamentos e a moral). Eles vinculam seus destinatários, mas os valores têm natureza intersubjetiva compartilhada, ou seja, expressam o caráter preferencial de bens.²⁷⁴

As regras jurídicas, as quais diferem dos princípios, são basicamente detentoras de normas de conduta, isto é, caracterizam *facti specie* determinado. E mais: nas regras clássicas se aplica a subsunção e, nos princípios, a ponderação.

As regras jurídicas são sempre explícitas, mas os princípios podem ser implícitos, não escritos e, até, derivados. Finalmente, não podemos aceitar conflitos entre regras e princípios, na medida em que aquelas devem apresentar sintonia com estes, pois as regras devem concretizar princípios.

As normas e regras jurídicas devem conter as razões positivadas dos princípios, posto que a elas devemos dar interpretação muito mais voltada ao argumento valorativo do que ao senso semântico normativo.²⁷⁵

²⁷² Segundo Luiz Guilherme Marinoni: A compreensão do direito de ação como direito fundamental confere ao intérprete luz suficiente para a complementação do direito material pelo processo e para a definição das linhas desse último na medida das necessidades do primeiro. Ou seja, a perspectiva do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional permite que o campo da proteção processual seja alargado, de modo a atender a todas as situações carecedoras de tutela jurisdicional. Ao mesmo tempo, esse ângulo de análise é capaz de viabilizar uma adequada relação entre os vários aspectos do processo e as necessidades de tutela material. (2004, p. 30).

²⁷³ CAMBI, op. cit., p. 108.

²⁷⁴ ALEXY, op. cit., p. 89.

²⁷⁵ Cf. Robert Alexy: Ciertamente es muy tentador incluir en la norma todos los argumentos – o, al menos, los decisivos – de una interpretación, pues así, ésta puede ser presentada como expresión de una vinculación normativa estricta. Pero, con ello, poco es lo que se gana. Para el ideal del Estado de derecho ha de ser más útil una clara separación entre aquello que un legislador ha impuesto

Ronald Dworkin ao levar em conta o cotejo entre a “vontade” da norma, suas razões e a forma de interpretar os princípios que incidiram diretamente na edição dela, revelou que ao interpretar, o exegeta sempre adiciona algo à obra do legislador, de modo que a hermenêutica adquire a sua essência construtiva pelas mãos daquele que lida com a interpretação jurídica.²⁷⁶

Na lição de Cristina Queiroz, a existência de uma “teoria política normativa”, no sentido empregado por Dworkin, reflete um esquema interpretativo destinado a evitar a “petrificação” da exegese constitucional e tal propósito já foi objeto de julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão no que concerne à concretização e realização dos direitos e liberdades fundamentais.²⁷⁷

Tal aspecto de mobilidade entre os princípios constitucionais acabou proporcionando uma série de obstáculos para a atividade judicial, na medida em que as colisões entre princípios, inadequação de normas materiais e processuais e, até, a ausência delas no caso concreto exigiram do intérprete final, o juiz, uma ponderação principiológica para dirimir a questão.²⁷⁸

Aliás, anote-se, quando falamos em colisão, há referência direta à abertura do catálogo dos direitos fundamentais, sendo as cláusulas gerais constitucionais provenientes do pluralismo jurídico.

como norma y aquello que un intérprete presenta como razones para una determinada interpretación, que una finalidad a la ley creada a través de una definición del concepto de norma. (2002, p. 78).

²⁷⁶ DWORKIN. O império..., op. cit., p. 82.

²⁷⁷ QUEIROZ, op. cit., p. 66.

²⁷⁸ BVerfGE 27, 71.

10 A COLISÃO NAS MÃOS DO PODER JUDICIÁRIO

Diante da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, temos que, em muitas ocasiões, o juiz, como intérprete final dos princípios constitucionais, estará diante de uma necessária ponderação entre direitos fundamentais conflitantes e postos em jogo pelas partes em processo judicial. A respeito, usamos, antes, o exemplo dos direitos fundamentais entre autor e réu.

Outro caso neste sentido, é encontrado quando dentro de um processo (entendido como *status processualis positivo*) o magistrado se depara com a ausência de norma capaz de dar efetividade à jurisdição, que foi lida em face do direito material em tela. A atividade judicial dentro do processo não é mero cumprir de formalidades, visto que será o juiz o responsável pela justa decisão embasada nos elementos trazidos pelas partes ou mesmo por ele requisitados.²⁷⁹

Em ditas situações, com mais sensibilidade, o julgador deverá ponderar algo mais que direitos fundamentais postos em juízo; deverá entender o motivo e a função da jurisdição constitucional e agir positivamente para proteger o direito fundamental primeiro – dignidade da pessoa humana – e, assim, ler o processo.²⁸⁰

Diante da ausência de norma processual adequada ou simplesmente inexistente, o juiz deverá dar a resposta estatal com fulcro no princípio da proibição de insuficiência e atender o chamado do cidadão em juízo para proporcionar a efetividade da sua decisão em dois planos: primeiro, no plano processual cognitivo, interpretando a norma inadequada ou ausente, segundo os princípios de justiça fundamental conforme a Constituição Federal, realizando uma interpretação construtiva e formando a norma processual adequada ao caso concreto e carente de normatividade prévia adequada; em segundo plano, o juiz deverá dar efetividade à sua decisão pelo procedimento mais idôneo e optar pela mais adequada à luz do

²⁷⁹ Ao decidir pelo julgamento técnico, em várias ocasiões o julgador rejeita o fato que a prova é fraca por causa de sua pseudonegligência ao instruir o feito. Deveria observar que o processo tem natureza pública e exige atividade julgadora ativa intraprocessual, de sorte que ao julgador caberá o dever de melhor instruir o feito, reinquirindo pessoas, determinando provas de ofício e buscando a verdade substancial para a justa composição da lide em busca da justiça do caso concreto. (HENRIQUES FILHO, 2005, p. 6-20).

²⁸⁰ Häberle revela que o *status activus processualis* ordena a adequação de meios, garantias processuais para a defesa e proteção jurídica acrescida da ausência de lacunas desses direitos e liberdades no seu conjunto. Este pensamento que dá origem à vocação moral do cidadão que está na origem do modelo regras/princípios/procedimentos defendido por Alexy e Canotilho. (Apud QUEIROZ, 2002, p. 77 e ss.).

direito material em evidência, bem como procurará determinar a medida menos gravosa ao réu, considerando o grau de intervenção e a proteção estatal.

Destarte, em última análise, a execução da medida judicial deverá ainda atender os ditames constitucionais superiores e atentar para a tendência de quebra do princípio da tipicidade executiva ditada pela cláusula geral processual esculpida no artigo 461 do Código de Processo Civil e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, matéria que será abordada a seguir.

Ao retornar à necessária ponderação, verificaremos que o meio mais adequado para resolver a questão dos conflitos entre princípios, é a aplicação do “princípio da proporcionalidade”.

Se aderirmos à teoria da aplicação imediata dos princípios constitucionais fundamentais, como defendida por parte da doutrina, veremos que a aplicação de tal princípio como ferramenta para decisão, é imprescindível. Caso, esposemos a tese da aplicação mediata, poderemos até utilizar o uso das aberturas das cláusulas gerais para aplicar o direito fundamental mais adequado ao caso concreto posto em juízo.²⁸¹

De qualquer forma, tangenciando a discussão da aplicabilidade direta ou indireta dos princípios constitucionais, observamos que a maioria dos casos acaba realmente chegando ao Poder Judiciário, de maneira que a ponderação entre valores, princípios constitucionais e normas é, basicamente, atividade judicial fulcrada no princípio da proporcionalidade, destinada ao fechamento da questão.

Para Alexy, criador da expressão acima empregada, embora não possam ser rigidamente hierarquizados, os princípios que embasam a teoria dos direitos fundamentais podem ser colocados em ordem, mediante uma relação de prioridade.

Não há uma hierarquia que possa ser revelada com segurança para o aplicador do direito. Ao resolver pela aplicação de um direito fundamental, indubitavelmente, não estará o julgador extinguindo ou anulando outro, que foi preterido. Em realidade, estará optando, justificadamente, pelo princípio que em tal

²⁸¹ Em pensamento contrário, Naranjo De La Cruz anota a posição de HESSE (Verfassungsrecht und Privatrecht) sobre o manejo e trato dos direitos fundamentais nas relações privadas pelas mãos dos tribunais: “Dejar en manos de los jueces la difícil tarea de ponderar y resolver las situaciones de conflicto entre derechos fundamentales resultaría, pues, a juicio de este setor doctrinal, difícilmente compatible con el deber del Derecho privado de satisfacer las exigencias del Estado de Derecho, al faltar en este caso la seguridad jurídica necesaria, que tan importante resulta para el desenvolvimiento del tráfico jurídico.” (2000, p. 179).

situação venha a ser decisivo para a justa decisão da causa. É inaceitável uma teoria que possa dar uma única solução correta a cada caso; neste sentido, haverá, com certeza, a colisão de princípios em diversas situações fáticas e a única saída para o julgador, será controlar a racionalidade da argumentação capaz de fazer valer um princípio em face de outro, especialmente na prestação jurisdicional resultante do balanceamento dos direitos fundamentais.

11 ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os sistemas jurídicos são construídos, basicamente, sobre princípios, que consistem em enunciados com carga valorativa, são normas jurídicas com alto grau de abstração.

Circunstâncias concretas, todavia, permitem a colisão de princípios fundamentais, um contendo uma proibição de algo, enquanto que o conteúdo de outro princípio contém em seu bojo, alguma permissão.

Eles apresentam, portanto, diferentes pesos e, para sua solução, inevitavelmente, deverá ser estabelecida uma relação de precedência. Ou seja, um determinado direito prevalecerá sobre o outro no momento da concreção, a qual se realiza pelas mãos do julgador.

Todavia, do ponto de vista jurídico, não existe hierarquia entre esses princípios, pois, cada um cumpre uma função diferente. Em assertiva de Robert Alexy “uno de los dos principios tiene que ceder ante al outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que em el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro”.²⁸²

Assim, a solução deste conflito de direitos se dará por meio de um juízo de ponderação sobre os valores ou interesses, de modo a atingir uma conclusão, sacrificando o mínimo de cada um dos direitos.

Não se fala, portanto, em desprezar ou aniquilar um dos princípios, mas em precedência, prestigiando a realização de ambos. Dessa ponderação, provém a relevância do princípio da proporcionalidade, como meio equacionador da colisão entre os direitos a ser utilizado pelo operador do direito.²⁸³

A noção sobre o princípio da proporcionalidade não é recente, tendo se aperfeiçoado no transcorrer dos movimentos históricos, baseando-se no ideal de limitação do poder monárquico absoluto e do poder de polícia do Estado, como vimos no início deste escrito.

²⁸² ALEXY, op.cit., p. 89.

