

**JULIO GUILHERME MÜLLER**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS**

**Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.**

**Orientador: Professor Doutor Luiz Guilherme B. Marinoni**

**CURITIBA**

**2004**

## TERMO DE APROVAÇÃO

**JULIO GUILHERME MÜLLER**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCEESSUAIS**

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

Orientador:

**Professor Doutor Luiz Guilherme B. Marinoni**

Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

**Professor**

**Professor**

Dedico este trabalho a minha amada esposa Glauca, mulher de doce encanto e inúmeras qualidades. Aos meus pais, Osmar e Salete, que além de carinho nunca mediram esforços para me proporcionar a melhor educação possível. À Juliana, Gabriela e Katherine, minhas irmãs, pelo constante amor demonstrado.

## AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas colaboraram para que este trabalho se tornasse realidade.

Ao Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni os meus sinceros agradecimentos. Além de ter acreditado nesta pesquisa, que um dia foi apenas uma pequena idéia, mostrou-se um autêntico amigo. Seu conhecimento motivou-me a sempre tentar ir além de minha capacidade. Obrigado por tudo.

Agradeço aos demais Professores da Universidade Federal do Paraná e aos funcionários do setor de Pós-Graduação e biblioteca, que além do auxílio intelectual e material, acolheram-me de forma hospitaleira e amiga.

Aos sócios de escritório de advocacia, Marlon Charles Bertol e Ronei Danielli, muito obrigado pela compreensão, auxílio e incentivo. Ao advogado Eduardo Beil, além da tradução do resumo para o inglês, agradeço pelo auxílio proporcionado nos últimos meses nas atividades profissionais.

Aos meus familiares e amigos, obrigado por terem compreendido a razão da subtração de importantes momentos que poderíamos ter vivido.

Ao Doutor Ruy Samuel Espíndola, amigo que compartilhou comigo alguns milhares de quilômetros nas jornadas semanais entre Florianópolis e Curitiba, minha estima e consideração pela pessoa e profissional que é.

Agradeço, por fim, os gestos de amizade e os instantes de prosa com os amigos que fiz na Universidade Federal do Paraná ao longo desta jornada. Todos vocês, sem dúvida nenhuma, tiveram uma grandiosa participação na elaboração deste trabalho.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUÇÃO.....	1
<b>1ª PARTE – ESTADO, CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO</b>	
CAPÍTULO I – O MODELO DE ESTADO BRASILEIRO	
Seção 1 - O Estado Democrático de Direito e o Estado Constitucional.....	6
Seção 2 - O Estado do Bem Estar Social.....	7
Seção 3 – O Estado Constitucional.....	11
CAPÍTULO II – ESTADO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA.....	
	15
CAPÍTULO III – SEPARAÇÃO DE PODERES E PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL.....	
	18
CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL	
Seção 1 – A Posição da Constituição no Ordenamento Jurídico.....	26
Seção 2 – Os Princípios Processuais e a Constituição.....	29
Seção 3 – A Constitucionalização e a Repersonalização do Processo Civil.....	32
CAPÍTULO IV – O PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E REALIZAÇÃO DOS DIREITOS.....	
	38
<b>2ª PARTE – TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	
CAPÍTULO I – SISTEMATIZAÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Seção 1 – Considerações Iniciais.....	46
Seção 2 – Norma e Enunciado Normativo.....	50
Seção 3 – Direitos Fundamentais Principais e Adstritos.....	52
CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS	
Seção 1 – As Diferentes Dimensões dos Direitos Fundamentais.....	57
Seção 2 – Direitos Fundamentais Processuais ou Garantias Fundamentais Processuais?.....	60
Seção 3 – Direitos Fundamentais Processuais Principais e Adstritos.....	65
CAPÍTULO III – A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	
Seção 1 – Justificação.....	71
Seção 2 – Princípios e Regras de Acordo com o Grau de Generalidade.....	72
Seção 3 – Os Princípios como Mandados de Otimização e a Definitividade das Regras.....	73
Seção 4 – A Diferença entre Princípios e Regras segundo as Situações de Colisão ou de Conflito.....	75

Seção 5 – A Estrutura das Normas dos Direitos Fundamentais Processuais: Princípios ou Regras? .....	78
<b>CAPÍTULO IV – LIMITAÇÕES E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	
Seção 1 – Considerações Iniciais.....	82
Seção 2 – Modalidades de Limitações e de Restrições.....	86
Seção 3 – Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial do Direito Fundamental.....	88
Seção 4 – Metodica de Legitimação das Restrições e Limitações.....	91
<b>CAPÍTULO V – FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	
Seção 1 - Os Direitos Fundamentais enquanto Direitos Objetivos e Subjetivos.....	96
Seção 2 - A Teoria do <i>Status</i> de Jellinek.....	100
Seção 3 - Classificação Funcional: Direitos de Defesa e Direitos à Prestação.....	102
Seção 4 – O <i>Status Activus Processualis</i> .....	106
<b>CAPÍTULO VI – A PONDERAÇÃO DE BENS E A PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	
Seção 1 – Considerações Iniciais.....	108
Seção 2 – A Ponderação de Bens.....	109
Seção 3 – A Proporcionalidade.....	112
<b>3ª PARTE – DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE</b>	
<b>CAPÍTULO I – DEVIDO PROCESSO LEGAL</b>	
Seção 1 – O Devido Processo Legal como Direito Fundamental Principal.....	117
Seção 2 – Devido Processo Legal Substantivo e Procedimental.....	121
Seção 3 - Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial do Devido Processo Legal Procedimental.....	123
<b>CAPÍTULO II – ACESSO À JUSTIÇA</b>	
Seção 1 – O Acesso à Justiça como Direito Fundamental Principal.....	130
Seção 2 – Âmbito de Proteção.....	133
Subseção 2.1 – Inafastabilidade da jurisdição.....	134
Subseção 2.2 – Direito de ação.....	137
Subseção 2.3 – Tutelas adequadas.....	139
Subseção 2.4 – Efetividade processual.....	146
Subseção 2.5 – Prestação jurisdicional tempestiva.....	149
Subseção 2.6 – Processo justo.....	153
Seção 3 – Núcleo Essencial.....	156
<b>CAPÍTULO III – CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA</b>	
Seção 1 – O Contraditório e a Ampla Defesa como Direitos Fundamentais Principais.....	161
Seção 2 – Âmbito de Proteção	
Subseção 2.1 – Bilateralidade de audiência e a igualdade das partes.....	163
Subseção 2.2 – Contraditório efetivo.....	168
Subseção 2.3 – O Direito à prova.....	175
Subseção 2.4 – O Contraditório no processo de execução.....	179
Seção 3 - Núcleo Essencial.....	182
<b>CAPÍTULO IV – JUIZ NATURAL</b>	
Seção 1 – O juiz Natural como Direito Fundamental Principal.....	186

Seção 2 – Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial.....	187
<b>CAPÍTULO V – DIREITO À NÃO UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS</b>	
Seção 1 – O âmbito de Proteção do Direito à Não Utilização de Provas Ilícitas no Processo.....	192
Seção 2 – Restrições ao Direito.....	195
<b>CAPÍTULO VI – DECISÕES FUNDAMENTADAS</b>	
Seção 1 – O direito Fundamental à Fundamentação das Decisões.....	198
Seção 2 – Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial.....	200
<b>CAPÍTULO VII – PUBLICIDADE</b>	
Seção 1 – A Publicidade dos Atos Processuais como Direito Fundamental.....	205
Seção 2 – Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial.....	206
<b>CAPÍTULO VIII – IGUALDADE DE OPORTUNIDADES PROCESSUAIS</b>	
Seção 1 – Direito Fundamental de Igualdade Processual.....	209
Seção 2 – Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial.....	209
<b>4ª PARTE – DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL</b>	
<b>CAPÍTULO I - PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESENVOLVIMENTO JUDICIAL (“CRIAÇÃO” E “RECONSTRUÇÃO”) DE DIREITOS.....</b>	<b>215</b>
<b>CAPÍTULO II - HARMONIZAÇÃO E CONFORMAÇÃO PROCEDIMENTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS.....</b>	<b>227</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>230</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>239</b>

## RESUMO

A Constituição Brasileira de 1988 apresenta uma série de garantias processuais que irradiam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Com o resgate de sua força normativa, operou-se uma mudança de paradigma que remete o operador do direito a investigar e aplicar as normas constitucionais antes das demais. A nova concepção de Estado e os valores por ele protegidos reclama a revisão dos objetivos do processo civil. Seus institutos e procedimentos devem ser trabalhados a partir do modelo processual constitucional, composto de direitos fundamentais. Para tanto é necessário operacionalizar as normas processuais constitucionais à luz dos direitos fundamentais, na medida em que é esta a categoria jurídica em que elas estão inseridas. O presente trabalho pauta-se no exame teórico e geral dos direitos fundamentais, de modo a relacioná-lo com as garantias e direitos processuais previstos na Constituição, especialmente o devido processo legal, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a proibição de utilização de provas ilícitas, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões e publicidade dos atos processuais e a igualdade de oportunidades processuais. Todos estes direitos possuem estrutura normativa, eficácia e função distintas de outras normas, não sujeitos a processos de invalidação, mas sim de intervenção, constituindo mandados de otimização. São direitos que devem ser aproveitados segundo a sua máxima capacidade, realizando-se, todavia, em diferentes graus de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas que cercam cada caso concreto. Eventuais conflitos entre direitos fundamentais devem ser solucionados através de critérios diferenciados, com a utilização da ponderação de bens e da proporcionalidade. Para tanto é importante analisar o âmbito de proteção e o núcleo essencial de cada uma destas garantias ou direitos fundamentais processuais. Por fim, a estrutura normativa, aplicabilidade, eficácia e posicionamento dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico aconselham a releitura do princípio da separação dos poderes e os limites da prestação da tutela jurisdicional na concretização destes direitos.

## ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 presents several procedural guarantees that have effect on the legal system. With the regain of its normative force, a paradigm change was managed and make the law operator investigate and apply the constitutional rules before any other ones. The new conception of State and the values by it protected complain the revision of the objectives of the civil procedural law. Its rules and procedures must be worked from the constitutional procedural model, composed of basic rights. For that to occur, it is necessary to analyze the constitutional procedural norms by the angle of basic rights, in accordance to the legal category where they are inserted. The present work guideline is the theoretical and general examination of the basic rights, in order to relate it with the guarantees and procedural rights inserted in the Constitution, especially due process of law, the access to justice, the right to be heard and to have an ample legal defense, the natural judge, the prohibition of use of illicit evidences, the obligatoriness of motives in the decisions, publicity of the procedural acts and the equality of procedural chances. All these rights have normative structure, as well as effectiveness and function distinct of other norms, being not subordinated to invalidation processes, but yes of intervention, constituting precepts of optimization. Those are rights that must be used to its maximum capacity, becoming materialized, however, in different degrees in accordance with the legal and factual possibilities that surround each concrete case. Eventual conflicts between basic rights must be solved through differentiated criteria, with the use of the balance of goods and the proportionality. Therefore, it is important to analyze the scope of protection and the essential nucleus of each one of these guarantees or procedural basic rights. Finally, the normative structure, applicability, effectiveness and positioning of the basic rights in the legal system advise the rereading of the principle of the separation of powers and the limits of the judicial decisions handed over in the achieving of these rights.

## INTRODUÇÃO

A promulgação de uma Constituição é um evento marcante para qualquer sociedade. Seu advento está normalmente ligado a uma significativa mudança de valores e direitos. Com a Constituição Federal brasileira de 1988 não foi diferente. Denominada apropriadamente de *cidadã*, estabeleceu uma série de direitos e garantias, ao longo de seu texto, aptos a revolucionar a conduta do povo e do Estado. Quanto ao processo civil em particular, catalogou uma série de normas referentes aos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo um autêntico modelo processual constitucional.

A operacionalização do processo civil com os olhos vendados a este modelo processual constitucional, entretanto, é ainda muito comum entre aqueles que lidam com o direito. Resquícios do pensamento que prega autonomia e aplicação do Código de Processo Civil e leis extravagantes em vigor, sem uma prévia investigação das normas constitucionais, contribuem para esta realidade. Isto se deve, historicamente, ao pensamento, dominante a partir da Revolução Francesa, de dar prevalência ao privado em detrimento do público, do Código sobre a Constituição, servindo esta como mera carta política. Mais recentemente, porém, passou-se a resgatar a importância do direito público e, principalmente, da Constituição como centro do cosmos normativo ou ápice da pirâmide do ordenamento jurídico. Todas as normas jurídicas, incluindo as processuais, devem ser lidas a partir das normas constitucionais. A constitucionalização do processo civil implica a existência de instrumentos e procedimentos compatíveis com o modelo processual constitucional e uma imprescindível interpretação e aplicação do processo segundo a Constituição, abrindo espaço para uma reconstrução das categorias processuais e dos procedimentos dentro de uma moldura constitucionalmente adequada. Para isto o operador do direito não deve restringir-se às construções teóricas do direito processual civil<sup>1</sup>. O horizonte que

---

<sup>1</sup> Segundo Marcelo Lima Guerra: “a processualística nacional ainda não incorporou, plenamente, as novas ferramentas conceituais fornecidas pelo moderno constitucionalismo, mais precisamente pela teoria dos direitos fundamentais. Tais ferramentas possibilitam uma impressionante melhora de qualquer sistema legal vigente, independentemente de reformas legislativas, servindo, de um lado, para dimensionar os próprios problemas a serem resolvidos e, de um outro lado, para extrair do

se descortina recomenda a utilização conjunta das novas ferramentas oferecidas pelo constitucionalismo, dentre as quais as modernas teorias sobre os direitos fundamentais, revelando um rico campo interdisciplinar a ser investigado.

