

**RAFAELA ALMEIDA DO AMARAL**

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni**

**CURITIBA  
2006**

**RAFAELA ALMEIDA DO AMARAL**

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni**

**CURITIBA  
2006**

## TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAELA ALMEIDA DO AMARAL

### A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

---

Professor Doutor Luiz Guilherme B. Marinoni  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

---

Professor Doutor

---

Professor Doutor

Ao Guilherme,  
com amor.

### Agradecimentos

Aos meus pais, Cristovam e Aracéli, pelo incentivo e por tudo o que já fizeram por mim.

Ao Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, pelas orientações e indispensável apoio.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	viii
<b>ABSTRACT</b> .....	ix
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO</b> .....	04
1.1 AS TEORIAS ACERCA DA AÇÃO.....	04
1.2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA .....	14
1.3 O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO CLÁSSICO COMO OBSTÁCULO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO.....	17
1.4 O DIREITO DE AÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	21
<b>2 O DIREITO DE AÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....	31
2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE AÇÃO.....	31
2.2 O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA .....	35
2.3 O DIREITO À TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	45
<b>3 O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL</b> .....	53
3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	53
3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS. A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS. OS CONFLITOS NORMATIVOS.....	57
3.3 FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE AÇÃO.....	66
3.4 FUNÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO .....	69
3.5 EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO.....	79
3.6 AÇÃO E DEFESA.....	89
<b>4 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO</b> .....	94
4.1 PANORAMA HISTÓRICO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL.....	94
4.2 O JUIZ E AS TÉCNICAS PROCESSUAIS INSTITUÍDAS PELO LEGISLADOR.....	96
4.3 AS NORMAS PROCESSUAIS ABERTAS.....	114

4.4 A ATUAÇÃO DO JUIZ EM FACE DA INEXISTÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS.....	121
4.5 LIMITES E CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.....	131
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>140</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>144</b>

## RESUMO

A presente dissertação trata do direito de ação, compreendido a partir da sua consagração constitucional como direito fundamental. O conteúdo e a eficácia do direito de ação devem ser buscados na própria Constituição, fonte normativa de máxima hierarquia que constitui o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Assim é que a atuação de todos os poderes do Estado está vinculada à concretização do direito fundamental de ação, o qual não se revela apenas como direito de defesa a vedar intervenções estatais indevidas, mas exige prestações positivas que viabilizem a sua realização plena e efetiva tal como garantido constitucionalmente. As técnicas processuais instituídas pelo legislador nos artigos 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil exprimem mecanismos que possibilitam ao juiz prestar uma tutela jurisdicional adequada à natureza e especificidades da tutela prometida pelo direito material no caso concreto. Todavia, a realização do direito fundamental de ação não pode restar obstaculizada pelas limitações ou deficiências das técnicas processuais previstas pelo legislador. Exige-se dos juízes uma postura ativa engajada com a tutela efetiva do direito material em litígio, seja através da interpretação da lei processual à luz da Constituição e dos direitos fundamentais, seja mediante o controle de constitucionalidade das leis. A fundamentação das decisões, nessa perspectiva, constitui-se em exigência indispensável para ensejar o rigoroso controle da atuação judicial, que está igualmente adstrita à observância dos direitos fundamentais do réu, assim como dos demais valores e princípios que informam a ordem constitucional.

**Palavras-chave:** direito de ação, direitos fundamentais, tutela jurisdicional efetiva.

## ABSTRACT

The present dissertation focuses the right of action considering its constitutional acknowledgment as a fundamental right. The right of action contents and efficacy should be sought within the Constitution itself seeing that it is the normative source of the highest hierarchy constituting the whole legal system validity ground. Thus, the performance of every State power is linked to the right of defense which should not only be used to prevent undue state interventions, but also to require positive actions for it to be accomplished effective and completely, as it is guaranteed by the Constitution. The procedural techniques established by legislators in the Civil Procedure Code articles 273, 461 and 461-A show mechanisms that allow judges to deliver a jurisdictional tutelage adequate to the nature and specificities of the tutelage pledged by the material right in a concrete case. Nevertheless, the fundamental right of action accomplishment cannot be obstructed by procedural technique limitations or deficiencies foreseen by legislators. Judges are required to have an active stance committed to the effective tutelage of the material right under legal action, either by interpreting the procedural law according to the Constitution and fundamental rights, or through the Law Constitutionality control. The decision-making grounds through such perspective are an indispensable requirement to impose a severe control over judicial performance which is also subjected to complying with the defendant fundamental rights and with other values and principles provided by the constitutional order.

**Key-words:** Right of action; fundamental rights; effective jurisdictional tutelage.