²⁸³ Cf. Jürgen Habermas, “no conflito de princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo “tudo ou nada”. É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar. Um princípio passa à frente de outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos estabelece-se entre os princípios uma ordem de transitiva sem que isso arranhe sua validade. (Apud CAMBI, 2003, p. 110).

Entretanto, a premissa básica do princípio da proporcionalidade surge do Direito Administrativo, como forma de controle, de limitação do Poder Executivo, evitando a arbitrariedade.

Surge, então, em decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, como forma de controle do excesso de poder, mesmo porque, na monarquia absoluta, a vontade do rei era absoluta e seu poder ilimitado, não se submetendo a um controle.

Assim sendo, é preciso compreender o desenvolvimento do princípio, ligado à evolução dos direitos e garantias da pessoa humana, e que teve por base, principalmente, as concepções filosóficas *iusnaturalistas*, cuja origem remonta à Inglaterra, durante os séculos XVII e XVIII.

Nesta ordem, imprescindível a análise da evolução deste princípio na Europa Continental, abrangendo as concepções formuladas na França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, bem como na América, em particular, Estados Unidos e Argentina.

A França, em sua Constituição de 1791, destituindo o poder da monarquia absolutista, consagrou o princípio da legalidade, firmando a superioridade da lei, atribuindo força ao Parlamento.

Inicialmente, os franceses não previam, expressamente, o princípio da proporcionalidade, limitando sua preocupação ao controle dos atos de polícia, ou seja, à limitação da atuação discricionária da administração.

A primeira manifestação concreta acerca da aplicação do princípio, surgiu nos anos 70, quando, a jurisprudência, no tocante às medidas restritivas de direito, “consagrou a necessidade de ponderação das circunstâncias do caso concreto frente aos interesses enfrentados”, utilizando-se da técnica de custo-benefício.²⁸⁴

O desenvolvimento deste princípio no direito francês, ficou estritamente vinculado ao campo do Direito Administrativo.

Na Alemanha, dito princípio, igualmente, ganhou desenvoltura na esfera do Direito Administrativo, cingido ao poder de polícia, estendendo-se, posteriormente, ao âmbito constitucional, notadamente aos direitos fundamentais.

²⁸⁴ STUMM, Raquel Denize. Princípio da constitucionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 42.

Para os alemães, mostrava-se imprescindível a limitação do Poder Legislativo, de modo a não exceder na sua liberdade de intervenção, criando restrições abusivas aos direitos fundamentais.

Os germânicos, previram, ainda, que o controle do excesso legislativo deveria dar-se sob três vertentes: necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva.

A Itália, igualmente, demonstrou preocupação no tocante à aplicação das leis arbitrárias, seja porque feriam o princípio da legalidade, ou, porque estavam desvinculadas da atividade constitucional previamente estipulada para o ato.

Os italianos expressaram preocupação quanto à proteção dos direitos fundamentais, controlando a atividade legiferante, verificando se a referida era razoável para com os princípios consagrados na Carta Constituinte, bem assim se a limitação era idônea.

A Espanha, agregando o entendimento da doutrina alemã, construiu o princípio da proporcionalidade sob o Direito Administrativo, como forma de “limitação à intervenção administrativa sobre as esferas jurídico-privadas”²⁸⁵, aplicando-o, também, ao controle de constitucionalidade, sem, contudo, positivá-lo.

Atualmente, os espanhóis elevaram o princípio à categoria de princípio geral de direito, atendendo aos reclamos da doutrina e jurisprudência, prevendo, assim, a possibilidade de exame, pelo Judiciário, dos atos estatais que se apresentam desnecessários, inadequados ou desproporcionais.

Por fim, destaca-se Portugal que, igualmente, vem sofrendo grande influência do direito alemão ao admitir a utilização do princípio da proporcionalidade, apesar de inexistir expressa previsão a respeito no seu ordenamento.

Nos Estados Unidos da América, por intermédio das Constituições das Colônias, houve previsão de que as leis deveriam ser razoáveis, o que, então, serviu de influência para o controle sobre os atos do Parlamento.

E, após o célebre caso *Marbury x Madison*, julgado em 1803 pela Corte Americana, ocasião em que afirmaram os direitos naturais, o sistema norte-americano tem buscado conter os atos arbitrários do legislador, por meio do critério da razoabilidade, que está intimamente ligado à cláusula do *due process of law*.

²⁸⁵ STUMM, op. cit., p. 51.

É relevante que se diga que tal expressão está ligada a um *standart* jurídico, uma vez que verifica a racionalidade e a razoabilidade dos atos, observando a finalidade para a qual a lei foi produzida.

Sobre este assunto, Raquel Denize Stumm comenta que:

Nos Estados Unidos, por outro lado, ocorre um desenvolvimento jurisprudencial que admite o controle da lei pelo Judiciário. A fim de coibir o arbítrio do legislativo, a jurisprudência americana elabora *standards* jurídicos (Dantas, 1953, p. 40), em especial o *due process of law*, que veicula uma "limitação constitucional dos poderes do Estado."²⁸⁶

O conteúdo do *due process*, por ser necessariamente aberto, serviria como instrumento de avaliação da constitucionalidade das leis, aplicando-se a regra da razão.

Isso, possibilitou aos juízes, o controle da razoabilidade e racionalidade das leis, aferindo se estas mantêm proporção ou equilíbrio.

A Argentina, tem adotado o princípio da proporcionalidade, reconhecendo a necessidade de controle das restrições legais, e procedendo um juízo sobre a conciliação da valoração técnico-social em relação à valoração jurídica.

O princípio da proporcionalidade apresenta variantes terminológicas, destacando-se, dentre eles, a razoabilidade.

Os Estados Unidos da América e o Supremo Tribunal Federal são alguns dos que se utilizam desta terminologia, ou seja, fazem uso da razoabilidade como reivindicação de racionalidade.

Já, a Alemanha, utilizou largamente a expressão "proibição excesso" como função de bloqueio, impedindo a ocorrência ações estatais arbitrárias.

Entretanto, a despeito destas variantes terminológicas, é viável definir o princípio da proporcionalidade como um postulado que visa solucionar conflitos, controlar as atividades legislativas, equacionando a colisão entre os princípios fundamentais.

Segundo Luiz Roberto Barroso, a doutrina nacional e europeia não faz distinção entre os termos "princípio da proporcionalidade e razoabilidade". O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. Destarte, é razoável que esteja conforme a razão,

²⁸⁶ STUMM, op. cit., p. 151.

supondo-se, em tal contextura, equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.²⁸⁷

Busca, assim, auxiliar o operador do direito na ponderação dos valores, os quais, deverão prevalecer no caso concreto, impedindo o abuso no exercício da função legislativa.

Em oportuna lembrança manifesta por Suzana de Toledo Barros:

A exigência de uma ponderação de interesses em conflito, como demonstrar-se-á, requer do legislador uma tarefa de concordância prática, entre os direitos em jogo, de maneira a impedir o sacrifício de um em relação ao outro. Nesse delicado procedimento, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes.²⁸⁸

11.1 OS SUB-PRINCÍPIOS QUE INTEGRAM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A concepção do princípio da proporcionalidade alberga três sub-princípios, ou elementos, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal concepção estrutural de tríplice manifestação é oriunda do sistema alemão.²⁸⁹

A adequação, também denominada de idoneidade, consiste em averiguar se o meio escolhido é apropriado para alcançar o objetivo perseguido.

Em outras palavras, por intermédio da adequação, viabiliza-se a averiguação quanto à aptidão de uma medida necessária para atingir o fim pretendido; lógico, isso implica na verificação de causalidade entre o meio utilizado e o fim perseguido, constituindo-se em um juízo de conformidade.

Ao discorrer acerca do desdobramento do princípio da proporcionalidade e, mais especificamente, acerca do princípio da adequação, Raquel Denize Stumm, citando Canotilho, comenta:

²⁸⁷ BARROSO. *Interpretação...*, op. cit., p. 219.

²⁸⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 28.

²⁸⁹ Idem, p. 75.

À medida que pretende realizar o interesse público deve ser *adequada* aos fins subjacentes a que visa concretizar. O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender a “relação de adequação medida-fim”, pressupõe a investigação e prova de sua *aptidão para* e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção.²⁹⁰

A necessidade dá a idéia de que a medida restritiva deve ser indispensável, estritamente necessária para a conservação do direito e não pode ser substituída por outra; tal precisão é aferida pela intensidade e indispensabilidade que a medida representa. Assim, o meio utilizado deve ser o menos oneroso ao réu.

Segundo João Batista Lopes, a efetividade da tutela jurisdicional não deve ser vista exclusivamente sob a perspectiva do autor mas, também, da do réu, uma vez que a ação, garantia constitucional, tem caráter bilateral.²⁹¹

Por outro lado, a proporcionalidade em sentido estrito, igualmente entendida como juízo de conformação, constitui na ponderação entre os ônus impostos pela medida e o benefício por ela trazido.

A relação entre o meio, o sacrifício imposto por uma intervenção e o fim almejado, deve ser proporcional; demais disso, graças à nova modalidade legislativa das cláusulas gerais, tal ferramenta encontra-se nas mãos dos julgadores.

Sobre este assunto, Eduardo Slerca comenta: “E ainda que o meio seja adequado e seja ademais o menos gravoso possível, é de se avaliar se a natureza e a extensão do sacrifício a ser imposto guardam correlação com a natureza do bem a ser protegido”.²⁹²

Vale acrescentar que alguns doutrinadores entendem que o princípio da proporcionalidade deve ser equacionado sob dois enfoques: o do meio mais idôneo e a menor restrição possível do direito. Dessa maneira, haveria a adequação entre o meio e o fim. Dentre aqueles que adotam dita sistemática, inclui-se Karl Larenz, que, em sua obra “Metodologia da Ciência do Direito”, explica o princípio da proporcionalidade como a adequação entre o meio e fim, do “meio mais idôneo” ou

²⁹⁰ BARROS, op. cit., p. 79.

²⁹¹ LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 137.

²⁹² SLERCA, Eduardo. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 132.

da “menor restrição possível” do direito ou bem constitucionalmente protegido que, no caso concreto, tem de ceder perante outro bem jurídico igualmente protegido.²⁹³

É conveniente observar a distinção feita por Barroso quando indica a existência de uma razoabilidade interna, que deve ser aferida dentro da lei, mantendo uma relação racional entre seus motivos, meio e fins. A razoabilidade externa se dá quando há adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional.²⁹⁴

11.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

No Brasil, não existe norma constitucional que consagre, expressamente, o princípio da constitucionalidade, sendo o referido aceito como princípio implícito em nosso ordenamento jurídico. Dessa feita, manifesta a ilação de que estaria fundamentado assim, no Estado Democrático de Direito.

De outra sorte, importante registrar que Suzana de Toledo Barros, sustenta que o princípio da proporcionalidade deriva dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito, e é “haurido”.²⁹⁵

Contudo, a despeito desta ausência de expressa previsão, inexistente obstáculo para a sua aplicação; neste contexto, o sistema propõe, como forma de controle, a aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando-se a relação entre a carga de restrição e o resultado.