O objetivo do presente trabalho é o de tratar este modelo processual constitucional, estudando os direitos fundamentais de conteúdo processual e sua aplicação no processo civil, o que é, segundo Gerhard Walter, um tema sempre atual<sup>2</sup>. De fato, se a constitucionalização do processo civil remete o processualista à Constituição, os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídica no ápice da Carta Magna, com aplicabilidade imediata e eficácia otimizadora em busca da concretização de suas normas, obriga-o a tratar das garantias processuais constitucionais - como o acesso à justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural, fundamentação das decisões, publicidade dos atos processuais, proibição de utilização de provas ilícitas e igualdade de oportunidades processuais - com os aportes jurídicos que lhe são inerentes, especialmente quanto a sua estrutura normativa, função, possibilidades de restrição e utilização de mecanismos para a solução de conflitos. Um sistema eficaz de garantias para a proteção e realização dos direitos materiais é imprescindível e irrenunciável, sendo absolutamente legítimo o tratamento constitucional oferecido<sup>3</sup>.

Estas premissas serão tratadas na primeira parte do trabalho, com uma tentativa de situar os direitos fundamentais e o processo civil em seus respectivos contextos, a partir das características e modelo de Estado brasileiro, especialmente suas feições constitucionalista, democrática e social. Ainda neste, será possível vislumbrar a relação de interdependência entre Estado, a Constituição e direitos fundamentais, já que, atualmente, a observância desta última categoria é essencial para a legitimação do primeiro, motivo pelo qual é elemento nuclear do segundo.

---

sistema posto o máximo de eficácia nas respectivas soluções” (In *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 12).

<sup>2</sup> WALTER, Gerhard. *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-settembre, 2001. Bologna: Cedam. p. 731.

<sup>3</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Settembre, 1991. Milano: Giuffrè. p. 677.

A concretização dos direitos que a sociedade elegeu como fundamentais é crucial para o cumprimento dos objetivos estabelecidos no preâmbulo da Constituição como ao longo de seu texto. É uma missão do povo e dos Poderes constitucionalmente constituídos. A observância dos direitos, porém, nem sempre se dá de forma natural ou espontânea, razão pela qual a prestação da tutela jurisdicional deve ser analisada sob a ótica do princípio da separação dos poderes, o que acabará servindo de base para verificar se há ou não necessidade de uma releitura para a realização das normas constitucionais em uma sociedade tão complexa e em constante mutação como a atual.

Não basta analisar a prestação jurisdicional de acordo com o dogma da separação dos poderes. É preciso analisá-lo sistematicamente, de acordo com os objetivos do processo e as novas ferramentas constitucionais. O modelo de Estado e a previsão de alguns institutos processuais no elenco dos direitos fundamentais, assim, implicam um novo paradigma que remete aos fenômenos da constitucionalização e repersonalização do processo civil, orientando o operador do direito a trabalhá-lo numa perspectiva normativa e argumentativa adequada. Não se pode perder de vista que o processo é instrumento e método de solução dos conflitos e realização dos direitos, e o jurisdicionado um indivíduo que precisa ver assegurada sua dignidade, já que as normas são feitas pelo ser humano e para os seres humanos, devendo a pessoa ser tratada efetivamente como sujeito e não objeto.

Ultrapassadas estas premissas é necessário tratar da teoria dos direitos fundamentais, o que constitui a segunda parte da pesquisa. Enquanto categoria jurídica distinta é imprescindível analisar as garantias processuais fundamentais com os olhos voltados, inicialmente, para a Constituição, pois sua estrutura normativa e a eficácia são diferentes se comparadas às demais normas de direito processual civil. As funções que desempenham no sistema jurídico e a forma de resolução de conflitos normativos entre eles também merecem uma moldura teórica constitucionalmente adequada. As limitações e restrições aos direitos fundamentais, e sobremaneira aos processuais, exige a adequação de uma metodologia a sua estrutura principiológica e aberta, através do exame de critérios diferenciados como a proporcionalidade e a ponderação de bens. Mas para isto é necessário ainda tratar de noções sobre posições jurídicas no âmbito de

proteção e no núcleo essencial de cada direito fundamental, já que os choques entre eles não devem ser resolvidos mediante a invalidação de um deles, mas sim mediante a precedência de um sobre o outro, com a manutenção de um mínimo que justifique o direito restringido.

Na terceira parte do trabalho, construída a partir dos dados expostos nas duas que lhe antecedem, procurar-se-á tratar dos direitos fundamentais processuais individualmente, dando ênfase ao âmbito de proteção e núcleo essencial de cada um deles. É a conjugação destas posições sob o âmbito de proteção com uma necessária harmonização entre os direitos que se chega ao modelo processual constitucional, com função de assegurar a observância e aplicação máxima das garantias do devido processo legal, acesso à justiça, contraditório, ampla defesa, juiz natural, proibição de utilização de provas ilícitas, fundamentação das decisões, publicidade dos atos processuais e igualdade de oportunidades processuais.

É natural que posições de diferentes direitos fundamentais processuais entrem em choque. A tempestividade e a efetividade da prestação jurisdicional, posições no âmbito de proteção do acesso à justiça podem, a título de exemplo, entrar em conflito com o direito do contraditório. A celeridade não pode implicar injustiça, pois se a demora é repugnante, rapidez com erronia é péssima<sup>4</sup>. Isto não serve de desculpa, entretanto, para o descumprimento de norma constitucional. Todos os direitos fundamentais devem ser realizados em grau máximo, admitindo-se a precedência de um sobre o outro quando as circunstâncias do caso e uma argumentação *jusfundamental* assim o exigirem. Para o cumprimento dos desígnios do processo civil e das normas constitucionais, a concretização judicial dos direitos fundamentais processuais se impõe, possibilitando-lhes, inclusive, atividades de desenvolvimento, harmonização e conformação ante a estrutura normativa e eficácia que lhe são peculiares, conteúdo da quarta parte do trabalho.

Finalmente, ao romper das conclusões essa dissertação pretende chegar a maior delas: assim como os direitos fundamentais, esta pesquisa é obra aberta, a ser

---

<sup>4</sup> ROSAS, Roberto. *Processo civil de resultados*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. Volume 2. São Paulo: Dialética, 2003. p. 108.

mediada e reconstruída constantemente, sem pretensão, em nenhum momento, de considerar esgotado o tema.

## 1ª PARTE – ESTADO, CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO

### CAPÍTULO I – O MODELO DE ESTADO BRASILEIRO

#### Seção 1 - O Estado Democrático de Direito e o Estado Constitucional

Para discutir direitos fundamentais processuais, há que se estabelecer, preliminarmente, algumas noções e conceitos inerentes ao modelo de Estado no qual se aqueles se encontram inseridos. Lê-se no art. 1º da Constituição Federal que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, o que pressupõe duas características diferentes: a primeira de que o Brasil é um Estado democrático, e a segunda de que o Brasil é um Estado de direito.

Apesar de a expressão identificar, aparentemente, uma única moldura de configuração de Estado, há, na verdade, duas categorias distintas que identificam diferentes qualidades que podem ou não estar presentes no seio de uma sociedade organizada. Canotilho<sup>5</sup> sustenta que assim como há Estados de Direito sem uma legitimação democrática, há Estados Democráticos em que nem sempre são respeitados os limites impostos pelo direito.

No Estado Democrático o poder é distribuído a partir da soberania popular, que o legitima. O Estado Democrático, pois, tem o povo como origem do poder, ou, em outras palavras, tanto o poder como o direito emanam da vontade popular exercida direta ou indiretamente.

O ordenamento jurídico do Estado de Direito limita a atividade e o poder do próprio Estado e dos indivíduos que convivem em sociedade, premissa presente, com pequenas variações, na obra de inúmeros pensadores<sup>6</sup>. Construído a partir do liberalismo, o Estado de Direito veio para fazer frente ao Estado absolutista, caracterizado pela ausência de direitos, concentração do poder e abusos por parte da

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 93.

<sup>6</sup> Vide, dentre tantos: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 2001.

classe política e economicamente dominante. Com a emergência de novas classes sociais, procurou-se limitar a atividade estatal através, inicialmente, da atribuição e divisão das funções estatais a poderes distintos e autônomos, conforme a teoria atribuída a Montesquieu. O Estado de Direito é caracterizado, regido e limitado pelo ordenamento jurídico. A própria Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão ressalta que, para que uma sociedade possa ter uma Constituição legítima capaz de resguardar a liberdade, são necessários instrumentos como a previsão de poderes independentes e separados para o cumprimento de determinadas funções, bem como mecanismos e institutos fundamentais para a garantia dos direitos<sup>7</sup>. A divisão tripartite das funções (legislativo, executivo e judiciário), possibilita o controle e o limite do próprio poder, garantindo, ao menos em tese, as liberdades. Os instrumentos de garantia, por sua vez, são imprescindíveis para a segurança jurídica e necessária concretização dos direitos não cumpridos, ao lado da representação eletiva como um importante componente estrutural, também, em um Estado de direito<sup>8</sup>.

## Seção 2 - O Estado do Bem Estar Social

Inaugurado o período das codificações civis a partir do Código Napoleônico, houve uma nítida separação entre os direitos público e privado. Enquanto a este incumbiam as relações de titularidades (posse e propriedade), trânsito jurídico (contratos e obrigações) e projeto parental (família), sempre a partir de um critério patrimonial, ficava o direito público com a incumbência de tratar dos interesses gerais do Estado.

Dada sua importância, bem como o tratamento distinto que mereciam de acordo com a natureza do direito, as codificações assumiram uma posição central e fundamental no ordenamento jurídico. Buscava-se prever e descrever abstratamente as

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 61. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 196.

possíveis situações da vida, dispondo-se o legislador, de forma onipotente, a descrever todas as condutas do fenômeno social<sup>9</sup>. O que o Código não mencionava era simplesmente ignorado juridicamente. A Constituição assegurava uma função diretiva e programática destinada ao legislador, sendo suas normas, por conseguinte, comumente desprovidas de auto-aplicabilidade. E aqui vale ressaltar que o direito brasileiro encontrava seu fundamento no Estado liberal, razão pela qual sua própria participação limitava-se a manter a coexistência pacífica entre os membros da sociedade civil e determinar a política legislativa a ser adotada, ficando a população livre para atuar de acordo com as regras codificadas. Ao Estado liberal competia a manutenção da ordem interna e a condução da política exterior, garantindo, assim, a segurança necessária para que os indivíduos pudessem manter sua independência privada<sup>10</sup>.

O crescente intervencionismo do Estado na economia, a partir da década de 30 do século passado, deslocou de forma lenta e gradual o eixo sobre o qual gravitava o direito. O surgimento de desigualdades econômicas e sociais em um Estado de matriz liberal, que tinha como um dos pilares a igualdade e liberdade formal de todos perante a lei, culminou com a necessidade de uma mudança de paradigma em razão do desequilíbrio entre os membros da sociedade. O Estado liberal produziu tantas incoerências quanto o Estado absolutista.

Para tentar contornar estes problemas, diversas Constituições de diferentes países europeus, desde a Constituição de Weimar, em 1919, passaram a se preocupar com o bem estar social da sociedade. Com esta meta uma série de direitos e de instrumentos, visando assegurar garantias existenciais mínimas ao ser humano, receberam uma previsão constitucional. Em outras palavras, procurou-se articular um Estado que tratasse concretamente da vida dos homens, cujas ações estatais fossem mais extensas e profundas do que aquelas que marcaram o omissivo Estado liberal,

---

<sup>8</sup> ZAGRABELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 23.

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In "Problemas de Direito Civil-Constitucional". Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 2.

dando-se ênfase à proteção da saúde, família, educação, seguridade social, vida privada, imagem, trabalho, moradia, dentre tantos outros direitos não menos importantes<sup>11</sup>.

Como assinala Peter Häberle<sup>12</sup>, por mais numerosos que sejam os conceitos, o Estado social, também denominado de Estado do bem estar social ou de Welfare State, reflete a idéia de um Estado constitucional (ou de direito) comprometido com a justiça social.

O Estado Democrático de Direito ou o Estado constitucional brasileiro é, também, um Estado do Bem Estar Social. Apesar da ausência de uma designação específica, há unanimidade no assunto: a Constituição brasileira está comprometida com o bem estar social. O art. 1º da Constituição deixa claro que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito com fundamento na soberania do povo, cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Do art. 3º extraem-se seus objetivos fundamentais, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a busca do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos sem qualquer espécie de preconceito. Os arts. 6º e 7º, por sua vez, prevêm uma série de direitos sociais - individuais e coletivos - o que se repete de forma esparsa ao longo do texto constitucional.

O apelo ao social demonstra claramente, assim, a vinculação entre Constituição e um Estado caracterizado pela democracia, pela ordem jurídica e pelo bem estar social, sendo recomendável que as diretrizes constitucionais sejam dotadas, na medida do possível, de eficácia direta, independentemente de outras normas

---

<sup>10</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

<sup>11</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet, o “Estado social de Direito, também denominado de Estado do bem-estar, distingue-se justamente por ter avocado para si a tarefa de realização da justiça social, de tal sorte que, juntamente com os direitos sociais, pode ser considerado ao mesmo tempo produto, complemento, corretivo e limite do Estado liberal de Direito e dos clássicos direitos de defesa de matriz liberal-burguesa” (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 205).

<sup>12</sup> HABÈRLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução por Héctor Fix-Fierro. P. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001. p. 225.

regulamentares. Há que se lembrar que as disposições constitucionais são, antes de tudo, espécies de norma jurídica, razão pela qual são dotadas de imperatividade que as tornam aptas a produzir eficácia. Como afirma Sérgio Fernando Moro, “Não se pode conceber Constituição destituída da pretensão de efetivar-se”<sup>13</sup>.

Com o Estado social e a inserção em âmbito constitucional de direitos e garantias sociais, permite-se uma ampliação do poder estatal, seja através de intervenção nas atividades entre os particulares, seja através da adoção de políticas públicas que acabam entrando em colisão com outros direitos. O Estado deve velar pela prevalência do social através de políticas públicas usando, quando necessário, instrumentos de intervenção. Admite-se que o Poder Executivo, nesta seara, acabe tendo que ultrapassar os limites convencionais da doutrina clássica, abandonando suas funções de mera execução e aplicação das leis para atuar, também, na função legislativa. Como ressalta Clémerson Merlin Clève<sup>14</sup>, em razão da morosidade e estrutura do processo legislativo, não se pode exigir que as tomadas de decisão tenham a rapidez das decisões do Executivo, razão pela qual a atividade legislativa daquele Poder, atualmente, é legítima desde que exercida dentro dos limites constitucionais. O mesmo pode ocorrer com o Poder Judiciário. Com isto se quer dizer que o Estado do bem estar social propicia uma releitura do princípio da separação dos poderes, conforme se verá mais adiante, e também acaba produzindo efeitos que irradiam sobre todo o contexto dos fenômenos da criação do direito e da prestação da tutela jurisdicional de um modo geral.

A figura do legislador como ente responsável pela criação do direito, que na visão de José Felipe Ledur seria o destinatário primeiro do Estado social<sup>15</sup>, não exclui, no entanto, participações importantes dos membros do executivo e do judiciário na concretização dos direitos sociais e anseios pela realização de justiça de um modo mais geral. O subjetivismo que marca os direitos no Estado social, porém, aliado à

---

<sup>13</sup> MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 54.

<sup>14</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividades legislativas do poder executivo*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 53.

<sup>15</sup> LEDUR, José Felipe. *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal do Paraná. 2002.

própria insuficiência das atividades legislativa e executiva (por mais que procure dispor sobre todas as situações da vida, sempre há conflitos em razão da insuficiência legislativa para regular antecipadamente todos os casos), proporciona a discussão sobre os limites da atividade jurisdicional e até onde ela pode invadir a competência clássica do legislativo para criar ou concretizar direitos através de decisões judiciais.

Com isto já se adianta que a clássica teoria da separação dos poderes, em que cada função é exercida exclusivamente por cada espécie de poder, não se coaduna com as modernas exigências do Estado social<sup>16</sup> e constitucional. Inúmeros interesses, bens e valores, que outrora não eram reconhecidos, passaram a ter vital importância para a sociedade. O Estado não mais se limita à defesa dos interesses da maioria, devendo assegurar também instrumentos de realização e de proteção aos direitos das minorias no que respeita à justiça e à igualdade material. Ao Judiciário reserva a função de julgar, ao Legislativo a de legislar e ao Executivo a de executar, porém não de forma exclusiva. Admite-se, em razão das necessidades e relevância da matéria, a ingerência dos outros poderes em funções que originariamente não lhes permitiam garantir a realização dos valores e direitos que o povo, de forma democrática e legítima, elegeu como fundamentais para a sociedade.

### Seção 3 – O Estado Constitucional

Em razão da conformação do Estado com o direito, a Constituição, como norma fundamental que estrutura todo o ordenamento jurídico, acaba proporcionando a própria evolução do conceito, já que é comum a alocação, na norma jurídica de hierarquia mais elevada, de definições importantes em um sistema jurídico, como a previsão de poderes separados para atuar em determinadas funções típicas de Estado,

---

<sup>16</sup> Ante a crise decorrente dos “excessivos custos financeiros e burocráticos, de egoísmos corporativos e de quebra de competitividade em faces de países com menor proteção social” já se fala num Estado pós-social como um modelo que viria a substituir o Estado do bem estar social (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 31-32).

os objetivos e valores fundamentais da sociedade, o sistema de governo como também a previsão de instrumentos de garantia dos direitos.

É da Constituição que emergem os predicados de uma sociedade, pois a Constituição, como afirma Lênio Luiz Streck, além de constituí-la, vincula e estabelece os parâmetros da ação estatal<sup>17</sup>. Fala-se, assim, de um Estado Constitucional em substituição ao Estado de Direito<sup>18</sup>. Tal mudança de paradigma encontra apoio a partir do momento em que se reserva à Constituição a prerrogativa de fixar originariamente os limites, direitos e liberdades através de um sistema de garantias (dentre elas a própria adoção da teoria da separação de poderes e o estabelecimento de prerrogativas fundamentais do cidadão) que vinculam todos os poderes e a sociedade. Como assinala Ingo Wolfgang Sarlet, como as liberdades são protegidas instrumentalmente por meio dos direitos fundamentais: “a Constituição (e neste sentido o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional”<sup>19</sup>.

Há quem sustente que em razão de inúmeras normas constitucionais apresentarem-se estruturalmente enquadradas na categoria de princípios, chega-se a falar até mesmo num Estado Principiológico<sup>20</sup>.

A substituição do conceito, todavia, não altera o conteúdo. Como afirma Canotilho<sup>21</sup>, o Estado de Direito e o Estado Constitucional, na atualidade, se

---

<sup>17</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 283 a 288.

<sup>18</sup> HABÈRLE, Peter. *El Estado constitucional*. México: Universidad Autónoma de México, 2001. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del estado de derecho*. México: Universidad Autónoma, 2002.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 62.

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 245.

confundem<sup>22</sup>, pois o primeiro pressupõe a existência de uma constituição que assegura uma ordem jurídica dotada de supremacia. Para Diego Valadés<sup>23</sup> este entendimento se deve à presença de duas características comuns a ambos os Estados (o de Direito e o Constitucional): a supremacia da Constituição e a separação das funções inerentes ao poder. Em outras palavras, o nome que se dá ao modelo de Estado pouco importa quando existe uma norma fundamental legitimamente conquistada, dotada de força obrigatória inclusive para o legislador, e que unifica e rege todas as demais<sup>24</sup>.

Dispondo, a Constituição, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, consolida-se uma tradição de submissão, do Estado e dos particulares, a um ordenamento jurídico lastreado por uma Constituição elaborada a partir do poder emanado e legitimado pelo povo, que elevou e positivou inúmeros valores como direitos e garantias fundamentais, as quais acabam por orientar e regular não somente o convívio entre os cidadãos, mas a própria relação que eles possuem com o Estado<sup>25</sup>.

Não se concebe, nos dias de hoje, Estado e poder legítimo sem a preservação dos ideais de justiça e de proteção dos direitos do homem. Desta forma, o Estado encontra-se umbilicalmente ligado aos direitos fundamentais que, por sua vez, deitam suas raízes na Constituição, seu *habitat* natural, o que permite vincular Estado, Constituição e direitos fundamentais.

Mas quais são estes direitos fundamentais? Em que termos a separação dos poderes encontra-se estabelecida no quadro fático-jurídico atual? Qual a eficácia e

---

<sup>22</sup> Este alerta também é feito por Gustavo Zagrebelsky: “*El próprio Estado constitucional, que es la forma de estado típica de nuestro siglo, es presentado com frecuencia como una versión particular Del Estado de derecho*”. Entretanto, o referido jurista acentua que os conceitos são diferentes, e que o Estado Constitucional pode remediar os males causados pela redução da generalidade e abstração das leis, uma vez que inúmeras delas são criadas para atender interesses setoriais e temporários de grupos que, por pressão, conseguem positivar suas aspirações. A Constituição, neste caso, poderia assegurar a unidade em razão de sua posição hierárquica e força obrigatória (In *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 21-22).

<sup>23</sup> VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales Del Estado de derecho*. México: Universidad Autónoma, 2002. p. 9.

<sup>24</sup> Sobre a função unificadora da Constituição vide, dentre outros: ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 39.

<sup>25</sup> Entende-se Estado, neste parágrafo, no sentido mais amplo possível.

amplitude que se deve dar aos direitos processuais fundamentais? Para responder a estas, como a outras questões iniciais que circundam o tema, seria imprudente deixar de tecer considerações, ainda que básicas, sobre a estrutura atual da separação dos poderes, que consiste, como já dito, em um importante princípio para a garantia dos cidadãos e que compõe, ao lado dos direitos fundamentais e da representação eletiva, o elemento nuclear de uma sociedade organizada. Para isto, entretanto, também é interessante tecer breves considerações sobre a interdependência entre Estado, Constituição e direitos fundamentais.

## CAPÍTULO II – ESTADO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA

Em que pese as diferentes acepções construídas pelos constitucionalistas sobre o conceito e objeto da Constituição<sup>26</sup>, é certo que há quase um consenso no sentido de que compete àquela tratar dos contornos do Estado e de alguns direitos fundamentais do ser humano. Canotilho, por exemplo, sustenta que dentre as funções clássicas de uma Constituição, deve o constituinte traduzir o consenso da comunidade no que tange aos valores e idéias principais que devem funcionar como parâmetros de conduta política e jurídica; instaurar e organizar uma ordem política com legitimidade conduzida por pessoas com legitimação (legitimidade da Constituição com organização e legitimação do poder); outorgar um sistema de proteção aos direitos e liberdades fundamentais e, por fim, procurar situar a Constituição como uma ordem fundamental do Estado e de um sistema normativo, que naquela deve buscar seu fundamento<sup>27</sup>.

É nítida a interdependência entre Estado e Constituição. A Constituição, como já dito, organiza e distribui o poder do Estado, dando-lhe (ou negando-lhe) legitimidade, constituindo-o e moldando-o, e funcionando como ordem fundamental que o rege e sobre o qual se ergue.

Um Estado, porém, que não observa os direitos do homem e os ideais de justiça não pode aspirar legitimação, de modo que os direitos fundamentais constituem elemento nuclear da Constituição e, em razão da interdependência mencionada, do próprio Estado. José Felipe Ledur assegura, citando Hans F. Zacher, que os direitos fundamentais devem ser considerados como elementos essenciais do Estado<sup>28</sup>. A

---

<sup>26</sup> Inocêncio Mártires Coelho apresenta diversas teorias acerca do conceito e objeto da Constituição em trabalho intitulado “Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional” (In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002).

<sup>27</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.376 a 1.379.

<sup>28</sup> LEDUR, José Felipe. *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal do Paraná. 2002. p. 109.

mesma linha de pensamento seguem as lições de Canotilho<sup>29</sup> para quem os direitos fundamentais, na medida em que auxiliam na constituição do Estado de Direito e realizam o princípio democrático<sup>30</sup>, são imprescindíveis para sua formação e legitimação. Estado, Constituição e Direitos Fundamentais estão imbricados, sendo verdadeira e muito própria a afirmação de Pérez Luño, *apud* Sarlet: “existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do estado de Direito”<sup>31</sup>.

Porém de nada adianta confirmar a assertiva de que o Estado se legitima pela Constituição e pela observância dos direitos sem que haja instrumentos aptos a realizá-los ou garanti-los contra violações. A instituição de um Estado Constitucional de Direito exige a previsão de procedimentos para assegurar-lhe a realização e que necessitam de constante reconstrução dado o caráter aberto de suas normas e das exigências próprias de um Estado democrático e de uma sociedade complexa como a atual e em constante mutação.

Esta reconstrução, que deve ser conduzida por toda a sociedade<sup>32</sup>, depende não só de procedimentos políticos como, também, de procedimentos judiciais, já que nem sempre a tomada de decisões pelos titulares do poder reflete a vontade da maioria. Da mesma maneira, nem sempre as minorias são ouvidas ou têm seus interesses tutelados. É o que explica, como conclui Willis Santiago Guerra Filho, o deslocamento

---

<sup>29</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 288.

<sup>30</sup> No mesmo sentido SARLET: “... os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo.” *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 64.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

<sup>32</sup> Sobre a participação da sociedade na constante reconstrução das normas constitucionais vide: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário<sup>33</sup>.

Ademais, a constante reconstrução das normas implica atividades de interpretação, também concretizadas no âmbito do processo, quando não de criação do direito pela sociedade (incluídos aqui os magistrados). São casos em que a utilização exclusiva daqueles postulados tradicionais de hermenêutica jurídica, e próprios do pensamento jurídico oitocentista, mostra-se insuficiente<sup>34</sup>. Uma Constituição como a atual, dentro do modelo corrente de Estado, reclama pela complementação, e quiçá a substituição, de critérios diferentes de interpretação jurídica. No que tange à hermenêutica dos direitos fundamentais, de qualquer dimensão ou geração, faz-se necessário partir de uma teoria constitucionalmente adequada que trate destes direitos para, então, ingressar no campo das novas correntes de pensamento e seus métodos para conseguir uma hermenêutica mais ajustada, donde a importância de uma teoria geral dos direitos fundamentais para o estudo do processo civil e para a hermenêutica jurídica, ambas oxigenadas, nos dias de hoje, pelos novos paradigmas de direito constitucional e dos direitos fundamentais.