Nesta seara de atuação, exige-se que o legislador mantenha observância quanto à adequação da medida restritiva ao fim ditado pela lei e à necessidade da restrição, com o fito de garantir a efetividade do direito.

Ao Poder Judiciário incumbiria, então, avaliar a atuação do Poder Legislativo, na função de controlar os atos normativos, graduando os valores envolvidos.

²⁹³ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 603.

²⁹⁴ BARROSO. Interpretação..., op. cit., p. 221.

²⁹⁵ BARROS, op. cit., p. 212-213.

O Poder em tela tem destacado papel no controle dos atos normativos, cabendo a ele utilizar-se do princípio da proporcionalidade como meio técnico-jurídico para avaliação do excesso legislativo.

Todavia, quando se trata de um sistema aberto, composto de cláusulas gerais, onde nem tudo estará vinculado, não se fala de excesso ou omissão legislativa.

Nestas hipóteses de cláusulas abertas, em que não há uma definição específica do seu conteúdo mas, apenas, uma referência genérica à individualização da tutela, a lei acaba por permitir um juízo eminentemente valorativo, e o juiz atua com maior liberdade.

Porém, o julgador, ao aplicar uma medida que entende adequada, acaba por atingir outros bens, igualmente protegidos, obrigando-se a utilizar o critério da proporcionalidade, avaliando as circunstâncias, de acordo com a hipótese em estudo, ponderando os bens em jogo e considerando as vantagens e desvantagens que a medida a ser aplicada causará, de modo que, a opção adotada seja mais vantajosa do que o prejuízo decorrente da limitação.

12 AS CLÁUSULAS GERAIS

As cláusulas gerais são compreendidas como uma novel modalidade legislativa, a qual impõe o preenchimento de suas lacunas pelo juiz, como se considerássemos a norma jurídica oriunda do exercício da interpretação e corolária da “atividade judicial criadora”.²⁹⁶

Com o advento do novo Código Civil e das reformas sofridas pelo Código de Processo Civil, a presença de um método eficaz para a socialização do Poder Judiciário se torna exigência legislativa obrigatória. As cláusulas gerais, ou, de conteúdo indeterminado, proporcionam a necessária coexistência entre o texto legal e as práticas sociais.

O surgimento das cláusulas gerais no texto do Código de Processo Civil, em especial, nos artigos 915, 461, 273 e 285 – A, esta última introduzida pela Lei n.º 11.277, datada de 7 de fevereiro de 2006, e em muitos outros, conferem ao operador do direito uma série de dificuldades no momento da exegese e da aplicação da nova modalidade legislativa. Para o julgador, surge a responsabilidade de adequar o modelo aberto à realidade de cada caso, sempre buscando interferir na realidade dinâmica dos fatos e atos jurídicos, bem como na verificação da prova judicial. Com a amplitude de medidas e interpretações construtivas, conseqüentes do novo sistema, sugere o legislador uma forma de modernizar o corpo de normas civis e processuais, adequando-as à realidade por intermédio da concreção.

Ao parafrasear o saudoso professor Miguel Reale, em homenagem aos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, citamos, nesta fase, somente alguns artigos de conteúdo aberto, quais sejam: 113, 187, 422, 421, 423, 575, 720, 1.238, 1.239, 1.240, 1.242, 1.228, todos do Código Civil, anotados pelo codificador-reformador, conforme seu pronunciamento na Academia Paulista de Letras, em 29.11.2001.²⁹⁷

²⁹⁶ Ver ainda: HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. A cláusula geral específica da inversão do ônus da prova e seu momento processual de efetivação. 2003. *Monografia de conclusão de curso (Especialização em Responsabilidade Civil e Consumo)* - Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, Curitiba, 2003.

²⁹⁷ Sobre a boa-fé no contrato, segundo Paulo Roberto Ribeiro Nalin na obra, *Responsabilidade Civil: Descumprimento do Contrato e Dano Extrapatrimonial*, nosso dispositivo legal se inspirou no § 242 do BGB. (NALIN, 1996, p. 140).

No entanto, o mencionado saudoso cultor do direito deixou de precisar onde ou como serão aplicadas as disposições legais, dando ensejo, inclusive, a um possível descompasso entre a intenção da norma (fonte legislativa inicial) e a sua interpretação pelas mãos do julgador.

Tal hipótese pode até trazer uma seqüência de questionamentos e indefinições para os juristas, que sem saberem qual será o destino tomado pelo julgador, sequer poderão prever o desfecho de uma questão posta em juízo.

A idéia de cláusula geral não é muito recente, mas dentro do cenário brasileiro jamais foi tão longe sua implementação legislativa e sua força de incidência processual; aliás, como ferramenta de implementação da eficácia dos direitos fundamentais dentro do processo civil, tampouco foi abordada.

A utilização das cláusulas gerais processuais está inserida na idéia de jurisdição constitucional e é corolária do neoconstitucionalismo e da supremacia dos direitos fundamentais, haja vista o vigente ordenamento infraconstitucional. O processo que segue a jurisdição constitucional deverá ser controlado e conformado de acordo com a ordem suprema, de modo que a aplicação das normas de conteúdo indeterminado seguirá, também, os princípios constitucionais maiores.

Na medida em que o legislador abre a discussão sobre a forma de composição e integração da norma aberta em relação à realidade dos autos, está claramente fazendo uma opção pela modernização do corpo normativo, sem, contudo, dar ao julgador e intérprete, o *status* de criador.

E mais: o juiz não estaria criando porque concentraria sua tarefa na abertura conscientemente proporcionada pelo efetivo e real criador da norma (do certo ou errado), qual seja, o legislador ordinário.

O texto legal, fazendo com que a norma aberta possa se amoldar à vida cotidiana por muitos anos, sem a necessária modernização do texto jurídico positivado, já abarca uma forma especial de agir, conforme sonhavam seus idealizadores. O conceito de justiça, equidade, *procedural due process* e integridade dão o colorido e complemento a esta questão recentemente acrescida ao imaginário forense.

Todas estas amplitudes de disposições devem ser aplicadas de forma serena, pois, a abertura do sistema interpretativo, como nova modalidade de legislar, confere amplos poderes aos julgadores, posto que remete a eles a

aplicação e integração de terminologia positivada, a exemplo de: “quando julgar necessário”; “a critério do juiz”; “meio mais adequado”; “poderá dispensar a citação”: “é facultado ao juiz”, entre outros termos já conhecidos.

Estas cláusulas de conteúdo indeterminado ou aberto são reflexos do Estado que agora defere ao julgador a adequação do processo como meio mais idôneo e adequado à realidade das partes, tudo sem olvidar da devida e necessária fundamentação – razão de fato e de direito – das decisões judiciais, proferidas em quaisquer instâncias ou colegiados.

As cláusulas gerais já eram conhecidas por Ronald Dworkin, pois no direito consuetudinário tal categoria normativa é comum, até mesmo em formas de julgamentos paradigmáticos. Portanto, nessa esteira, devemos entender que toda sistemática acima exposta se aplica ao nosso direito, sem que o juiz possa criar norma processual nova, ainda que responsável pela realização de uma interpretação construtiva, a partir dos princípios constitucionais mais elementares.

Mesmo com aqueles princípios derivados e não escritos, estamos certos quanto à importante tarefa conformadora efetuada pelo magistrado diante das cláusulas de conteúdo aberto e sua integração (multidisciplinar) com as razões do legislador maior. Assim, a partir da interpretação construtiva, surgem subsídios doutrinários para se chegar à afirmação de que o juiz poderá utilizar o meio processual mais adequado e idôneo para atender o princípio da efetividade da jurisdição constitucional, sem esquecer que o limite entre as categorias interpretativas e criadoras é tênue e efêmero.

Não nos cabe, neste momento, ofertar as respostas para todos os questionamentos derivados desta modalidade legislativa, mas os exemplos que traremos adiante são alguns dos quais poderão ser entendidos como cláusulas gerais processuais a serviço da efetividade da jurisdição.

Ao juiz está deferida a possibilidade de julgar em consonância com a norma constitucional e, ainda, de acordo com a mesma regra em caso de insuficiência legislativa. A ele, caberá, quando verificar que o legislador não deu proteção suficiente, dar vida ao procedimento inicialmente inadequado e conformá-lo aos ditames superiores em benefício da jurisdição efetiva.

Nestes casos, deverá o juiz, controlar a regra negativa pela necessidade fática encontrada e não somente mediante a norma, salvando-a quase como um

controle da constitucionalidade por omissão, criando a melhor norma que provenha da primeira tentativa frustrada do legislador.

Em caso de necessidade de aplicação do princípio da proibição de insuficiência, o Estado atua em defesa dos direitos fundamentais, violando a proibição de excesso e compelindo o legislador ou o juiz a dar proteção a direito fundamental, considerando, aqui, o maior princípio executivo – jurisdição efetiva.

Assim, o *case* deve ser resolvido pela ação positiva do julgador na falta da proteção do legislador ordinário, restando, ainda, a questão da “criação” para as razões da decisão de mérito.

Luiz Guilherme Marinoni já disse que nem todo procedimento, conquanto formalmente perfeito, atende à expectativa de todos os jurisdicionados, sendo necessário averiguar, em face do seu desenho legal e a partir de um ângulo externo, se ele está de acordo com as necessidades do direito substancial e com os valores da Constituição.²⁹⁸

Nesta perspectiva, tomemos como ponto inicial, a nova codificação civil. Sabemos que a dinâmica do Processo Civil supera a questão da normatividade material e, por este motivo, sentimos que as cláusulas gerais do direito civil são móveis, mas aquelas inseridas no livro processual são mais ligeiras e responsáveis pela vida e atendimento das primeiras.

A antiga rigidez da norma processual, não resta dúvidas, pode conflitar com a questão da integridade, pois o juiz deverá aplicar o direito atendendo mais a intenção da lei do que dar razão cega à formalidade e rigidez da norma.

Ao citar Bickel, Luís Roberto Barroso, defende a aplicação plena e irrestrita das cláusulas gerais, na busca da distribuição da justiça pelos juízes, porque podem interferir positivamente na dinâmica da sociedade, sem necessitar de especificidade de regras para cada caso:

Os tribunais têm certa capacidade para lidar com questões de princípios que o Legislativo e o Executivo não possuem.

Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o mistério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor.²⁹⁹

²⁹⁸ MARINONI. Técnica..., op. cit., p. 29.

²⁹⁹ BICKEL, 1986 apud BARROSO. Interpretação..., op. cit., p. 165.

Nasce uma obrigação criadora de paradigmas pelas mãos dos pretores, porque a abertura de forma e conceitos, determinará um maior cuidado ao definir temas e, conseqüentemente, julgá-los consoante tais significados.

Agora, com uma modalidade legislativa própria, as cláusulas gerais podem ser o diferencial para a aplicação do paradigma da “integridade” defendido por Ronald Dworkin, como veremos em seguida.