---

<sup>33</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 26. Neste sentido também Paulo Bonavides: “Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivada da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência” (In *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 635). Vide ainda: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 85. QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 184-186.

<sup>34</sup> De acordo com Paulo Bonavides: “Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. [...] na Velha Hermenêutica interpretava-se a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma orientação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, concretiza-se o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são categorias por excelência do sistema constitucional” (In *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 592 e 633).

### CAPÍTULO III – SEPARAÇÃO DE PODERES E PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Segundo dispõe o art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A mesma Constituição, em seu Título IV, organiza esses poderes atribuindo-lhes uma série de competências ou funções.

De acordo com as três principais funções estatais, conforme a originária proposta de Montesquieu, ao Poder Legislativo é atribuída a função de elaborar o processo legislativo, ao Poder Executivo a tarefa de administrar o Estado, incluindo os seus serviços, e ao Poder Judiciário a incumbência de julgar os conflitos de interesses da sociedade<sup>35</sup>. Este panorama, bastante simplista<sup>36</sup>, serve para demonstrar que a cada Poder corresponde uma atribuição, e para que possa existir a independência e harmonia desejadas e necessárias, a cada um dos Poderes é vetado invadir a competência constitucional do outro, razão pela qual eles se encontram não só separados de modo formal como material.

Este secular dogma que é a separação dos poderes tem causado, no entanto, acirradas discussões no campo teórico e prático. A deficiência no cumprimento das clássicas funções de cada poder eleva o número de vozes clamando por uma releitura ou reconstrução do princípio. São incontáveis questionamentos levantados pela doutrina especializada e pela sociedade em geral, dentre os quais podem ser citados os mais ligados ao tema: até onde os órgãos jurisdicionais, compostos de autoridades não eleitas pelo povo, possuem legitimidade para rever normas produzidas pelos órgãos legislativos? A quem compete a jurisdição constitucional? Quais os limites para da

---

<sup>35</sup> Não confundir Poderes com funções do Estado. É possível a determinado Poder realizar atividade primordialmente de incumbência de outro. Eros Roberto Grau classifica as funções estatais básicas segundo um critério material, dividindo-se em: “uma função normativa – de produção das normas jurídicas (=textos normativos); a função administrativa – de execução das normas jurídicas; a função jurisdicional – de aplicação das normas jurídicas” (In *O direito posto e o direito pressuposto*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 236).

<sup>36</sup> Não são desconhecidas as demais funções ou competências inerentes a cada um dos poderes, como por exemplo, a possibilidade de edição de medidas provisórias com força de lei pelo executivo. Todavia, procuramos, somente para fins de uma exposição argumentativa mais sintética, fazer menção àquilo que é classicamente inerente ao ideal funcional de cada um dos poderes.

atividade jurisdicional? Pode a prestação jurisdicional criar um direito não previsto em lei? Pode o juiz ampliar ou reduzir a eficácia de um direito fundamental, inclusive os processuais? É facultado ao julgador criar um direito processual fundamental não contemplado originariamente pelo Poder Legislativo constituinte?

Já é de conhecimento geral que as necessidades sociais orientam a atividade legislativa e que a multiplicidade dos interesses, somada à complexidade das relações humanas, exigem uma dinamicidade estatal inexistente. O legislador não é capaz de apresentar soluções preventivas para todos os conflitos da sociedade, estando sempre aquém de seus anseios<sup>37</sup>. Tais premissas, por si só, poderiam sustentar a necessidade de uma releitura da separação dos poderes, especialmente no que respeita à possibilidade de o Poder Judiciário “criar direito” e invadir, por consequência, a atribuição conferida originariamente ao Poder Legislativo nas hipóteses de omissão ou insuficiência legislativa, ou até mesmo quando as necessidades da sociedade assim o exigirem. Mas há que se examinar outros tópicos para se chegar a uma reflexão mais sistêmica e racional, e talvez menos passional, sobre o assunto.

O enfoque que se pretende dar, mais adiante, diz respeito à possibilidade de a prestação da tutela jurisdicional culminar na criação de direito, com uma aparente revelia do processo legislativo, sem importar na renúncia de legitimidade dos atos estatais de prestação jurisdicional e de produção legislativa. Parte-se, portanto, de uma análise indutiva, mediante a análise de um dado singular rumo à afirmação de uma regra geral, da análise da (im)possibilidade acima dimensionada para se chegar, eventualmente, a uma superação ou não da teoria clássica da separação dos poderes, o que se verá mais adiante.

Para que este raciocínio possa ser desenvolvido, no entanto, é importante lançar mão de algumas justificações iniciais, inseridas no âmbito da tutela jurisdicional em geral e do princípio da separação dos poderes em particular, definindo limites e posições. Antes de mais nada, há que salientar o controle de constitucionalidade das

---

<sup>37</sup> Neste sentido ler os apontamentos de: CHIARLONI, Sergio. In *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*. Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile. Marzo. Milano: Giuffrè, 2002, p.3. TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Marzo. Milano: Giuffrè, 2001. p. 19.

leis. Carl Schmitt, na década de trinta do século passado, defendia que o chefe de Estado, *in casu* o presidente do Reich alemão, deteria a legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade das normas, uma vez que, além de desfrutar de apoio popular decorrente do mandato, poderia atuar com independência e neutralidade<sup>38</sup> frente ao Parlamento como ao Judiciário. A estes motivos somava-se o próprio sistema que, além de ter o Presidente do Reich como a figura central, com estabilidade e permanência relativa, tinha uma carga de atribuições capaz de contrabalançar o pluralismo de grupos sociais e econômicos do poder, impossibilitando a criação judicial do direito<sup>39</sup>. Contra Carl Schmitt insurgiu-se Hans Kelsen, para quem o chefe de Estado não seria a autoridade mais adequada para o exercício da defesa da Constituição. Após criticar com insistência o modelo de Schmitt, defendeu, ao contrário, que o controle de constitucionalidade caberia a um Tribunal Constitucional<sup>40</sup>, ou seja, a um órgão judicial.

Desde então, convencionou-se que compete ao Judiciário o controle de constitucionalidade das leis, ou seja, o exercício da jurisdição constitucional. Entretanto, não é demais lembrar que a jurisdição constitucional não é exercida somente quando do controle de constitucionalidade abstrato por órgão especificamente competente para este fim. Em razão da possibilidade conferida a todos os órgãos do judiciário de exercer o controle difuso, o exercício da jurisdição constitucional, através da prestação da tutela jurisdicional, é de competência de todos os órgãos judiciários, e não somente de um Tribunal com a missão específica de resguardar a Constituição<sup>41</sup>. Como norma integrante e central do ordenamento jurídico, a Constituição impõe seu conhecimento e aplicação a todos os poderes e indivíduos da sociedade, não estando excluídos, obviamente, os órgãos do Poder Judiciário. Partindo-se da premissa de que

---

<sup>38</sup> SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitucion*. Tradução para o espanhol de Manuel Sanchez Sarto. 2ª edição. Madrid: Editora Tecnos, 1998. p. 222/251.

<sup>39</sup> SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitucion*. Tradução para o espanhol de Manuel Sanchez Sarto. 2ª edição. Madrid: Editora Tecnos, 1998. p. 249/250.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução para o espanhol de Roberto J. Brie. Madrid: Editora Tecnos, 1931. p. 36.

<sup>41</sup> Andreas Krell, valendo-se das lições de Clémerson Cléve, compartilha do mesmo entendimento (In *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 81).

os órgãos do Judiciário têm a obrigação de proteger a Constituição e de que ao Judiciário compete a função primordial de resolver os conflitos de interesses, conclui-se que aos juizes é conferida a tarefa de proteger e defender a Constituição por intermédio da prestação da tutela jurisdicional quando o objeto do conflito envolve bens e posições constitucionalmente protegidos. Trata-se, portanto, de autêntico exercício de jurisdição constitucional.

O controle abstrato da constitucionalidade com aptidão à vinculação dos demais órgãos (de acordo com cada sistema normativo), todavia, está comumente depositado em apenas um órgão jurisdicional. É do próprio Kelsen a sugestão de que o defensor da Constituição, na concepção da palavra, é o órgão incumbido de proteger a Constituição de violações que, em decorrência de ação ou omissão, contradizem-na<sup>42</sup>.

É a própria Constituição, entretanto, que delimita o campo de atuação dos poderes. Não se trata, então, como de defendeu Schmitt, de ilegitimidade dos órgãos do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição constitucional. Do momento em que a Constituição cria esta possibilidade, a tutela jurisdicional pelos órgãos do Poder Judiciário legitima-se de forma democrática, uma vez que a Carta Fundamental representa, num Estado Democrático de Direito, a vontade soberana e popular do povo, como defende com muita propriedade Cláudio Pereira De Souza Neto: “(...) a democracia não se caracteriza apenas por regras tais quais a do voto majoritário. Os direitos básicos das minorias devem igualmente ser respeitados contra as decisões arbitrárias das maiorias. Neste sentido, pode ser entendida e legitimada a jurisdição constitucional, a ser exercida pelo judiciário, como órgão independente tanto do executivo quanto do legislativo”<sup>43</sup>.

Neste prisma a jurisdição mostra-se um importante mecanismo de defesa da própria democracia, protegendo não somente os direitos da maioria como os da

---

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tradução para o espanhol de Roberto J. Brie. Madrid: Editora Tecnos, p. 3.

<sup>43</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 51

minoría<sup>44</sup>. Além disso, o Poder Judiciário deriva da própria Constituição, apresentando em seus órgãos de cúpula, membros escolhidos com a participação conjugada dos demais poderes. Em razão, ainda, de suas prerrogativas institucionais, que asseguram aos magistrados certa dose de independência, as decisões se submetem a um processo de constante convalidação, tanto pela exigência constitucional de fundamentação, quanto pela possibilidade de reexame e de participação efetiva dos jurisdicionados<sup>45</sup>.

Há quem defenda, entretanto, que para se conferir maior legitimidade à jurisdição constitucional em sua forma abstrata, todos os afetados pela prestação da tutela possam tomar parte do processo decisório. Tratando especificamente este ponto, Roberto Gargarella distingue duas correntes: uma primeira corrente conservadora de que não há necessidade alguma de participação popular na tomada de decisões, e uma segunda, denominada radical, segundo a qual as soluções imparciais requerem a consulta e o consenso de todos os indivíduos potencialmente afetados pelas decisões<sup>46</sup>.

Para conciliá-las inúmeras soluções são propostas. Uma seria facilitar a aproximação entre cidadania e processo judicial através de grupos de pressão capacitados a atuar em favor dos mais necessitados, como, por exemplo, as associações civis incumbidas a dar apoio a tais grupos. Elas atuariam através da construção de casos concretos para julgamento, financiando a representação judicial, dando assessoramento legal, fazendo pressões indiretas sobre o Tribunal, etc. Outra proposta seria a incorporação de jurados para a democratização da justiça. A forma de designação dos juízes seria, também, uma alternativa, admitindo-se, para o aperfeiçoamento do sistema, a convocação de personalidades e acadêmicos para apresentarem seu apoio ou crítica aos juristas candidatos aos cargos, que seriam

---

<sup>44</sup> Há de se ter um certo cuidado na interpretação do que seja vontade da maioria e vontade da minoria. Nem sempre a lei representa a vontade de uma maioria. Dependendo da força política dos diversos grupos sociais, pode o poder ficar nas mãos de uma minoria. A história, quanto a isto, não é pródiga de exemplos. Com este norte, maioria e minoria são expressões que não admitem sentido absoluto. Somente analisando quem ou quais grupos sociais que esta minoria ou maioria representam é possível verificar o verdadeiro sentido da palavra. Vide: GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editora Ariel, 1996. p. 33.

<sup>45</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 231-232.

nomeados a compor órgão formado exclusivamente por pessoas com mandato pré-determinado. Poderia se admitir, também, a politização do Tribunal, admitindo-se julgamentos não somente técnicos, mas também de carga política com competência legislativa negativa, nunca positiva. A maioria destas propostas, segundo Gargarella, merece crítica, apesar de servirem de importantes subsídios para o aperfeiçoamento das instituições democráticas<sup>47</sup>.

Ao analisá-las, Gargarella conclui que devem ser procuradas condições para o debate democrático e a inviolabilidade da autonomia dos indivíduos no exercício da jurisdição constitucional<sup>48</sup>. Para tanto seriam necessárias reformas institucionais que possibilitassem a adoção do mecanismo de reenvio<sup>49</sup>, a aproximação entre as minorias sociais e o Poder Judiciário<sup>50</sup>, a distinção entre moral privada e moral pública<sup>51</sup> e, por fim, outras reformas políticas para acompanhar a reforma judicial, como a reformulação da política parlamentar e o incentivo de foros de discussão pública sobre assuntos relevantes<sup>52</sup>.