Retomando o momento do novo Código Civil, no Brasil, a “Revolução de 1964” trouxe consigo a necessidade de uma nova codificação civil, sendo escolhido, para completar os estudos e lançar o projeto que deu origem ao atual Código Civil, o professor Miguel Reale. A escolha se deu à época da ditadura militar brasileira, mas o tempero que surgiu das idéias, princípios e experiências do mestre Reale, revigorou o projeto que se arrastava na Casa das Leis.

Sua experiência, senão maestria de Reale, abrilhantou as colunas do ordenamento civil, que segundo os princípios de eticidade, culturalismo e mobilidade, retirou o caráter estático do modelo anteriormente utilizado; logo, deu-se oportunidade para o desenvolvimento de um dinamismo histórico para apreender o presente e, possibilitar no futuro, por meio destas “válvulas de abertura”, a efetiva modificação do mundo dos fatos, pela atuação do operador do direito.

Conseqüentemente, resta-nos entender estes princípios que justificam o surgimento das cláusulas gerais para, ao final, equacionarmos seus limites e darmos, ao jurista, certo sentimento de estabilidade e segurança jurídica.

12.1 A AUSÊNCIA DE “MODELO”

Um dos problemas que se impõe é a falta de um modelo de norma ou conceito pré-existente, porquanto será o Juiz o destinatário daquela subjetividade legal. Cria-se um modelo mais moderno ou vislumbra-se a insegurança jurídica pela ausência de paradigmas?

A tarefa de minimizar o hiato que o legislador conscientemente criou cabe aos operadores do direito, como já visto. Ao se conferir mobilidade segura ao novo ordenamento, já que não nos resta a crítica do estatuto positivado e

vigente, porque inócua e sem reflexo efetivo para a lide forense, estaremos diante da construção interpretativa do meio processual mais idôneo e de menor gravame à disposição da parte pelas mãos do julgador.

A nova codificação civil que, seguramente, influenciou o processo, mistura a técnica legislativa clássica da casuística com aquela introduzida pelas cláusulas gerais; mais do que isso, faz uma verdadeira conexão interpretativa com as normas constitucionais, de modo que não mais se aplica o silogismo do preceito-sanção, nem mesmo na matéria probatória que é essencialmente pública.

A noção de cláusula geral pode ser entendida como a formação de uma hipótese legal que, em temas de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico, todo um domínio de casos. Conceitualmente, contrapõe-se a uma elaboração casuística das hipóteses legais, que circunscreve grupos particulares de casos na sua especificidade própria.

A grande vantagem da cláusula geral sobre o casuísmo, graças à sua generalidade e abertura, é tornar possível regular um vasto número de situações, onde, talvez, sequer pudessem ser previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto a técnica casuística enseja o risco de uma regulação fragmentária e provisória da matéria abrangida.³⁰⁰

Trata-se de “metanorma” porque tem como finalidade remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou a outros espaços do sistema, mediante variáveis tipológicas sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes, em determinada ambiência social.³⁰¹

O principal destinatário da cláusula geral é, certamente, o juiz, já que tem a difícil missão de adequar o caso concreto ao modelo legislativo aberto; ao julgador, destina-se igualmente a prova. Nesse sentido, a sábia advertência de Ruy Rosado de Aguiar:

As normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam seja dado ao juiz o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o

³⁰⁰ MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 163-185.

³⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 119.

significado do enunciado normativo, mas por igual, criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências.³⁰²

Como bem anotou o Min. Vicente Cernicchiaro, em brilhante julgado, “a interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social”.³⁰³

12.2 ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS

Para o estabelecimento da estrutura da cláusula geral nos apegaremos aos ensinamentos da professora Judith Martins-Costa, que em texto paradigmático, por primeiro, enfrentou o assunto em tela.³⁰⁴

Basicamente, as cláusulas gerais têm a mesma estrutura, esteja ela inserida no livro civil ou no Código de Processo Civil. Elas são medidas multifacetárias e multifuncionais e podem ser divididas em: *a)* disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico; *b)* de tipo regulativo, que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a execução pelo meio mais adequado, sem disposição expressa de qual seria tal instrumento; e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica, mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o § 2º do art. 5º da

³⁰² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Discurso proferido por ocasião do lançamento do livro “a boa-fé no direito privado” de autoria de Judith Martins-Costa. Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 29 nov. 1999. Acervo pessoal do autor.

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 46.432/SP. Recorrente: José Arnaldo Macedo Alves. Recorrido: Cleomar Santos. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 13 de junho de 1994. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 19.576, 8 ago. 1994. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199400094434&data=08/08/1994>> Acesso em: 27 abr. 2006.

³⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 15, p. 129-154, 1998.

Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária.

Ensina a professora Judith: “Seja qual for o tipo da cláusula geral, o que fundamentalmente a caracteriza é a sua peculiar estrutura normativa, isto é, o modo que conjuga a previsão ou hipótese normativa com as conseqüências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas.”³⁰⁵

Ao mencionar Engisch, a escritora defende que aquele autor acredita que as cláusulas gerais não possuem “qualquer estrutura própria” do ponto de vista metodológico³⁰⁶, de maneira tal que estas não “existem” em sentido próprio, nada mais constituindo do que normas ou preceitos jurídicos, cujos termos são dotados de elevado grau de “generalidade”.

Poderá existir ainda a afirmação de que as cláusulas gerais constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas por intermédio de referência às regras extrajurídicas.

Mas, na visão da mesma autora:

Consoante a primeira perspectiva de análise, as normas contidas em cláusulas gerais não exigiriam processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. Podem, nessa medida, ser tidas como normas jurídicas completas, constituídas por uma previsão normativa e uma estatuição, com a particularidade de a previsão normativa, *Tatbestand* ou *fattispecie*, não descrever apenas um único caso, ou um único grupo de casos, mas possibilitar a tutela de uma vasta gama (“generalidade”) de casos definidos mediante determinada categoria, indicada através da referência a um padrão de conduta (v.g, “conforme aos usos do tráfico jurídico”), ou a um valor juridicamente aceito (v.g, *boa-fé*, *bons costumes*, *função social do contrato*).

Já o segundo vetor indica que as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas (35), de modo que a sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração (36). É, portanto, o aplicador da lei, direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta.³⁰⁷

As cláusulas gerais inserem um critério normativo ulterior, de modo a possibilitar ao julgador a utilização de argumentos e elementos multidisciplinares, na intenção de melhor adequar a aplicação processual a determinado direito material.

Finalmente, revela a autora em comentário:

Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo, implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral,

³⁰⁵ MARTINS-COSTA. O direito privado..., op. cit., p. 130.

³⁰⁶ Idem, p. 132.

³⁰⁷ Idem, p. 140.

compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral.³⁰⁸

As cláusulas de conteúdo indeterminado carecem de uma *fattispecie* autônoma, e, em virtude disto, precisam ser progressivamente formadas pela jurisprudência; isto significa, também, que o juiz tem o dever e a responsabilidade de formular, a cada caso, a estatuição, item indicador de que ele deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos, os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral.

A *fattispecie* das normas de conteúdo indeterminado é completada por meio da concreção de elementos, cuja origem imediata estará situada na fonte jurisprudencial, na medida em que o julgador deverá adequar ao caso concreto, mediante utilização do procedimento mais idôneo, o exato significado da ordem contida na norma processual.

Segundo o ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a cláusula geral exige do juiz uma atuação especial, pois é por intermédio dela que se atribui uma mobilidade ao sistema; mobilidade que será externa, na medida em que se utiliza de conceitos para além do sistema, e, interna, quando desloca regramentos criados exclusivamente para um caso e os traslada para outras situações.³⁰⁹

12.3 AS FUNÇÕES DAS CLÁUSULAS GERAIS

A função primordialmente atribuída às cláusulas gerais, é a de permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz.

O alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, se especificará não só o sentido da cláusula geral mas a exata dimensão da sua normatividade. Nesta perspectiva o juiz é, efetivamente, a *boca da lei* --- não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese --- mas porque atribui a sua voz à

³⁰⁸ MARTINS-COSTA. O direito privado..., op. cit., p. 141.

³⁰⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. Revista de Direito Renovar, n. 18, p. 11-19, set./dez. 2000.

dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance.

A voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas vinculada. Como já se viu, as cláusulas gerais promovem o reenvio do intérprete/aplicador do direito a certas pautas de valoração do caso concreto. Estas estão, ou já indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio), ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento). A distinção deriva da circunstância de, em paralelo ao primeiro e tradicional papel, estar sendo hoje em dia sublinhado o fato de as cláusulas gerais também configurarem normas de diretiva, assim concebidas aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir, indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar em forma generalizante, isto é, com a função de uma tipologia social. Aí está posta, pois, a segunda grande função das cláusulas gerais, que é a de permitir a mobilidade externa do sistema.³¹⁰

As cláusulas gerais atuam como elemento de conexão ou "lei de referência" para oportunizar, ao juiz, a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os casos precedentes.

Em todas essas situações, a decisão judicial que implica em concreção e estabelece o uso da norma de conteúdo indeterminado deverá estar adequadamente fundamentada. Contudo, a dispersão dos fundamentos utilizados, porque trata de elemento multidisciplinar, torna quase impossível a visualização da identidade *ratio decidendi*, segundo afiança a autora em comento.

Por isto, à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes, sem, todavia, olvidarmos que a concreção obrigatória varia de caso a caso, inserindo o julgador nos elementos de fato que serão (ou deverão ser) fornecidos pelos advogados, partes, peritos, testemunhas e, até, por informantes, posto que o juiz não é mero expectador do processo, mas o preside, buscando a verdade real que há muito superou o estigma da "verdade relativa do processo civil".

Nas palavras de Couto e Silva, "na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato".³¹¹

³¹⁰ MARTINS-COSTA. O direito privado..., op. cit., p. 142.

³¹¹ COUTO E SILVA., Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 53.

As cláusulas gerais viabilizam a integração intersistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre as normas infraconstitucionais e a Constituição.³¹²

É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, elas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto à necessidade da eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia.

Com efeito, em alargado campo de matérias --- notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos ---, a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa.³¹³

O professor José Roberto dos Santos Bedaque, ao tratar do sistema processual brasileiro, indicou que a nova sistemática confere poderes de iniciativa probatória ao julgador e declara que:

Os dispositivos legais estão repletos de termos abertos, vagos ou indeterminados. São expressões de contornos semânticos flexíveis, no dizer de autorizado doutrinador, conferindo ao juiz maior poder na concretização da regra³¹⁴. Sempre que esse fenômeno ocorre, cresce sobremaneira o papel do intérprete, a quem cabe adequar a letra da lei à realidade.³¹⁵

Ao aplicar o conceito indeterminado, o magistrado não estará fazendo uso do “poder discricionário”, visto que ao decidir à luz dessas regras abertas, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade.³¹⁶ O julgador as utilizará de acordo com os princípios da Constituição Federal, na conformação da norma aberta com os elementos meta-jurídicos, via procedimento idôneo e adequado, em face do direito material em evidência.

³¹² Discorda deste entendimento Michele Taruffo, segundo o qual a norma contida na cláusula geral não reenvia a uma outra norma ou princípio do ordenamento jurídico, mas para fora do ordenamento, ou seja, a outros critérios não fixados no sistema de normas jurídicas. A norma em questão deve ser, pois, heterointegrada, ou seja, preenchida com base em critérios metajurídicos que “*segundo o lugar comum tradicional, existem na sociedade*” (in “La giustificazione delle decisioni fondate su standards”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XIX, nº 1, 1989, p. 152). Esta é, contudo, uma concepção estreita de reenvio. A expressão abarca, como se viu, tanto a condução do juiz para fora do sistema quanto para dentro do sistema. Assim, exemplificativamente, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor. (Apud MARTINS-COSTA, 1998, p. 144).

³¹³ COUTO E SILVA, op. cit., p. 145.

³¹⁴ Cf. MOREIRA apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 147.

³¹⁵ Idem, p. 147.

³¹⁶ Ver ainda: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Limites à chamada discricionariedade judicial*. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba, v. 50, p. 85-98, jan./dez. 1991.

Completa Bedaque:

Não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma. É claro que quanto maior a imprecisão dos conceitos contidos na lei, tanto maior será a liberdade no exame desses requisitos. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.

Daí a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função. Compete a ele interpretar corretamente os termos vagos utilizados pelo legislador, conferindo-lhe significado compatível com as necessidades do processo civil moderno.³¹⁷

³¹⁷ Cf. Bedaque, citando Eduardo Talamini, a suspensão dos efeitos da decisão agravada, previsto no artigo 558 do CPC caracteriza um conceito juridicamente indeterminado, cabendo ao juiz a determinação do seu sentido, caso em que inexistente poder discricionário. Essa atividade de concreta determinação do conceito juridicamente indeterminado envolve certa "liberdade" do julgador, a qual será exercida levando-se em conta as máximas de experiência, os valores reinantes na comunidade e assim por diante. (2000, p. 151).

13 EXEMPLOS DE CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL

Iniciaremos este tópico com o apontamento do julgado do Superior Tribunal de Justiça onde dá os contornos de uma das formas de cláusula geral processual.

Administrativo e Processual Civil. Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Custeio de tratamento médico. Moléstia Grave. Bloqueio de Valores em Contas Públicas. Possibilidade. art. 461 *caput* e § 5.º do CPC.

1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de “medidas necessárias”, que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.

2. As medidas previstas no § 5.º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão “tais como”, o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizam às peculiaridades de cada caso concreto.

3. Precedente da 2.ª Turma: “É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5.º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.” (REsp 656.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.06.2005).

4. Não há que se falar, dessa feita, em falta de previsão legal da medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado.

5. Agravo regimental improvido.³¹⁸

Em face dos infindáveis casos de normas processuais indeterminadas, citamos aquela esculpida no artigo 461, § 5.º do Código de Processo Civil, já transformada em base de julgamento, conforme vimos acima.³¹⁹

A questão sob exame envolve a quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e a congruência no que tange à possibilidade de alteração do meio

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 723.281/RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Procurador: Sérgio Severo e outros. Agravado: Iara Silveira da Silva. Relator: Ministro Castro Meira, 7 de fevereiro de 2006. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 306, 20 fev. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501947970&dt_publicacao=20/02/2006>. Acesso em: 27 abr. 2006.

³¹⁹ 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.

...

§ 5.º 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. (BRASIL. Código de Processo Civil, op. cit., art. 461, § 5º).

executivo de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento expresso da parte credora.

A ruptura do princípio da tipicidade executiva deferiu ao juiz, como cláusula geral processual, ainda, a não-adstrição ao meio executivo solicitado, porquanto o legislador, sensível às novas situações dos direitos materiais, outorgou maior mobilidade processual ao julgador, responsável para efetivação da tutela jurisdicional.

Como sabido, a técnica processual idônea é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, obrigação voltada, em especial, contra o Estado-Juiz, que diante do direito fundamental de prestação, não poderá aplicar procedimento defeituoso, cuja técnica processual seja imprestável para a efetivação do direito material posto em juízo.

Aduz Marinoni:

Quando se percebeu que, para bem tratar das novas situações de direito substancial, era necessário dar maior mobilidade ao juiz – até porque o Judiciário deixou de ser pensado como “inimigo público” – foi conferida ao autor a possibilidade de escolher o meio executivo adequado, e ao juiz não apenas o poder de admiti-lo, mas também o poder de, ao considerá-lo inidôneo, conceder outro. Vale dizer que, diante das cláusulas gerais executivas, além de a lei não definir o meio executivo que deve ser utilizado, dando ao autor a possibilidade de postular o que reputar oportuno, o juiz não está mais adstrito ao meio executivo solicitado, podendo determinar aquele que lhe parecer o mais adequado ao caso concreto.³²⁰

À luz dos direitos fundamentais, o julgador, destinatário da cláusula geral, deverá conformar o procedimento e adotar o meio mais idôneo e de menor restrição ao réu, de forma que a insuficiência legal não poderá ser óbice para a tarefa da jurisdição constitucional adequada e efetiva.

Na mesma via da interpretação construtiva de Ronald Dworkin, José Carlos Vieira de Andrade assevera:

O princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua “perfeição”. Isto é, sua auto-suficiência baseada no caráter 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 que esse fim os concretize por via interpretativa.³²¹

Como lembra Marinoni, na ausência ou insuficiência de norma legal, o juiz deverá suprir a deficiência do legislador, aplicando diretamente a fonte constitucional que instituiu o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, “mas sem deixar de

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 298.

³²¹ ANDRADE apud MARINONI. A antecipação..., op.cit., p. 300.

considerar os demais direitos fundamentais processuais que possam com ele se chocar”.³²²

Desta feita, ao determinar medidas que não estão explicitadas no livro da execução processual, ou, até mesmo, não positivadas, o juiz será responsável pela mudança de hábitos entre os operadores do direito, os quais deverão dar a ele, elementos para a concreção e determinação da medida executiva mais adequada e suficiente para o atendimento da expectativa legalmente embasada do credor.

A decisão mandamental derivada do artigo 461 do Código de Processo Civil não é única, porquanto poderá ser substituída por meio atípico que o juiz entender hábil para dar vida e efetividade ao direito fundamental prestacional de efetivação da jurisdição, encartado na norma de conteúdo indeterminado em tela, observando-se, neste passo, o princípio da necessidade e menor gravame.³²³

Quando a lei dá ao juiz determinado poder, por igual, o incumbe do dever de desempenhar esse poder adequadamente. Melhor dizendo: a lei só lhe confere um poder porque lhe impôs, num momento lógico anterior, um dever, que é o de proporcionar a adequada proteção a situações carentes de tutela jurisdicional.³²⁴

Encerra o professor Marinoni:

Lembrem-se que as normas processuais abertas – como, por exemplo, a do art. 461 do CPC – devem ser concretizadas a partir das necessidades reveladas no caso concreto, pois se destinam a dar ao juiz poder para dar efetividade ao direito material. Isso quer dizer que, ao aplicar essas normas, o juiz tem o dever de encontrar uma técnica processual ou um “modo” processual que seja capaz de atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.³²⁵

Não há qualquer dúvida que a determinação judicial fundada no artigo 461, § 5.º é mandamental, e, nesta perspectiva, de que não há qualquer opção de descumprimento por parte do réu, posto que o caráter de mandamentalidade, segundo Georg Kuttener, está inserido na ordem judicial destituída de alternativa.³²⁶

³²² ANDRADE apud MARINONI. A antecipação..., op.cit., p. 300.

³²³ Cf. MARINONI, é a própria idéia de “justa medida” que obriga que os artigos 461 do CPC e 84 do CDC sejam lidos no sentido de que o juiz deve determinar conduta diversa solicitada quando necessário para evitar gravame excessivo ao réu. (2003, p. 166.)

³²⁴ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 386.

³²⁵ MARINONI. A legitimidade..., op. cit., p. 10.

³²⁶ Cf. Edson Ribas Malachini, fazendo referência ao mestre Barbosa Moreira, as sentenças que julgam procedente o pedido relativo a obrigação de fazer ou não fazer, na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil são mandamentais porquanto emitem um ou mais ordens. Questiona-se se este elemento – ordem – é efetivamente obrigatório na sentença. Utilizando-se de estudo pretérito mas não menos atualizado, o escritor revela que a classe das ações executivas *lato sensu* e mandamentais não se subsumiam às classes definidas como declaratórias, constitutivas e

De todo modo, bem assevera o professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, onde considera a constitucionalização do direito processual instrumento para garantia da efetividade num processo justo, onde não faz mais sentido falar em tipicidade ou atipicidade da ação, posto que a classificação da tipicidade se vincula ao resultado de mérito e não ao meio processual garantido pela norma constitucional.³²⁷

A questão do artigo 915, § 2.º do Código de Processo Civil nos remete à cláusula geral do prazo para o réu ofertar suas contas (prestação de contas) em 48 (quarenta e oito) horas.³²⁸

Se analisarmos o artigo em tela, verificaremos que na decisão da primeira fase da prestação de contas, onde o juiz declara a obrigação do réu em prestá-las no prazo legal, estamos diante de uma cláusula geral processual. O prazo normalmente é muito exíguo para contas extensas e antigas, como no caso de conta bancária. Em dois dias o banco não teria condições técnicas de apresentá-las e, portanto, não impugnariam aquelas apresentadas pelo autor, restado as mesmas corretas. O julgamento seria absolutamente técnico e embasado na norma processual, até porque alguns entendem que o prazo referido é peremptório e não dilatório. Assim, encontramos diversos julgados que apontam a necessidade de dilação do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para prestação de contas, já que consideram a necessidade de nele inserir elementos multidisciplinares, a exemplo da contabilidade necessária para a explicitação das contas.

condenatórias. Revela que o correto e lógico é falarmos em ação executiva *lato sensu*, não em sentença com tal denominação, restando os casos das decisões de ações com características especiais, onde davam lugar a sentenças que deveriam ser executadas de plano e por ofício judicial, como v.g. as de reintegração na posse e despejo.

No caso do artigo 461 do Código de Processo Civil, há uma tendência generalizada e injustificada de considerar esta decisão (mesmo que antecipatória), sempre mandamental.

As medidas do artigo 461 são cominatórias, na maioria das vezes, pois toda a essência das ações cominatórias está aí: pedido de imposição de um fazer ou não-fazer e cominação de pena pelo não atendimento.(2005, p. 441-473).

³²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 421 e ss.

³²⁸ Art. 915. Aquele que pretende exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresente ou contestar a ação.

...

§ 2.º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar." (BRASIL. Código de Processo Civil, op. cit., art. 915, § 2º).