A participação popular na tomada de decisões, no âmbito da prestação de tutela jurisdicional constitucional, é importante para auxiliar na legitimação do Poder Judiciário e na busca pela solução mais adequada a ser dada à matéria constitucional

---

<sup>46</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editora Ariel, 1996. p. 81.

<sup>47</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editora Ariel, 1996. p. 105/114.

<sup>48</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editora Ariel, 1996. p. 263.

<sup>49</sup> O reenvio legislativo constitui uma alternativa com a virtude de apelar à vontade da maioria para resolver conflitos de interpretação constitucional, mesmo sob o risco de falibilidade dos órgãos majoritários. O poder judicial se encarregaria de instar o legislativo a refletir sobre a decisão tomada (p. 176), instaurando um diálogo institucional e defendendo o princípio majoritário. GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editora Ariel, 1996. p. 174/177.

<sup>50</sup> A aproximação entre o Tribunal e os grupos excluídos dar-se-ia através da redação de uma carta social alternativa, e reserva de um terço das vagas do Tribunal para representantes dos grupos desfavorecidos. GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editora Ariel, 1996. p. 183.

<sup>51</sup> Nas questões de ordem moral privada, como o modo como cada pessoa quer viver sua própria vida, nem autoridades políticas nem judiciárias tem o poder de ingerência. Tais autoridades somente podem intervir nas questões de ordem moral pública. GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editora Ariel, 1996. p. 168.

em debate. Contudo, a participação popular não pode ser realizada de modo disforme e arbitrário. São necessários critérios objetivos que busquem vincular a participação popular àqueles que demonstrarem interesse no julgamento, e, mesmo assim, somente no âmbito dos Tribunais Superiores ou, dependendo da matéria, nas Cortes de Justiça Estaduais e Federais. E a fim de se evitar confusões ou até mesmo protelação desnecessária nos julgamentos, a participação popular deve se limitar aos processos de relevante e notório interesse público, sendo vetada quando estiverem em pauta processos que envolvam interesses notoriamente privados. O disposto nos parágrafos do art. 482 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, apresenta um bom mecanismo de participação democrática na tomada de decisão, colaborando na legitimação da jurisdição constituição.

Além disso, a consolidação de uma Corte Constitucional com competência para tratar somente de questões constitucionais relevantes, com juízes detentores de mandato fixo e cujo processo de escolha seja democrática (direta ou indireta) e plural (diferentes mecanismos), com competência jurídica e responsabilidade política, também é imprescindível para um adequado controle de constitucionalidade abstrato.

Todas as demais propostas de Gargarella são interessantes, mas de nada adianta o reenvio de uma determinada matéria ao poder de origem se não lhe forem opostas conseqüências concretas na hipótese de nova omissão. No mais, a neutralidade que se costuma esperar do Judiciário, e sua autonomia em relação aos demais poderes, é um ponto positivo para a defesa da democracia e dos direitos fundamentais das minorias. Não é preciso dizer, por exemplo, que inúmeros direitos são simplesmente tolhidos em conseqüência da proximidade, por vezes interesseira e antidemocrática, entre os poderes executivo e legislativo. A falta de uma concretização maior dos direitos, incluídos os fundamentais, também reclama uma maior participação do Poder Judiciário. As causas cuja pretensão esteja notadamente conectada aos direitos fundamentais admitem, como se verá mais adiante, uma releitura do dogma da separação dos poderes, abrindo caminho para juízes mais ativos, participativos,

---

<sup>52</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editora Ariel, 1996. p. 186-193.

criativos e capacitados a viabilizar esta importante categoria de direitos que formam a base do Estado e representam os valores mais importantes da sociedade. Esta releitura, ao que parece, constitui alternativa viável e adequada quando se analisam todas as circunstâncias que envolvem a insuficiência legislativa e a parcialidade política, mormente nos casos que envolvem direitos constitucionais fundamentais.

## CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

### Seção 1 – A Posição da Constituição no Ordenamento Jurídico

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, regido e constituído por uma Constituição<sup>53</sup>, é apto para a produção de efeitos concretos de conduta sobre todos os sujeitos que vivem sob sua jurisdição. Com isto pretende-se dizer que a Constituição deve orientar tanto os particulares quanto a administração pública, que tem o dever de, em suas relações, observar todos os ditames típicos de um Estado de direito.

A Carta Magna, entretanto, não é a fonte única de direito de um Estado. Inúmeras outras normas possuem eficácia para regular as relações sociais. Mais especificamente no que respeita aos mecanismos de resolução de conflitos ou realização dos direitos (substanciais), costumava-se privilegiar o direito processual civil em detrimento da Constituição como fonte primordial do direito. O mesmo se dava no direito civil, onde se buscava a análise de suas normas sem qualquer imersão nos conceitos e categorias constitucionais. Na tentativa de explicar este fenômeno, Nelson Nery Júnior assinala que a desconsideração que atinge a Constituição decorreria da inexistência de um autêntico Estado de Direito ante a instabilidade política em que o Brasil esteve imerso no século passado<sup>54</sup>. Soma-se a isto a posição central que os Códigos assumiram no ordenamento jurídico a partir de Napoleão, buscando-se prever e descrever abstratamente as “situações da vida”, pretendendo onipotentemente o legislador a descrever todas as condutas do fenômeno social<sup>55</sup>. Se

---

<sup>53</sup> As expressões “Carta Magna” e “norma fundamental” são utilizadas, neste trabalho, como sinônimo de Constituição.

<sup>54</sup> De acordo com Nelson Nery Júnior: “não se vinha dando grande importância ao Direito Constitucional, já que nossas Constituições não eram respeitadas, tampouco aplicadas efetivamente. A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte” (In *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19).

<sup>55</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In “Problemas de Direito Civil-Constitucional”. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 2.

não se enquadrasse no Código não se tratava de direito. À Constituição, diga-se de passagem, assegurava-se uma função diretiva e programática destinada ao legislador, enquanto autêntico programa político fornecedor de diretrizes para o futuro. Suas normas, por conseguinte, eram normalmente desprovidas de auto-aplicabilidade<sup>56</sup>.

Este quadro, entretanto, tem mudado ao longo dos últimos anos, dando vazão a novos entendimentos que priorizam a busca da aplicação e da concretização dos ditames constitucionais nos diferentes ramos do direito<sup>57</sup>. A título de exemplo, fala-se de uma constitucionalização do direito civil, ou direito civil constitucional, e de uma constitucionalização do processo civil, com duas vertentes: direito constitucional processual e direito processual constitucional<sup>58</sup>.

O resgate da Constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico<sup>59</sup> está ligada, seguramente, à própria evolução da eficácia de suas normas. De carta política de conteúdo meramente programático a Carta Magna passou a ser

---

<sup>56</sup> Sobre as diversas teorias que procuram explicar o que seria a Constituição vide: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 82-130.

<sup>57</sup> Liebman, citado por Kazuo Watanabe, já observava que “os diversos ramos do direito são partes constitutivas de uma unidade, encontrando-se ligados entre si por um princípio de coerência que torna essa unidade um todo indivisível, cujo centro é representado pelo direito constitucional” (In *Da cognição no processo civil*. 2ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 2000. p. 26).

<sup>58</sup> Para uma melhor delimitação do tema, alguns doutrinadores dividem esta zona cinzenta que envolve processo e constituição em duas sub-áreas diferentes, quais sejam, o direito processual constitucional e o direito constitucional processual. Enquanto que ao direito processual constitucional tocaria a chamada jurisdição constitucional (englobando o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e à preservação das liberdades através das ações constitucionais - *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção e ação civil pública), ao direito constitucional processual caberia o conjunto das normas e institutos próprios do direito processual que se encontram também na Constituição (princípios e garantias processuais esculpidas na Carta Magna). Entendendo que há uma distinção entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual vide: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 20-21. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 25. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Volume I, Campinas: Bookseller Editora, 1997. p. 30-31. DANTAS, Ivo. *Constituição e processo: introdução do direito processual constitucional*. Volume I. Curitiba: Juruá, 2003. p. 132-133. Em sentido contrário, entendendo que há uma única disciplina, vide as seguintes obras: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 13-14.

<sup>59</sup> Segundo Canotilho o ordenamento jurídico seria o conjunto de normas pré-estabelecidas que objetivam regular as relações entre membros de um grupo dotado de uma organização estável (In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.109).

entendida também como lei superior já que boa parte de suas normas são dotadas de efetividade e aplicabilidade<sup>60</sup>.

A Constituição, em verdade, está sendo recolocada em seu devido lugar. Todo ordenamento deve possuir uma norma fundamental que lhe garante unidade<sup>61</sup>. Segundo a concepção kelseniana<sup>62</sup>, tradicionalmente adotada por grande número de juristas brasileiros, a Constituição representa o ápice da pirâmide hierárquica<sup>63</sup> das normas, designando a organização jurídica básica de um País e o processo de criação e limitação do direito. É através da Constituição que se estabelecem a organização do Estado e a forma de governo, as funções e os limites de cada poder, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias<sup>64</sup>, além do processo de criação de normas jurídicas. É claro que parte de seus dispositivos, entretanto, constituem um núcleo aberto formado de princípios e de normas estruturantes passíveis de desenvolvimento<sup>65</sup> (inclusive judicial). Não é a abertura de suas normas, porém, como tampouco o caráter programático de algumas delas, que permite negar validade e eficácia as suas normas. Por este motivo, a constitucionalização proposta por inúmeros

---

<sup>60</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. P. 1.115. Sobre a força normativa da Constituição vide: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição. Tradução de Maria celeste Cordeiro leite dos Santos. Brasília : Editora UNB, 1999. p. 49.

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3ª edição. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 240.

<sup>63</sup> O princípio da hierarquia subsume-se à idéia de que os atos normativos não se encontram numa mesma escala horizontal, mas sim num plano de verticalidade à semelhança de uma pirâmide jurídica em que a Constituição se encontraria no patamar mais elevado, irradiando sua força sobre as demais normas jurídicas. Sobre o assunto vide: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 680.

<sup>64</sup> Em razão da Constituição tratar dos direitos e garantias fundamentais do homem, Ivo Dantas afirma que “o modelo constitucional determinará o modelo de sistema processual em uma dada sociedade.” Tal assertiva, que nos parece verdadeira, deve levar em consideração, também, a necessidade de uma mentalidade emancipatória e concretizadora dos valores constitucionais por parte dos aplicadores do direito, sem a qual as normas constitucionais correrão sempre o risco de se tornar letra morta, ou pelo menos adormecida (In *Constituição e processo: introdução ao direito processual constitucional*. Volume I. Curitiba: Juruá, 2003. p. 93).

<sup>65</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. P. XVI e XVIII.

processualistas representa o reconhecimento de uma posição de superioridade que a Constituição detém no sistema<sup>66</sup>.

## Seção 2 – Os Princípios Processuais e a Constituição

Mas será a Constituição o espaço propício para tratar de princípios processuais? Seria a Constituição o texto jurídico adequado ao tratamento de garantias ou direitos fundamentais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa ou acesso à justiça? Estes institutos típicos do direito processual são dignos de um tratamento constitucional? Atualmente entende-se que sim.

Para Canotilho as respostas a esses questionamentos (a eventual necessidade de tratamento constitucional para determinada categoria jurídica) devem considerar um conjunto de tópicos. Em primeiro lugar, que a Constituição é um sistema aberto de normas e não fechado ou rígido, ou seja, admite-se um desenvolvimento ao longo do tempo através da incorporação, pela sociedade, de novos (ou velhos) valores e direitos<sup>67</sup>. Mesmo sendo um sistema aberto, as Constituições, de modo geral, apresentam um “núcleo duro” que, de acordo com o passar do tempo, passaram a constar como elemento obrigatório de qualquer norma fundamental. É o caso, segundo

---

<sup>66</sup> Para Maurício Antônio Ribeiro Lopes a “Constituição, sendo como é, na mais prestigiosa doutrina constitucional, uma expressão do consenso sobre os valores básicos, torna-se fonte completa da ordem jurídica, fazendo de seus princípios estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema, pelo fato de encontrarem consagração e formulação na lei constituinte.” (In *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58). Na mesma esteira Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma: “Exige-se, sempre com uma visão crítica de todo o ordenamento jurídico, que as regras relacionadas com o processo subordinem-se às normas constitucionais de caráter amplo e hierarquicamente superiores. O respeito aos preceitos constitucionais torna-se premissa ética na aplicação do direito processual” (In *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91).

<sup>67</sup> Não se pode perder de vista que a Constituição de um País, assim como outras leis também, devem ser entendidas dentro de suas características espaço-temporal, pois ela sempre é fruto das aspirações e valores de determinado tempo e lugar.

Canotilho, da estrutura geral do governo, do processo político e divisão de poderes, bem como dos direitos de liberdade e igualdade básicos do cidadão<sup>68</sup>.

Ora, princípios processuais básicos como o direito ao contraditório e à ampla defesa, ao devido processo legal, à publicidade de atos processuais, entre outros que poderiam ser mencionados, estão inseridos em um amplo sistema de direitos de liberdade e igualdade que devem ser assegurados a toda e qualquer pessoa, independente da vontade majoritária. Tratam-se, na verdade, de direitos fundamentais do homem, assegurados desde sua Declaração Universal de 1789, sob a égide da Revolução Francesa, e repetidos por inúmeros outros corpos normativos.