Ao dilatar o prazo legal, anotamos alguns julgados que preferem aplicar a cláusula geral mediante a utilização do artigo 183, § 2.º do mesmo *codex*.³²⁹ Entenderam os julgadores do Tribunal de Justiça do Paraná³³⁰ pela dilação do prazo porque tal dispositivo (último referido) permite a dilação em razão da prova de impedimento da prática por justa causa. Acontece que, primeiro, não se trata de prazo dilatatório, porquanto o artigo 915, § 2.º do Código de Processo Civil revela ordem de sentença que implica em prazo peremptório e, por segundo, o artigo 183 do mesmo livro adjeto, fala de prazo para prática de ato processual, não em prazo para cumprimento de sentença.

Ao efetuar a manobra processual que implicou em concessão de maior prazo para a prestação de contas, o julgador realizou a concreção da norma encontrando um dispositivo legal que amparou decisão mais justa para o caso concreto e que não revelou, exatamente, uma norma de conteúdo indeterminado.

Vejamos o seguinte julgado:

Apelação Cível. Ação de Prestação de Contas. Primeira Fase. Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente. Preliminares de Ofensa ao Princípio da Dialética, de Inépcia da Inicial e de Carência de Ação. Afastamento. Dever da Instituição Financeira de Prestar Contas quando o correntista as exige. Desnecessidade de Apontar os Lançamentos dos quais Discorda. Matéria Pertinente à Segunda Fase do Procedimento. Prazo de 48 (quarenta e oito) Horas para Apresentação das Contas. Possibilidade de Dilação, desde que Comprovada a Impossibilidade da Prática do Ato, por Justa Causa, consoante a Inteligência do Artigo 183, § 2.º do CPC. Providência que deve ser adotada no Comando Sentencial e Perante o juízo da causa. Recurso de Apelação Conhecido e Desprovido.³³¹

Se caso o julgador tivesse mantido o prazo peremptório de 48 (quarenta e oito) horas para a prestação de contas, estaria decretando a agressão ao princípio constitucional da ampla defesa e do devido processo legal substancial. O importante foi que, na colisão entre a legalidade estrita e o princípio da justiça substancial, venceu este último, por força de uma manobra que caracteriza o tremendo senso de justiça dos julgadores paranaenses.

³²⁹ Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

...

§ 2.º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar. (BRASIL. Código de Processo Civil, *op. cit.*, art. 183, § 2º).

³³⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 172715-7, Acórdão nº 15675, da 6.ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Airvaldo Stela Alves. Revisor: Desembargador Duarte Medeiros, 14 de fevereiro de 2006. Diário da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 3 mar. 2006.

³³¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 181.937-2, Acórdão nº 15408, da 6.ª Câmara Cível. Relator: Desembargador: Milani de Moura. Revisor: Desembargador Airvaldo Stela Alves, 06 de dezembro de 2005. Diário da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 13 jan. 2006.

Outro caso é encontrado quando da edição da recente Lei n.º 11.277, datada de 07 de fevereiro de 2006, que modificou o artigo 285 do Código de Processo Civil. Ao dispor sobre a repetição de ações (casos idênticos) o legislador exprime a faculdade do juiz em dispensar a citação e julgar o mérito da ação de pronto.³³²

Primordialmente, é conveniente salientar que não se trata de litispendência, pois a impropriedade do legislador salta aos olhos quando fala em “casos idênticos”. Outra impropriedade perpetrada é o uso da expressão “matéria controvertida” em caso onde sequer houve contestação. Como será verificada a matéria controvertida sem a resposta do réu?

Ainda, temos a sentença referida quando o juiz, ao entender idênticos os casos, julga de plano o processo. Será que ele julgará o mérito? Fala-se em recurso de apelação, mas não se resolveu a questão do trânsito em julgado sem a participação do réu.

A questão é mais intrincada quando o legislador adotou a cláusula geral processual da possibilidade de julgamento sem o devido processo legal e contraditório, bem como instituiu a sentença “*per relatione*” que implica em reconhecimento e encampação de texto (parecer ministerial, outra decisão semelhante, prova emprestada, etc.) na sua estrutura fundamental, tornando a parte encampada, parte da decisão, porquanto proferida em caso “idêntico”.

Sem falar na necessária relação do dispositivo em comento com a uniformização de jurisprudência, o julgador poderá dispensar a citação do réu e julgar, de plano, matéria que a parte também não tem obrigação de saber que já foi decidida naquele juízo.

Assim, aclara-se que em tal situação julgador deverá optar pela manutenção do devido processo legal e possibilitar o contraditório ou se render à alteração processual duvidosa.

A respeito do assunto, o professor Marinoni externa que:

³³² Art. 285-A. 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.

§ 1.º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (BRASIL. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o artigo 285-A à Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 fev. 2006. Seção 1, p. 2).

Nesses casos não há sequer espaço para pensar em agressão ao direito de defesa, mas apenas em violação ao direito de ação, aí compreendido como o direito de influir sobre o convencimento do juiz. Para se evitar violação ao direito de influir, confere-se ao autor o direito de interpor recurso de apelação, mostrando as dessemelhanças entre a sua situação concreta e a que foi definida na sentença que julgou o caso tomado como idêntico.³³³

Somente a título de apontamento, o professor Marinoni anota ser é inadmissível uma sentença liminar de procedência antes da formação da relação jurídico-processual. Mas “a mesma lógica que obriga o juiz a decidir de acordo com a súmula para julgar uma ação idêntica liminarmente improcedente, obriga-lhe a decidir conforme a súmula, depois de estabelecido o contraditório, para julgá-la procedente, e, com isso, permitir execução imediata à sua sentença”.³³⁴

13.1 A UTILIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS

Não é estranho admitir que ao juiz é dirigida a aplicação das cláusulas gerais, bem como que este deverá ter em mente a efetividade da sua função jurisdicional para aplicação da nova modalidade legal.

A abertura do sistema normativo tem o objetivo de dar elementos sociais e multidisciplinares para a busca da efetividade da tarefa pelas mãos do Estado-Juiz. A concreção não é discricionária, mas atrelada a itens que proporcionam aos que lidam no expediente forense, maior mobilidade aos elementos do Processo Civil.

Em busca da adequação procedimental e utilizando-se das cláusulas gerais, os intérpretes da lei deverão exigir “excelente fundamentação” das decisões inspiradas na adequação fática do procedimento, em busca da maior efetividade das decisões judiciais. Neste aspecto repousa uma das mais intrincadas questões que circundam as “cláusulas gerais”, senão a de mais destaque entre elas: o controle do uso e imposição de limites ao julgador.

Conforme o anteriormente dito, é a própria parte, através do seu advogado, que levará ao juiz os elementos externos que serão sopesados no momento da utilização da norma aberta. Tais elementos são primeiramente

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso: (Leis 11.276 e 11.277 de 8.2.06). p. 4. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 22 mar. 2006.

³³⁴ MARINONI. O julgamento..., op. cit., p. 4.

fornecidos pelas partes, indicarão os limites da tarefa do juiz, uma vez que este deverá respeitar o princípio de menor gravame ao réu e o de maior adequação da medida por ele determinada, segundo o procedimento mais idôneo em face do direito material.

Com efeito, é o autor que fará a exposição das suas razões de fato e de direito, a fim de que determinada medida não esculpida no livro processual seja ordenada pelo magistrado responsável pela presidência do processo. Estes elementos não são exclusivamente os do direito mas, especialmente os fáticos, que darão os contornos exatos da ordem a ser cumprida pelo réu, independentemente de dispositivo legal ou no caso de sua ineficiência procedimental.

Levando em estima estes elementos externos e o direito fundamental (que jamais será desprezado), o aplicador do direito normativo determinará suas medidas em busca da eficiência real de sua tarefa, em nome do Estado.

Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática, tal qual proposta, entre nós, na referida obra de Juarez Freitas.³³⁵

Portanto, para que haja controle das cláusulas gerais, o julgador deverá “superjustificar” sua aplicação e expor a razão que justifique os meios utilizados para dar vida ao direito em jogo.

Relembrando que quem interpreta a norma coloca seus sentimentos próprios na atividade subjetiva do julgamento, não é tarde a verificação das etapas da interpretação esposadas por Ronald Dworkin.

Precisamos começar a refinar a interpretação construtiva, transformando-a em um instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. Teremos de estabelecer uma distinção analítica entre as três etapas da interpretação que apresentaremos a seguir, observando como são necessários, em uma comunidade, diferentes graus de consenso para cada etapa quando se tem em

vista o florescimento da atitude interpretativa. Primeiro, deve haver uma etapa pré-interpretativa na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. (...) Mas é preciso haver um alto grau de consenso. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou

³³⁵ SARLET. A eficácia..., op. cit., p. 271.

não de buscar uma prática com essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática. Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.³³⁶

A interpretação que se impõe na atividade junto às cláusulas de conteúdo indeterminado é interpretativa, mas não criadora, pois em último caso, estará o julgador realizando a vontade do legislador constitucional no sentido de dar vida e efetividade à jurisdição constitucional.

A interpretação construtiva não deixa de ser um limite à anti-criação para os juízes, de modo que com base na sua fundamentação saberemos os critérios adotados e encontraremos, ainda, a justificativa social do seu exercício jurisdicional.

O juiz, ao aplicar as cláusulas gerais fundamentará sua decisão pela necessidade do uso daquele instituto processual para melhor adequar a jurisdição à proteção do direito material em tela. A justificação especial deverá respeitar todos os elementos trazidos à baila pelos procuradores judiciais das partes somando-os aos elementos meta-jurídicos e multidisciplinares.

Sob a ótica de Robert Alexy, na obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, as conseqüências de cada regra, para a satisfação dos interesses de cada um e de todos indivíduos, precisam ser aceitáveis para todos, sendo que todos devem concordar com a regra, a partir de um ideal de racionalidade.³³⁷

As regras de justificação devem ser compreendidas por todos aqueles que tenham contato com a decisão e não somente pelos que fazem parte da relação jurídico-processual, afinal, busca-se a simplificação da linguagem jurídica como forma de democratizar o mundo do direito escrito e ampliar a participação democrática na ordem judicial.

O dispositivo de conteúdo indeterminado utilizado e a regra de justificação, portanto, serão adequadamente manejadas, quando capazes de convencer a todos os que conhecerem o assunto decidido pelo uso da cláusula geral, restando indubitável que ao julgador caberá a difícil parcela de adequação e concretização da norma aberta ao caso por ele resolvido.

³³⁶ DWORKIN. O império..., op. cit., p. 82.

³³⁷ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora, 2001. p. 198.

O juiz deve convencer as partes da interpretação construtiva levada a cabo pela cláusula geral, sem, contudo, ter a intenção de lhes persuadir, o que retirará dele o convencimento lícito e importará em declaração de ineficácia ou invalidade do argumento por ele utilizado.³³⁸

Segundo se verifica o magistrado se sujeita ao ordenamento jurídico, este, visto como um sistema aberto, não mero servidor da lei formal.