Segundo a própria Declaração Universal, aliás, o homem faz jus a direitos inerentes à sua natureza, exercidos de acordo com um contexto de cidadania e de dignidade. A própria dignidade da pessoa humana, aliada à busca pelo exercício da cidadania, reclama pela proclamação constitucional dos direitos fundamentais processuais<sup>69</sup>. Por se tratar de um fundamento do Estado, todo e qualquer ato, público ou privado, deve respeitá-lo e protegê-lo, sob pena de não concretizar a própria função estatal.

Como princípio que informa todos os demais direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é referente utilizado para legitimar todo e qualquer ato de interpretação, aplicação e criação do direito. É certo que o conceito de dignidade da pessoa humana é vago e impreciso por tratar-se de uma categoria axiológica aberta<sup>70</sup>. Todavia, é importante afirmar que não é uma mera norma programática, mas garantia de eficácia imediata e concreta que serve de fundamento ao Estado e muitos outros direitos, positivados ou não, possibilitando o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo e seu bem estar dentro da sociedade. A dignidade é um bem intangível, de caráter não patrimonial (mas que pode produzir ou exigir reflexos patrimoniais),

---

<sup>68</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1.105.

<sup>69</sup> Para Couture “Las Constituciones del siglo XX han considerado, com muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, em el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora.” (In *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edição. Buenos Aires: Depalma Editora, 1993. p. 151).

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 105.

que nasce com a pessoa e é inerente a sua essência. Em verdade, o Estado Democrático de Direito tem sentido e legitimidade quando concretiza seus fundamentos e objetivos. A dignidade da pessoa humana constitui fim e não meio da atividade estatal, devendo o Estado existir em função da pessoa humana e não o inverso<sup>71</sup>. Quando se deixa de tutelar ou de preservar uma garantia que constitui um fundamento do Estado, deixa-se de tutelar o próprio Estado, esvaziando-o.

Do exposto deduz-se que não há respeito à dignidade da pessoa humana, por exemplo, quando em um processo administrativo ou judicial impede-se o exercício de defesa e do contraditório, ou quando culmina em uma decisão proferida sem fundamentação ou por uma autoridade parcial e incompetente. Da mesma forma, não há respeito à dignidade humana quando se proíbe o exercício da autotutela ou se impede o acesso a uma ordem jurídica justa. Não se pode perder de vista a mudança paradigmática em torno da própria dogmática constitucional, que parte da concepção de carta meramente reprodutora de uma razão política e programática de Estado para assumir uma função emancipatória fundada no ser humano, inserindo, assim, os direitos fundamentais no centro do discurso normativo.

A própria configuração do Estado de direito reclama a maximização e alocação em um patamar superior dos direitos processuais básicos. Se o Estado de direito recomenda a observância ao direito (substancial), há necessidade de se estabelecer instrumentos e garantias essenciais (formais) para a sua proteção e realização jurisdicional. Sem uma proteção jurisdicional eficiente, o Estado de direito perde sua característica. Como afirma Canotilho, do “princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo”<sup>72</sup>. É o que dá legitimidade ao tratamento de temas processuais (e constitucionais!) como

---

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 103.

<sup>72</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 272.

o devido processo legal, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a não utilização de provas ilícitas, a igualdade, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e a motivação de decisões judiciais na carta fundamental de uma nação preocupada com a observância da dignidade da pessoa humana, do exercício da cidadania e do respeito ao Estado democrático de direito.

### Seção 3 – A Constitucionalização e a Repersonalização do Processo Civil

A disciplina jurídica típica das codificações oitocentistas caminha para a instauração de um novo paradigma iluminado pelo fenômeno da constitucionalização e de uma concepção mais dinâmica e aberta do direito, e adequada aos novos valores consagrados pela sociedade. Como afirmam Comoglio, Ferri e Taruffo, a disciplina jurídica processual vem experimentando, principalmente nas últimas décadas, um enriquecimento de seus institutos a partir da introdução, no sistema constitucional, das garantias e princípios atinentes ao processo. As garantias constitucionais, segundo os autores italianos, funcionam também como um parâmetro a ser observado na aplicação e construção do procedimento. Assim como as garantias devem ser observadas no curso do procedimento pelos sujeitos do processo, fica o legislador, a seu turno, encarregado de observá-los na elaboração de novos procedimentos, não podendo fundamentá-los tão somente nos critérios de oportunidade e de eficiência, devendo também provê-los de etapas e institutos aptos a realizar concretamente os enunciados processuais constitucionais. O procedimento há de ser construído como método para a resolução de conflitos e a realização dos princípios constitucionais. Deve-se buscar um equilíbrio que possibilite a construção de procedimentos especiais, objetivando uma prestação da tutela jurisdicional rápida e efetiva, sem que seja infringida a parte nuclear dos direitos e garantias fundamentais processuais previstas na Constituição<sup>73</sup>. Além disto, há a necessidade de se outorgar maiores poderes ao juiz como meio de

---

<sup>73</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1995. p. 20-22.

proporcionar maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional. Como afirma Gerhard Walter: “diritto processuale è diritto costituzionale applicato”<sup>74</sup>.

O fenômeno da constitucionalização do direito processual civil requer um olhar de modo diferente. Há que se examinar os institutos processuais e os procedimentos segundo os valores, princípios e normas constitucionais, reconhecendo-se, inclusive, que aqueles podem estar explícitos ou implícitos no corpo da carta fundamental.

A dignidade da pessoa humana, por exemplo, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil e de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III da Constituição Federal), condiciona o aplicador do direito a enfrentar a missão de lançar um novo olhar sobre o fenômeno jurídico e a questionar quem é esta pessoa humana para quem a Constituição assegura dignidade. Neste contexto poder-se-ia dizer que, segundo a concepção clássica, o sujeito da relação jurídica é uma mera ficção, um autêntico sujeito abstrato moldado pelo legislador. A cada relação jurídica pessoas diferentes são desenhadas de acordo com a função (jurídica) a ser desempenhada. Esta abstração profunda culmina, contudo, numa não correspondência entre a realidade fática e a moldura construída pelo legislador, distanciando-se o sujeito virtual idealizado pelo legislador daquele real e concreto. Isto cria, como afirma Orlando de Carvalho, “a necessidade de ‘repersonalizar’ o direito, colocando no topo de sua regulamentação não o homem abstrato do liberalismo econômico, mas o homem concreto da sociedade contemporânea, na busca de um humanismo socialmente comprometido”<sup>75</sup>.

Os conceitos e as normas jurídicas sempre partiram da premissa do sujeito abstrato e desligado de sua realidade econômica, social e histórica. Ultrapassado o período conceitualista, o ser humano deixa de ser um sujeito puramente abstrato para se tornar um sujeito concreto cujas necessidades existem e devem ser consideradas no

---

<sup>74</sup> WALTER, Gerhard. *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-settembre, 2001. Bologna: Cedam. p. 734.

<sup>75</sup> CARVALHO, Orlando. *Para uma teoria da relação jurídica civil: a teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 100.

mundo real. Há necessidade de uma personalização (ou repersonalização) do direito, que exige a inserção do homem de carne e osso no centro das relações jurídicas<sup>76</sup>.

O sujeito virtual e descrito pela lei não é o mesmo sujeito que vive, se relaciona e merecedor de condições mínimas necessárias para ver assegurado suas subsistência, respeito e dignidade. O sujeito concreto encontra-se inserido num mundo que muda a todo instante, cujas necessidades reais não andam em passos idênticos aos das garantias ou direitos abstratamente construídos. É preciso pensar que o homem que se dirige ao Judiciário para requerer a prestação de tutela jurisdicional não pode ser tratado como simples “parte” de um processo, mas sim como alguém de carne e osso, com necessidades reais, e por tal motivo detentor de direitos que não podem ser analisados abstratamente, nem que para isso se faça necessária uma conformação excepcional de procedimento à luz das garantias fundamentais processuais estabelecidas. É imprescindível ter de forma clara que o homem que dirige uma pretensão ao Poder Judiciário pode estar sofrendo na pele a não realização espontânea do direito ou a subtração indevida de um bem do seu patrimônio. Aquele que se submete aos efeitos de uma decisão sem motivação ou que tenha sido proferida em processo que não observou o contraditório ou o devido processo legal, por exemplo, sente a injustiça e se revolta como pessoa humana, tendo sua dignidade constitucional violada.

Uma humanização ou personalização do processo deve ser considerada como reflexo dos valores assegurados pela Constituição, que eleva a dignidade humana ao patamar de fundamento de nosso Estado, determinando-se, assim, um tratamento e um olhar sobre o sujeito processual não como parte, ente abstrato e fruto de uma ficção

---

<sup>76</sup> O direito civil vem sofrendo fortes influências, no campo da doutrina, de um movimento repersonalizante que procura deslocar o eixo do “ter” para o “ser”. Sobre o assunto vale a pena consultar: MEIRELES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In “Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In “Problemas de Direito Civil-Constitucional”. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. TEPEDINO, Maria Celina B. M.. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. N° 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

legal, mas como um alguém que sentirá na pele a justiça ou a injustiça das decisões, a eficiência ou a ineficiência do Poder Judiciário, a efetividade ou a inefetividade da prestação jurisdicional.

À Constituição não se deve negar o papel que desempenha no sistema. Ao aplicador do direito ou ao intérprete antes cabe investigar a Constituição para somente, num segundo momento, examinar o Código de Processo Civil<sup>77</sup>. Aos processualistas, advogados e magistrados incumbe o dever de, em primeiro lugar, rever o modelo processual constitucional para, após, observar o procedimento delineado pela norma infraconstitucional. O texto constitucional é o fundamento de validade de todas as demais normas infraconstitucionais<sup>78</sup>.

É oportuno ressaltar, aliás, que as normas jurídicas apresentam mera presunção de validade e de constitucionalidade, ou seja, uma norma infraconstitucional que infrinja um valor, princípio ou regra constitucional é inconstitucional, não devendo gozar, desta forma, de validade e eficácia no ordenamento jurídico. Quanto às normas anteriores à Constituição, devem ser analisadas uma a uma, devendo o aplicador do direito ou hermenêuta deixar de aplicá-las quando incompatíveis com a lei maior<sup>79</sup>.

A teoria geral do processo e o direito processual civil, sem prejuízo, obviamente, do processo penal, devem ser oxigenados e traçados segundo as normas constitucionais, que fixam uma “tutela constitucional do processo” a fim de assegurar uma concordância entre os institutos processuais básicos e os princípios e valores

---

<sup>77</sup> José Renato Nalini entende que é “dever do juiz, quando se propõe a outorgar a prestação jurisdicional, examinar sempre a questão sob o prisma constitucional” (In *O juiz e o acesso à justiça*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38). No mesmo sentido Couture, para quem o juiz, o defensor e o docente são chamados para julgar se a obra do legislador foi realizada de acordo com o âmbito fixado pela norma constitucional (In *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993. p. 153).

<sup>78</sup> Canotilho resalta que a Constituição cumpre as importantes funções de identificar as fontes do direito do ordenamento jurídico, de estabelecer os critérios de validade e eficácia de cada uma destas fontes e de estabelecer a competência dos órgãos com capacidade para revelar e criar as normas de direito positivo. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 673.

<sup>79</sup> Este fenômeno costuma ser designado de “não recepção de norma pela Constituição”.

constantes da Constituição<sup>80</sup>. Couture já afirmava que “La tutela Del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales”<sup>81</sup>. Nesta concepção o princípio do acesso à justiça, por exemplo, deve constituir uma “visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional”<sup>82</sup>. Em outras palavras, os institutos processuais valorados e previstos constitucionalmente devem ser abordados e concretizados de forma diferenciada, segundo uma interpretação de índole constitucional que tenha por base as premissas de uma teoria dos direitos fundamentais<sup>83</sup>. Somente com estes esforços é possível chegar-se a uma adaptação da dogmática processual às exigências dos princípios constitucionais processuais, como devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV), juiz natural (art. 5º, inciso LIII), acesso à justiça (art. 5º, incisos XXXIV e XXXV), proibição de provas ilícitas (art. 5º, inciso LVI), motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX), publicidade dos atos processuais (art. 5º, inciso LX), igualdade de oportunidades entre as partes (art. 5º, *caput*), dentre outros<sup>84</sup>. Por se tratar de norma fundamental, a dogmática processual deve sujeitar-se, ainda, a uma oxigenação objetivando sua concordância com outras categorias processuais e constitucionalmente relevantes, como a tutela coletiva (Capítulo I do Título II), a necessidade de juizados especiais para o tratamento de causas de menor complexidade (art. 98, inciso I), as novas funções e instrumentos à disposição do Ministério Público (art. 129), os novos contornos das ações constitucionais (art. 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI e LXXII) e toda a organização judiciária (Capítulo III do Título IV)<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18.

<sup>81</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993. p. 148.

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18.

<sup>83</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 29-30.

<sup>84</sup> Neste sentido vide: MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

<sup>85</sup> Sobre as inovações da Constituição Federal de 1988 no processo civil brasileiro vide: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Le garanzie del processo civile nella nuova costituzione brasiliana*. Rivista di Diritto Processuale. Número 2. Padova: Cedam, 1989. p. 479-487.

O objeto da investigação deste trabalho é justamente a leitura dos princípios constitucionais processuais à luz de uma teoria dos direitos e garantias fundamentais. Não serão tratadas, por opção metodológica, as categorias inseridas naquilo que se costumou designar de jurisdição constitucional. É do direito constitucional processual, exclusivamente, que se ocupará o presente estudo na perspectiva de um racionalismo tendo por moldura uma teoria dos direitos fundamentais.

## CAPÍTULO IV – O PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E REALIZAÇÃO DOS DIREITOS

Como bem afirmou Carnelutti, todo homem possui necessidades diferenciadas e ilimitadas que, para serem satisfeitas, apresentam-se na forma dos mais variados interesses. Entretanto, tendo em vista que os bens - a porção exterior do mundo apta a satisfazer estes interesses - são limitados, é correlato à noção de interesse e de bem o conflito de interesses<sup>86</sup>. Em resumo, a conjugação da necessidade de se viver em sociedade e da diversidade ilimitada das necessidades humanas possibilita a existência de conflitos de interesses ante a limitação dos bens aptos a satisfazerem aquelas necessidades. Daí a necessidade de se pautar a conduta do homem de acordo com regras de convivência impostas a todas as pessoas.

Embora se espere a observância natural e espontânea destas regras, que se convencionou chamar de direito material<sup>87</sup>, a realidade acaba nem sempre encontrando uma correspondência com o direito abstrato, originando perturbações sociais decorrentes destes conflitos de interesses que reclamam por uma solução que mantenha a ordem e a paz social. São divergências de interesses que podem ser solucionadas, ao menos em tese, por quatro diferentes mecanismos, quais sejam: a autotutela, a autocomposição, a arbitragem e a jurisdição.

Pela autotutela vale a lei do mais forte. Diante de um conflito de interesses entre duas ou mais pessoas sobrepõe-se aquela que tiver mais força, agilidade ou

---

<sup>86</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Volume I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 60.

<sup>87</sup> Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “O direito material ou substancial é formado por um conjunto de regras voltadas para a solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando qual deve prevalecer e conferindo situação de vantagem ao seu titular” (In *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência - tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 9). A noção de direito substancial formulada por Calamandrei é a mesma: “constituído pelo complexo daquelas normas jurídicas que disciplinam diretamente a conduta dos indivíduos no convívio social regulando as relações de interesses (de conflito ou de colaboração) em que as mesmas vêm a se encontrar, em vista da distribuição e do usufruto dos bens da vida” (In *Direito processual civil*. Volume I. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Boosseller, 1999. p. 292).

astúcia para impor sua vontade<sup>88</sup>. Por intermédio da autocomposição, os indivíduos em conflito abrem mão de parte de seus interesses através de concessões recíprocas, chegando-se, assim, a uma solução por acordo comum. A arbitragem obriga as partes a deliberarem pela escolha de um terceiro (ou mais de um) para dirimir o conflito através de uma decisão segundo critérios escolhidos pelos envolvidos e informados previamente ao árbitro<sup>89</sup>. Por fim, pela atividade jurisdicional, os conflitos de interesses são resolvidos institucionalmente por órgãos independentes e estatais, através de uma relação jurídica estabelecida especialmente para este fim.

Os três últimos foram os métodos que mais se desenvolveram na sociedade moderna que abandonou, quase que em definitivo<sup>90</sup>, o primitivo, rudimentar e arbitrário modelo da autotutela. Como a autocomposição e a arbitragem<sup>91</sup> dependem, ao menos em algum momento, da vontade das partes envolvidas, a prestação jurisdicional acaba sendo o método mais utilizado (mas não necessariamente o melhor) para a eliminação de conflitos<sup>92</sup> e a realização do direito material, constituindo-se, deste modo, um importante objeto de estudo do processo civil.

Ficam evidentes, também, as perspectivas de que o processo civil pode (e deve) ser estudado segundo o direito material<sup>93</sup> e de que, em razão da proibição da

---

<sup>88</sup> De acordo com Carnelutti “o emprego da violência para a solução dos conflitos torna difícil, se não impossível, a permanência dos homens em sociedade”. (In *Sistema de direito processual civil*. Volume I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 62-63).

<sup>89</sup> Regula a arbitragem no Brasil a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

<sup>90</sup> Não obstante a previsão genérica de proibição de autotutela, o legislador abre algumas exceções em que a utilização da força é permitida.

<sup>91</sup> Para submeter um litígio ao juízo arbitral no Brasil há necessidade de convenção entre as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

<sup>92</sup> Para Comoglio, Ferri e Taruffo “il processo civile è un metodo per la soluzione di conflitti, e più precisamente è il metodo istituzionale per risolvere controversie”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. CORRADO, Ferri. TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Bologna: Mulino, 1995. p. 1).

<sup>93</sup> Eduardo Melo de Mesquita faz uma ponderação interessante. Segundo o autor, a inserção dos princípios processuais na Constituição demonstra a intenção do constituinte em demonstrar a vinculação entre processo e direito material (In *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 139). Entendemos, com a devida *vênica*, que a inserção de princípios processuais na Carta Magna não deve ser traduzida como manifestação da intenção de aproximar o direito processual do direito material. Enxergar o processo à luz do direito material constitui mudança de mentalidade e de postura. O constituinte, ao nosso ver, não pensou no processo civil como instrumento para a realização do direito material ao positivizar alguns dos princípios processuais. O fez, em verdade, por força das circunstâncias que cercavam aquele momento histórico e em razão de uma tradição universal de elevar ao patamar constitucional alguns direitos fundamentais do homem que vinham sendo consagrados desde a Declaração dos Direitos do Homem.

autotutela, a prestação jurisdicional deve ser efetivada de modo a contemplar quem tem razão com tudo aquilo e exatamente aquilo que obteria caso o direito substancial estivesse sendo observado naturalmente<sup>94</sup>. O processo pelo processo, como alerta Eduardo Couture, não existe, podendo ser explicado somente pelo fim ao qual se destina<sup>95</sup>, que é o de solucionar os conflitos de interesses e de servir como instrumento para realização dos direitos<sup>96</sup>. O direito material sem o processo permite um convívio justo e perfeito em sociedade somente nas hipóteses de ausência de conflitos ou de sua resolução integral mediante autocomposição. Como a implementação de um quadro como este mostra-se pouco provável na atualidade, é possível afirmar que o processo não só é necessário como também imprescindível para a atuação do direito substancial, para o exercício da cidadania, para a proteção das liberdades e para assegurar um bom convívio social.

Obviamente não cabe desprezar as conquistas obtidas com os estudos formulados ao tempo da fase autonomista e científica do processo civil<sup>97</sup>. Todavia, o processo civil somente cumpre sua missão quando construído e lido segundo as necessidades do direito material. Há processo efetivo quando o direito material do cidadão se realiza de forma justa, plena, rápida e segura, assegurando-lhe tudo aquilo e exatamente aquilo que o mesmo obteria caso fosse realizado voluntariamente,

---

<sup>94</sup> PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Seconda edizione. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 649.

<sup>95</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edição. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 145/147. Em igual sentido, dentre inúmeros processualistas, os apontamentos de Luiz Guilherme Marinoni: “O processo, como instrumento, tem por fim realizar os direitos e eliminar os conflitos. [...] O processo, em outras palavras, é instrumento que apenas tem valor quando serve ao direito material e aos escopos da jurisdição.” (In MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 64-65)

<sup>96</sup> Sobre a instrumentalidade do processo vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>97</sup> Kazuo Watanabe lança a idéia de modo irreprochável: “Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.” (In *Da cognição no processo civil*. 2ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 2000. p. 20-21).

conforme a afirmação ainda atual<sup>98</sup> de Chiovenda<sup>99</sup>. Este novo enfoque, que comporia uma terceira onda renovatória<sup>100</sup> do processo civil voltada ao acesso à justiça, ou o acesso a uma ordem jurídica justa, orienta os processualistas a buscar alternativas e soluções que possam resultar em justiça mais rápida, eficiente, efetiva e próxima dos objetivos do direito material. Como assinala José Roberto dos Santos Bedaque, o direito processual civil deve ser concebido à luz da relação jurídica material, devendo suas questões maiores buscar solução em dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula<sup>101</sup>.

A construção de um sistema processual eficaz depende também, sob esta ótica, da construção de técnicas, tutelas processuais e procedimentos diferenciados para a realização dos diferentes direitos. O estabelecimento de um mecanismo estatal efetivo para a resolução dos conflitos de interesses e realização do direito material prescinde da predisposição de meios de tutela jurisdicional diferenciados, adequados e aderentes às também diferentes necessidades que se passam no plano do direito substancial<sup>102</sup>. O Estado (na função jurisdicional) não pode tratar de forma idêntica todas as necessidades que se passam no plano material, pois a efetivação dos direitos pode ocorrer de diferentes modos. Alguns direitos necessitam tão somente de uma

---

<sup>98</sup> Este é o entendimento de Andrea Proto Pisani: “*talché piena atualitá há tutt`oggi l`affermazione di Giuseppe Chiovenda secondo cui 'il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e próprio quello ch`egli há diritto di conseguire' ai sensi del diritto sostanziale.*” (In *Lezioni di diritto processuale civile*. Segunda edizione. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 35)

<sup>99</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume 1. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 67.

<sup>100</sup> Ao tratar as tendências modernas de evolução do processo civil, Mauro Cappelletti e Bryant Garth defendem, como um novo enfoque a ser dado ao acesso à justiça, alterações no conjunto de instituições, mecanismos, mentalidade e procedimentos utilizados, preventiva ou repressivamente, nas disputas e conflitos de interesses nas sociedades modernas. As duas ondas renovatórias antecedentes estariam ligadas à assistência judiciária para os necessitados e à representação dos interesses difusos. (In *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 67.)

<sup>101</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

<sup>102</sup> Como afirma Luiz Guilherme Marinoni “Um procedimento que desconsidera o que se passa nos planos do direito material e da realidade social, obviamente, não poderia propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, pois a efetividade da tutela jurisdicional depende da predisposição de procedimentos adequados à tutela dos direitos e somente é possível a construção de tutelas jurisdicionais adequadas olhando-se de fora para dentro, ou seja, a partir do plano do direito material.” (In *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 30).

declaração para serem efetivados. Algumas relações jurídicas demandam de um elemento constitutivo positivo ou negativo para atender os interesses que merecem proteção. Entretanto, outros podem prescindir de uma atuação mais coercitiva ou de atividades sub-rogatórias para a realização do direito. Enfim, como diferentes são as necessidades, os interesses, os bens e o modo de atuação do direito, não se pode conceber procedimentos, provimentos e medidas uniformes e universais<sup>103</sup> capazes de realizar com efetividade todos os direitos ou de resolver, com eficácia, todos os conflitos instaurados na sociedade.

Uma tutela adequada realiza o direito de tal forma como se o mesmo estivesse sendo observado espontânea e naturalmente<sup>104</sup>. Faz-se mister investigar a pretensão veiculada na ação para, na hipótese de procedência do pedido, dar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo que o direito substancial lhe assegura. Uma pretensão reparatória, por exemplo, não poderá ser efetivada e tutelada da mesma forma que uma pretensão inibitória. Em alguns casos a prestação jurisdicional, para se efetivar, requer o restabelecimento do *status quo ante*. Em tantos outros a prestação jurisdicional, por estar voltada ao futuro, dependerá de medidas coercitivas que assegurem a não violação do direito. A identificação de um projeto preocupado com a proteção dos direitos patrimoniais, próprio da redação do Código de Processo Civil elaborado por Buzaid, por exemplo, não protege adequadamente os direitos sem conteúdo econômico ou expressão monetária que demandam uma tutela preventiva apta a impedir sua violação. Assim, ao se falar em tutela jurisdicional adequada não se pode perder de vista a necessidade da construção de procedimentos diferenciados, da previsão de medidas e provimentos especializados e, principalmente, da imprescindível e constante releitura dos institutos processuais segundo os ditames constitucionais e à luz do

---

<sup>103</sup> Bedaque sustenta, com muita propriedade, ser impossível pensar em instrumentos processuais absolutamente neutros e puramente técnicos para atender as especificidades do direito material (In *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 11).

<sup>104</sup> Sobre a contrapartida da tutela jurisdicional estatal como resposta à proibição da autotutela Proto Pisani assinala “*questa contropartita, per essere effettiva, deve tradursi nella predisposizione di mezzi di tutela giurisdizionale (di procedimenti, provvedimenti e misure coercitive) adeguati ai bisogni di tutela delle singole situazioni di diritto sostanziale.*” (In *Lezioni di diritto processuale civile*. Seconda edizione. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 34).

direito substancial, já que se o direito processual prescinde do direito material para se legitimar, este depende daquele para se efetivar.