O direito positivado é apenas uma parte desse conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do direito; os postulados do direito natural; o sentimento de justiça; a exigência de equidade e todos aqueles vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita.

No seu trabalho de aplicação do sistema aberto, o juiz cria na sentença a norma para o caso concreto (concreção).

É um ato racional porque exige o conhecimento de elementos fáticos – fornecidos pelos advogados – valorativos e normativos.

O juiz faz uma opção e leva em conta, segundo o ministro Ruy Rosado de Aguiar:

- A) A norma individualizada imediatamente aplicável ao caso;
- B) Os princípios gerais do sistema jurídico vigente;
- C) Sofre muitas vezes por fatores múltiplos;
- D) Sente o efeito de suas convicções ideológicas, e;
- E) Reflete sobre as conseqüências reais de sua decisão.³³⁹

E, aduza-se: o magistrado emprega o método empírico-dialético e, na leitura da norma aberta, possivelmente aplicável ao caso, revela quais os princípios que decidiu preservar.

Se coincidente com a norma positiva, a sua decisão apenas invocará a norma encontrada e justa para o caso. Entretanto, se o princípio escolhido para a decisão não tiver encontrado guarida na norma, deverá buscar na fundamentação a forma de justificar e legitimar sua atividade, restando a obrigação de explicitar todos os elementos levados em consideração para aquela tarefa de decidir.

No dizer de Recaséns Siches, nas raras ocasiões em que o juiz se confronta com a lei de modo que não possa interpretá-la ou redefini-la em conformidade com o valor da justiça para o caso concreto, terá duas alternativas: 1)

³³⁸ Idem, p. 135.

³³⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. AJURIS, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

renuncia à função; 2) contradiz a lei que viola as finalidades da instituição social ou que for contra a equidade, quando a solução apontada pela norma fria acarrete conseqüências sociais inadmissíveis, segundo já vem decidindo o Tribunal Constitucional alemão.³⁴⁰

Em geral, o juiz procura interpretar a consciência social e dar eficácia à lei, mas, assim procedendo, às vezes, ele amolda e modifica a mesma consciência que é chamada a interpretar. Há, pois, um elemento criador, ao lado do elemento descobridor, na atividade judicial, conforme declara Bodenheimer.³⁴¹

Então, ocorre que, evidentemente, a subjetividade intrínseca do mecanismo utilizado causa insegurança jurídica, a qual deverá ser mitigada pela “especial forma de fundamentação” do aplicador da norma aberta.

13.2 A SOFISTICAÇÃO DO CONTROLE DOS ATOS DO JUIZ

O modo de controlar a decisão pautada no uso das cláusulas gerais processuais deve passar, obrigatoriamente, por três estágios: i) no primeiro deles, será permitido seu uso, em caso de legislação que contenha a abertura da norma; ii) no seguinte, sua utilização será supletiva em caso de situação na qual se detecte ausência de proteção (aplica-se o princípio da proibição de insuficiência à luz do direito material em debate) e inadequação do procedimento descrito em lei; iii) e, no último, deverá haver uma superfundamentação especial, embasada nos princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto (concreção fulcrada, principalmente, nos fatos trazidos pelas partes).

Tendo em vista a necessária e particular forma de fundamentar e justificar o uso e inserção de elementos meta-jurídicos na norma aberta, o sobredito ministro do Superior Tribunal de Justiça revela:

“A sua fundamentação é exposta às partes e ao sistema judiciário, por onde tramitará o processo, com a possibilidade de sucessivos recursos e juízos de revisão. É um modo de controlar”.³⁴²

³⁴⁰ Idem, p. 9.

³⁴¹ BODENHEIMER apud AGUIAR JÚNIOR. Interpretação..., op. cit., p. 15.

³⁴² AGUIAR JÚNIOR. O poder judiciário... op. cit., p. 11.

No controle feito pelas partes, juízes superiores e tribunais, também é aquilatada a utilização da técnica processual diante da norma processual aberta, condicionando a sua legitimidade a um prévio controle, onde considera tanto o direito do autor quanto o direito ventilado pelo réu.

Marinoni propõe que:

Esse controle pode ser feito a partir de duas sub-regras da proporcionalidade, isto é, das regras da adequação e da necessidade. A providência jurisdicional deve ser: i) adequada e ii) necessária. Adequada é a que, apesar de faticamente idônea à proteção do direito, não viola valores ou os direitos do réu. Necessária é a providência jurisdicional que, além de adequada, é faticamente efetiva para a tutela do direito material, e além disso, produz a menor restrição possível ao demandado; é, em outras palavras, a mais suave.³⁴³

É a necessária justificação e fundamentação que legitimará o uso da cláusula geral sem as desconfianças temidas pelos operadores do direito. A motivação deve ser capaz de expressar o raciocínio judicial para permitir o controle crítico sobre o poder do julgador, segundo o ensinamento do professor da Universidade de Pavia, Michele Taruffo.³⁴⁴

Na aplicação da norma processual de conteúdo aberto, o seu aplicador terá em mira a adequação do procedimento, conforme os princípios constitucionais mais ligados à justiça substancial. A implementação da justiça requer, no juízo de Kolm, as motivações, o poder e as informações relevantes. Essas motivações estão subdivididas em três fontes possíveis, e, em geral, se apresentam mais ou menos em conjunto.

A primeira de tais fontes são as motivações diretamente morais, que se fundamentam em um senso de justiça ou nos sentimentos de respeito, equidade, solidariedade, comunidade, equanimidade, reciprocidade, benevolência ou obrigação. A segunda dessas fontes consiste na preocupação dos indivíduos com as opiniões de outras pessoas sobre eles e, finalmente, a terceira delas trata do interesse pessoal, quer através de uma coincidência com um juízo moral, quer mediante um equilíbrio do jogo social recorrente.³⁴⁵

A questão do controle e fundamentação igualmente passa pelo texto legal vigente. Sugere o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, para suprir suas deficiências no ato interpretativo, alguns pressupostos fundamentais do processo

³⁴³ MARINONI. A legitimidade..., op. cit., p. 8.

³⁴⁴ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 168.

³⁴⁵ KOLM, op. cit., p. 19.

hermenêutico precisam observar um conjunto de elementos e condições: todo ato interpretativo tem necessariamente, que partir da própria legislação vigente.

Assim considerando, mesmo diante das cláusulas gerais (que são realidade legais e positivadas), o intérprete é livre no que tange aos aspectos subjetivos da exegese, enquanto o primeiro elemento se refere aos aspectos objetivos (vinculação à norma). O certo é que a interpretação tem caráter deontológico e normativo. Daí, sugere o ministro, que “não apenas estamos obrigados a interpretar (não há normas sem sentido, nem sentido sem interpretação), como também deve haver uma interpretação e um sentido que preponderem, e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas.”³⁴⁶

O operador do direito deverá mudar sua mentalidade e se adaptar à nova sistemática, com o intuito de dar vida à nova e importante modalidade legislativa que, seguramente, contribuirá para um processo civil mais justo e adequado.

É neste sentir que Marinoni revela que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz.³⁴⁷

Com o reconhecimento de que as sub-regras da proporcionalidade são partes do raciocínio decisório, cresce o poder de atuação do magistrado e a necessidade simultânea da busca de um controle cada dia mais sofisticado para a recente sistemática processual, espelhando os novos direitos sociais e a mobilidade necessária da operação jurídica.

O juízo que trata da fundamentação nestes casos específicos, deve conter uma racionalidade peculiar, fundada nos aspectos fáticos fornecidos pelas partes à luz dos princípios constitucionais, notadamente àquele ligado à prestação da atividade jurisdicional do Estado, devendo este raciocínio dar destaque aos aspectos práticos e morais da medida adotada naquele momento pelo exegeta, que busca, sobretudo, a efetividade do processo.

Alexy já havia se pronunciado sobre a impossibilidade de teorias morais materiais, mas apontou a possibilidade doutrinária daquelas que formulam regras ou condições da argumentação ou decisão prática- racional, derivadas do procedimento judicial.³⁴⁸

³⁴⁶ TEIXEIRA, op. cit., p. 8.

³⁴⁷ MARINONI. A legitimidade..., op. cit., p. 7.

³⁴⁸ ALEXY. Teoría de los derechos..., op. cit., p. 530.

No caso de concretização de norma processual aberta, a exigência de justificativa quanto à utilização da técnica processual é, antes de tudo, decorrência da própria estrutura dessa modalidade de norma, instituída para dar ao juiz poder necessário para atender as variadas situações concretas.³⁴⁹

O discurso judicial embasado na meta-norma também é meta-discurso, na medida em que recai sobre um outro discurso que lhe serve de paradigma e traz consigo valores multidisciplinares para sua edificação.

Para a justiça da decisão, o professor Taruffo sintetiza três critérios a serem observados: 1) a correção da escolha e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso concreto; 2) a reconstrução fiel dos fatos relevantes do caso concreto; 3) a utilização de um procedimento válido e justo para chegar à conclusão, sendo que nenhum deles se basta. Todos os três critérios citados devem compor, juntos, a decisão justa, traduzindo a “melhor” dentre as várias hipóteses possíveis de decisão judicial.³⁵⁰

Fatores como tempo de tramitação do processo e prazo para a sentença especial, adequação e preparo dos nossos universitários, bem como a estrutura humana e material dos tribunais para a operação das cláusulas gerais geram muita apreensão e dúvida.

Mas, é fato, todos nós teremos que enfrentar a boa mudança em benefício dos que ainda irão necessitar da justa justiça. Na opinião de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Nesse trabalho criador, o juiz deve, mais do que em outras ocasiões, fundamentar as suas decisões, porque ele deve explicar às partes e à comunidade jurídica como tais condutas foram consideradas as devidas na situação do processo, pois foi nessa norma de dever (criada por ele para o caso) que alicerçou a solução da causa. Na verdade, a primeira e principal responsabilidade é a pessoal, pela qual o juiz é chamado a prestar contas perante sua própria consciência.³⁵¹

De acordo com a leitura da norma individualizada aplicável ao caso, tal norma estará mais ou menos ajustada aos princípios que o julgador decidiu preservar. Uma vez coincidentes, a fundamentação da sentença será a singela invocação do direito positivo que, por si, legitimará a decisão. No entanto, se houver divergência, o juiz deverá argumentar sobre o acerto e a adequação de sua decisão

³⁴⁹ MARINONI. A legitimidade..., op. cit., p. 9.

³⁵⁰ TARUFFO, 1997 apud CAMBI, op. cit., p. 116.

³⁵¹ AGUIAR JÚNIOR. O Poder Judiciário..., op. cit., p. 11-13.

ao sistema jurídico, pois deverá encontrar ali fundamentação suficiente para a decisão que entende ser a mais justa e, portanto, a única cabível.³⁵²

No manejo das cláusulas gerais o juiz tentará, sem descanso, a busca da decisão mais justa no caso concreto e, caso se defronte com uma lei que não possa ser interpretada e redefinida de conformidade com o valor “justiça”, ou renunciará à toga, como recomenda Recaséns Siches, ou, contrariará a lei, nas hipóteses em que ela viola a finalidade da instituição social que regula.³⁵³

O correto para todos os operadores do direito que buscam a distribuição da justiça integral é abandonar qualquer posição cômoda e inerte e assumir as rédeas do processo como instrumento de modificação social, utilizando, inclusive, as cláusulas gerais processuais.

Segundo o promotor de justiça e professor Eduardo Cambi:

Para o controle sadio, certamente lembraremos dos métodos de hermenêutica, valoração de princípios e regras jurídicas. A fundamentação estará no caminho correto quando: i) a solução encontrada puder se inserir na moldura do ordenamento jurídico; ii) a sua aplicação seja justificada por um processo anterior, com ampla oportunidade de participação dos juridicamente interessados, e com uma motivação considerada razoável para legitimá-la socialmente; iii) forem observados os valores dominantes no momento (histórico, ético, político, econômico, cultural, etc.) em que a decisão é tomada.³⁵⁴

Encerra Marinoni, ao debater o paradigmático caso do artigo 461, § 5.º do Código de Processo Civil:

A justificação, obedecendo a esses critérios, dá às partes a possibilidade de controle da decisão jurisdicional. A diferença é a de que, em tais situações, o controle da atividade do juiz é muito mais complexa e sofisticada do que aquela que ocorria com base no princípio da tipicidade, quando o juiz apenas podia usar os instrumentos processuais definidos na lei. Mas essa mudança de forma de pensar o controle jurisdicional é apenas reflexo da necessidade de se dar maior poder ao juiz – em parte a ele já entregue pelo próprio legislador ao fixar as normas abertas – e da transformação do próprio conceito de direito, que submete a compreensão da lei aos direitos fundamentais.³⁵⁵

³⁵² AGUIAR JÚNIOR. Interpretação..., op. cit., p. 17.

³⁵³ AGUIAR JÚNIOR. Interpretação..., op. cit., p. 18.

³⁵⁴ CAMBI, op. cit., p. 112.

³⁵⁵ MARINONI. A legitimidade..., op. cit., p. 14.

CONCLUSÃO PESSOAL

A atividade judicante ficou muito mais complicada.

A realidade vivenciada nos tribunais e pelos juízes de primeiro grau de jurisdição impõe um ritmo de trabalho além do que humanamente se suportaria.

Nesta esteira, é que o operador do direito deve torcer para que toda a mudança legislativa, uma boa e significativa mudança, seja efetivamente considerada pelos homens que compõem as cúpulas dos tribunais, isto, ao organizar e dividir as jurisdições e atribuições ministeriais.

A vida que se dá aos ordenamentos constitucionais é a resposta ao clamor popular por mais justiça social, menos legalismo e especial efetiva à decisão judicial. A leitura que a cláusula geral determina está de acordo com a expectativa dos que lidam com o mundo do direito, bastando o interessado, colorir a moldura legislativa aberta com valores e conceitos fáticos, que permitam a concreção judicial.

A tarefa não será cumprida facilmente, mas está posta.

Conclui-se pela efetividade da jurisdição, tarefa estatal imprescindível não só para a manutenção da dignidade da pessoa humana, mas à democracia.

Dessume-se pela aplicação ousada e pontual do novo instituto reformador, enquanto este ainda vive.

Nada obsta que se deflúa a favor da modernização do sistema jurídico-processual.

Firma-se pela seriedade dos trabalhadores do direito.

E, acresça-se: conclui-se, sobretudo, pela dignidade do povo brasileiro, a qual passa pelas mesas abarrotadas e mãos calejadas dos letrados e togados.

“A cada dia que vivo mais me convenço de que o desperdício da vida está no amor que não damos, nas forças que não usamos, na prudência egoísta que nada arrisca. E esquivando-se do sofrimento, perdemos também a felicidade.”

Carlos Drummond de Andrade

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Discurso proferido por ocasião do lançamento do livro "a boa-fé no direito privado" de autoria de Judith Martins-Costa. Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 29 nov. 1999. Acervo pessoal do autor.

_____. Interpretação. AJURIS, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

_____. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. Revista de Direito Renovar, n. 18, p. 11-19, set./dez. 2000.

AKEL, Hamilton Elliot. O poder judicial e a criação da norma individual. São Paulo: Saraiva, 1985.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora, 2001.

_____. Teoria de los derechos fundamentales. Tradução para o espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

APPIO, Eduardo Fernando. Interpretação conforme a Constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. Antecipação de tutela e a Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navegandi, Teresina, v. 9, n. 851, p. 3, 1 nov. de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=754>. Acesso em: 10 jan. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 6.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Código de Processo Civil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o artigo 285-A à Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 fev. 2006. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 723.281/RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Procurador: Sérgio Severo e outros. Agravado: Iara Silveira da Silva. Relator: Ministro Castro Meira, 7 de fevereiro de 2006. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 306, 20 fev. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501947970&dt_publicacao=20/02/2006>. Acesso em: 27 abr. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 46.432/SP. Recorrente: José Arnaldo Macedo Alves. Recorrido: Cleomar Santos. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 13 de junho de 1994. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 19.576, 8 ago. 1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199400094434&data=08/08/1994>> Acesso em: 27 abr. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.417-7. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves, 9 de dezembro de 1987. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 abr. 1988. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?PROCESSO=1417&CLASSE=Rp&cod_classe=464&ORIGEM>. Acesso em: 27 abr. 2006.

BRUTAU, José Puig. A jurisprudência como fonte do direito. AJURIS, Porto Alegre, n. 5, p. 33-34, 1977.

BUENO, Eduardo. A coroa, a cruz e a espada. AJURIS, Porto Alegre, Edição Especial, p. 33, dez. 2005.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. Instituições de direito processual civil. Napoli: Morano, 1970.

CAMBI, Eduardo. Jurisdição no processo civil: compreensão crítica. Curitiba: Juruá, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Min. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. Napoli: Morano, 1958.

CEFA – CENTRO DE ESTUDO EM FILOSOFIA AMERICANA. Disponível em: <WWW.cefa.org.br/portal_filosofia/todasgt.asp>. Acesso em: 12 ago. 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

CHUEIRI, Vera Karam. Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DAHL, Robert A. Poliarquia: participação e oposição. Prefácio Fernando Limongi. Tradução Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). Processo civil: leituras complementares para concursos II. Salvador: JusPodium, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINIZ, Maria Helena. As lacunas do direito. São Paulo: Saraiva, 1996.

DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Tradução Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Sovereign virtue: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University, 2000.

_____. Tankin rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of judicial review. Cambridge: Mass Havard University Press, 1980.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência: legitimação pela fundamentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. La justicia en Espanã ante el siglo XXI. Anales de la Academia de Ciências Morales y Políticas. LII, 2000.

GRUPO DE PESQUISA PRAGMATISMO E FILOSOFIA AMERICANA. Disponível em: <WWW.marilia.unesp.br/atividades/pequisa/gr-pesq/grupos25.htm>. Acesso em: 12 ago. 2004

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre a factibilidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. A cláusula geral específica da inversão do ônus da prova e seu momento processual de efetivação. 2003. Monografia de conclusão de curso. (Especialização em Responsabilidade Civil e Consumo) - Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, Curitiba, 2003.

_____. Julgamento por verossimilhança e o prontuário médico-hospitalar. A inversão do ônus da prova do profissional médico. Revista de Direito Médico e da Saúde, Recife, Rápido. 2005, v. 1, n. 2, p. 6-20, abr. 2005.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. Teoria geral do estado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1945.

_____. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

KOLM, Serge-Christophe. Teorias modernas da justiça. Tradução Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOZICKI, Katya. H. L. A. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. 1993. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1993.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Túlio. A força criativa da jurisprudência e os limites pelo texto da lei. São Paulo, Revista de Processo, v. 11, n. 43, p. 58, jul./set. 1986.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MALACHINI, Edson Ribas. Sentenças condenatórias, mandamentais e executivas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 441-473.

MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 8, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

_____. Efetividade do processo e tutela de urgência. **Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.**

_____. (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso: (Leis 11.276 e 11.277 de 8.2.06). p. 4. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 22 mar. 2006.

_____. A jurisdição no Estado constitucional. *Jus Navegandi, Teresina*, v. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina.texto.asp?id=6550>. Acesso em: 10 jan. 2006.

_____. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: WWW.PROFESSORMARINONI.COM.BR>. Acesso em: 21 nov. 2005.

_____. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Tutela inibitória: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, n. 15, p. 129-154, 1998.

_____. O método da concreção e a interpretação dos contratos: notas de uma leitura suscitada pelo código civil: escrito em homenagem ao jurista e professor Renan Lotufo. Canela, RS: [s.n], jun. 2005. Obra ainda não publicada.

_____. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 163-185.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade na Alemanha. *Revista de Direito Administrativo, São Paulo*, v. 193, p. 13, jul./set. 1993.

_____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. _____. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 1993. v. 4.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MONTORO, André Franco. O problema das fontes do direito. Fontes formais e materiais: perspectivas filosófica, sociológica e jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 32, p. 7-12, out./dez. 1971.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORELLO, Augusto Mario. Proceso y realidad. Revista de Processo, São Paulo, v. 56, p. 62-74, out./dez. 1989.

MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho constitucional. Tradução Paulo Bonavides. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996.

NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. A função dos conceitos de ação e de jurisdição na aplicação do direito. 1998. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

_____. Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 172715-7, Acórdão nº 15675, da 6.^a Câmara Cível. Relator: Desembargador Airvaldo Stela Alves. Revisor: Desembargador Duarte Medeiros, 14 de fevereiro de 2006. Diário da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 3 mar. 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 181.937-2, Acórdão n.º 15408, da 6.^a Câmara Cível. Relator: Desembargador: Milani de Moura. Revisor: Desembargador Airvaldo Stela Alves, 06 de dezembro de 2005. Diário da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, 13 jan. 2006.

PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

_____. Princípios do processo civil. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Portugal, 1976.

QUADROS, Noeval de. Palestra proferida na Escola da Magistratura. Curitiba, out. 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. Interpretação constitucional e poder judicial. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

REIS, Clayton. Avaliação do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Sistema del derecho romano. Atualização M. F. C. Savigny. Madrid: F. Gongora, 1878-1879. v. 1.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Ovídio A. Batista. Jurisdição e execução na tradição Romano-Canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 108.

SLERCA, Eduardo. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STUMM, Raquel Denize. Princípio da Constitucionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A criação e realização do direito na decisão judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TESSLER, Luciane Gonçalves. O Papel do judiciário na concretização dos direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 152-165.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 13. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TOURAINÉ, Alan. O que é democracia? Petrópolis: Vozes, 1996.

VELOZO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada discricionariedade judicial. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba, v. 50, p. 85-98, jan./dez. 1991.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Trotta, 2003.