De nada adianta tutelas aderentes ao direito material, porém, se a prestação jurisdicional for intempestiva<sup>105</sup>. O tempo do processo, que não pode ser relegado pelo processualista, constitui um dos temas centrais do processo civil moderno. Já dizia Rui Barbosa em expressão que ficou notória no meio jurídico que justiça tardia nada mais é do que injustiça qualificada e manifesta. A duração processual excessiva culmina não só na produção de danos diretos e marginais<sup>106</sup> aos jurisdicionados, como também se encarrega de enterrar os ideais de um processo que garanta o acesso a uma ordem jurídica justa e de realização dos direitos. Não se pode olvidar que a prestação jurisdicional é exercida por um Poder que, por se enquadrar dentro da esfera da administração pública, encontra-se constitucionalmente subordinado ao princípio da eficiência<sup>107</sup>. Ora, prestação jurisdicional eficiente é a que apresenta eficácia e rendimento razoáveis e de acordo com os objetivos a que se propõe, agregado aos predicados de presteza, perfeição, qualidade e rendimento funcional. Ao estabelecer o monopólio da jurisdição e proibir o exercício da força ou das próprias razões, assumiu o Estado a obrigação de buscar a realização dos direitos e de eliminar os conflitos de interesses num prazo razoável. Como assinala Bedaque “a eficiência da função jurisdicional do Estado está intimamente relacionada não só com o desenvolvimento em concreto do instrumento pelo qual ela opera, mas principalmente pelos resultados obtidos.”<sup>108</sup>

Tutela jurisdicional eficiente será aquela, portanto, eficaz no que tange à resolução dos conflitos e realização plena dos direitos, e tempestiva quanto ao tempo

---

<sup>105</sup> A tempestividade da tutela jurisdicional é também abordada neste trabalho no capítulo sobre o direito fundamental processual do acesso à justiça.

<sup>106</sup> De acordo com Bedaque “O simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular” (In: *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.19).

<sup>107</sup> Sobre o princípio da eficiência da administração pública (previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal) e sua imbricação com o processo civil vide: MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Efetividade da jurisdição e princípio da eficiência na administração pública*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. Volume 3. São Paulo: Dialética, 2003. p. 87-97.

em que é prestada. O descumprimento destas missões representa ineficiência na medida em que não assegura o acesso à justiça, nem a correspondência necessária entre a tutela jurisdicional e o que seria o cumprimento espontâneo do direito.

Quando se trata de acesso à justiça, direito fundamental processual específico que será retomado adiante<sup>109</sup>, é também importante não perder de vista a “justiça” como elemento indissociável da prestação da tutela jurisdicional e do processo civil como um todo e em si. A pacificação social através da eliminação dos conflitos e da realização dos direitos deve ser realizada com justiça, não só por uma questão de bom senso, moral ou de ética, mas também por imperativo legal constante do preâmbulo da Carta Magna que dispõe ser missão do Estado assegurar o exercício dos direitos e da justiça, elevados constitucionalmente a valores supremos da sociedade. Como lembra Dinamarco, a eliminação dos conflitos mediante critérios justos é o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado, cuja inobservância acarreta uma sucessão de brutalidade e arbitrariedade que só faz acumular decepções no seio da sociedade<sup>110</sup>.

A Constituição, inclusive nesta ótica, estabelece a premissa para a construção de um sistema processual justo, inclusive o processo como instrumento estatal e jurisdicional de pacificação dos conflitos<sup>111</sup>, que deve respeitar as garantias fundamentais. Alguém poderia, neste caso, dizer que algumas garantias entram em choque em determinados momentos, quando, por exemplo, entram em confronto a busca pela efetividade mediante um provimento de urgência e a previsão do exercício amplo do contraditório ou da perda de bens somente após o devido processo legal. Adianta-se, o que será tratado oportunamente, que as garantias processuais constitucionais não excluem umas às outras. Sua natureza jurídica, adaptada a uma teoria dos direitos fundamentais adequada, admite que em determinadas situações uma

---

<sup>108</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 13.

<sup>109</sup> Vide capítulo II da quarta parte (supra).

<sup>110</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 161 e 293.

<sup>111</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 154.

das garantias prevaleça sobre a outra sem que tal fenômeno constitua violação a um dispositivo constitucional ou autorize a imputação de injustiça. Por esta razão é importante tratar as garantias constitucionais de ordem processual de acordo com os aportes de uma teoria jurídica, dogmática e geral dos direitos fundamentais.

Por permear o sistema processual como um todo, a justiça, por evidência, deve também se fazer presente no espírito daquele que estará incumbido de proferir a decisão judicial. Apesar de, nesta seara, a liberdade de convencimento dar margem a um certo grau de subjetivismo, é certo que a possibilidade de controle por intermédio da própria observância das garantias fundamentais processuais e do ordenamento jurídico como um todo, recomenda e legitima a decisão como resultado da prestação da tutela jurisdicional. Mas além da observância da Constituição e das demais normas jurídicas, a justiça nas decisões finca seus fundamentos na existência de um juiz participativo e sensível aos valores do seu tempo, não somente no decidir, mas também ao apreciar a prova, enquadrar fatos, normas e categorias jurídicas e na interpretação do direito<sup>112</sup>.

É somente em observando estas premissas que o processo civil pode cumprir seus objetivos, o de funcionar como método para a eliminação dos conflitos e realização dos direitos por intermédio de uma prestação de tutela jurisdicional justa, adequada, eficaz e eficiente.

---

<sup>112</sup> Neste mesmo sentido: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 35. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 71. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 296.

## 2ª PARTE – TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### CAPÍTULO I – SISTEMATIZAÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### Seção 1 – Considerações Iniciais

Os direitos fundamentais vivem os seus melhores momentos no que tange à valorização e posicionamento no ordenamento jurídico vigente. Situados topograficamente na Constituição Federal de 1988, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, foi outorgado um considerável potencial<sup>113</sup> de eficácia e aplicabilidade imediata (§1º do art. 5º da Constituição) aos direitos fundamentais. São, além disso, óbices de difícil transposição ou de alterações legislativas posteriores por força de sua inclusão no rol das cláusulas pétreas (§4º do art. 60 da Constituição Federal). Todavia, para que se possa analisar a amplitude, a compreensão e a aplicação dos princípios processuais positivados sob a rubrica dos direitos fundamentais, é necessária uma incursão geral a partir de dados relativos a uma teoria racional e adequada que tenha por objeto esta categoria de direitos.

Dentre as inúmeras teorias desenvolvidas<sup>114</sup>, as contribuições teóricas do jurista alemão Robert Alexy foram um grande passo para o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais de sólida base científica e racional<sup>115</sup>, cujos contornos podem se situar dentro de uma moldura ao mesmo tempo jurídica<sup>116</sup>, geral<sup>117</sup> e

---

<sup>113</sup> De acordo com Marcelo Lima Guerra “O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma nova categoria jurídica, é, precisamente, a força jurídica reconhecida a tais valores.” (In *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 83).

<sup>114</sup> Sobre as diferentes teorias existentes sobre os direitos fundamentais, vide: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p.608-636. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1.343. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 84.

<sup>115</sup> Vide: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>116</sup> Por ser a jurídica a teoria, deve-se, num primeiro momento, deixar de lado os paradigmas e categorias próprias de teorias sociológicas, históricas, políticas ou filosóficas.

<sup>117</sup> A teoria não é e nem deve ser pautada sobre casos singulares ou normas isoladas.

dogmática<sup>118</sup>. O ponto alto da teoria de Alexy, aliás, é o apego à cientificidade e à exploração do maior número possível de variantes que cercam a matéria, o que só enriquece e valoriza sua proposta, adotada por incontável número de juristas renomados.

Preliminarmente cumpre esclarecer que Alexy procurou alicerçar sua teoria de acordo com os direitos fundamentais previstos na lei fundamental (Constituição) e segundo a lei fundamental. Estariam excluídos, num primeiro momento, outros direitos previstos em fontes diversas do direito ou em sistemas jurídicos distintos. Entretanto, e como mais adiante se verá, reduzir a investigação de uma teoria geral dos direitos fundamentais não pode levar ao abandono completo daqueles direitos que, apesar de não estarem situados formalmente no catálogo dos direitos fundamentais (título II da Constituição), podem (e devem) receber um tratamento idêntico àquele oferecido às normas jurídicas formalmente tipificadas.

A Constituição de 1988, em seu §2º do art. 5º, dispõe expressamente que os direitos e garantias expressos em seu corpo não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário. Em outras palavras, a compreensão aberta dos direitos fundamentais na Constituição<sup>119</sup>, conseqüência da análise deste dispositivo, permite o reconhecimento e elevação à mesma categoria de outros direitos não consignados expressamente na carta fundamental. Por intermédio de um raciocínio inverso, poderia se admitir, também, que alguns dos direitos constantes do rol do art. 5º não apresentam a marca da “*fundamentalidade*” própria de uma análise de fundo ou do conteúdo do direito, ou

---

<sup>118</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 25.

<sup>119</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet “*em se reconhecendo a existência de um sistema de direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante*” (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 77).

seja, apesar de serem formalmente fundamentais não o seriam numa dimensão material<sup>120</sup>.

Inúmeros direitos e garantias processuais previstas em outras normas jurídicas, como em tratados internacionais a que o Brasil adere, podem, perfeitamente enquadrar-se, por equiparação, na categoria dos direitos fundamentais levando-se em conta a importância material que eles têm como elementos constitutivos do Estado e da sociedade. A Constituição, diga-se mais uma vez, dá abrigo tanto aos direitos fundamentais formais (segundo uma perspectiva de enquadramento normativo) quanto aos materiais (de acordo com o conteúdo).

Apesar de o critério material ser por demais importante num sistema constitucional aberto como o da Constituição brasileira, para efeitos de delimitação deste trabalho adotar-se-á uma perspectiva mais restrita e formal. A terceira parte tratará tão somente dos direitos fundamentais processuais positivados e constantes da Constituição. Desta forma, convencionou-se que, para os fins desta pesquisa, adotar-se-á a expressão “teoria geral dos direitos fundamentais” para tratar dos direitos expressos na Constituição, podendo sua aplicação ser estendida a outros direitos materialmente fundamentais reconhecidos por outras normas jurídicas (infraconstitucionais e internacionais).

A partir de uma visão dogmática e jurídica, Alexy cuida de não desprezar as múltiplas perspectivas de estudo do direito, especialmente no que tange às diferentes dimensões nas quais o fenômeno jurídico se apresenta e deve ser estudado. Sua teoria transita nas dimensões analítica, empírica e normativa, podendo ser qualificada, portanto, como tridimensional. Na dimensão analítica são examinados os conceitos fundamentais (o conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade, de igualdade, entre outros), as construções jurídicas (as relações entre o fato e as restrições e limitações dos direitos fundamentais e dos efeitos em relação a terceiros), a estrutura

---

<sup>120</sup> “A amplitude do catálogo, em que pese seu cunho preponderantemente positivo, também revela ter suas fraquezas, porquanto no rol dos direitos fundamentais foram incluídas diversas posições jurídicas de ‘fundamentalidade’ ao menos discutível, conduzindo – como se tem verificado ao longo dos anos – a um desprestígio do especial status gozado pelos direitos fundamentais, muito embora não seja a quantidade de direitos fundamentais uma das principais causas de sua falta de prestígio e efetividade” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 73).

do sistema jurídico e a fundamentação sobre a base dos direitos fundamentais, tudo dotado de clareza e coerência máxima. Na dimensão empírica interessa o conhecimento do direito positivamente válido, através do exame não só da legislação como também da jurisprudência ou prática judicial. Ambas as esferas do conhecimento (doutrinária e jurisprudencial) são importantes, de acordo com Alexy, para uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais. A dimensão normativa requer questionamento sobre o julgamento dos casos pelo Judiciário e a análise crítica do material positivo, realizada pelos operadores do direito, em seu sentido mais amplo. Nesta dimensão mais axiológica e crítica os valores utilizados na fundamentação de posições devem ser analisados, já que permitem, segundo Alexy, saber porque é que se deve, e de que forma se deve, obedecer aos comandos constitucionais, dentre os quais aqueles inerentes aos direitos fundamentais<sup>121</sup>.

Para que a ciência do direito possa cumprir seus objetivos, dentre os quais o de servir de disciplina prática, e para que possa alcançar um *status* que permita a construção de respostas tanto para os casos reais como para os abstratos, é necessário, numa teoria que se preocupa em ser dogmática, jurídica e geral, a conjugação do conhecimento do direito positivamente válido (dimensão empírica), dos valores adicionados a estes conhecimentos (dimensão normativa) e a precisão conceitual das categorias e direitos em questão (dimensão analítica)<sup>122</sup>. Com isto a teoria dos direitos fundamentais se firma como teoria jurídica e dogmática, destinada a dar vazão à tarefa prática da ciência do direito<sup>123</sup>. Enfim, a racionalidade da prática judicial, a precisão conceitual e a argumentação adequada<sup>124</sup> permitem a construção da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, alicerçada na estrutura de suas normas e de posições jurídicas básicas que resgatam o valor e a importância dos direitos fundamentais.

---

<sup>121</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 29/32.

<sup>122</sup> Neste sentido vide, dentre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 33-35.

<sup>123</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 33.

<sup>124</sup> Sobre argumentação jurídica em Alexy vide: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

## Seção 2 – Norma e Enunciado Normativo

Para bem compreender a amplitude, eficácia e função de um direito fundamental, é necessário partir da análise da sua norma. Quando se afigura que alguém possui um direito fundamental, é dito que há uma norma válida que lhe outorga este direito<sup>125</sup>. Apesar de ser aparentemente irrelevante, a conexão entre direito, norma e enunciado normativo não permite que se tome uma definição por outra, sendo necessário diferenciar estas categorias.

Quando a Constituição dispõe, por exemplo, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pode-se verificar dois fenômenos jurídicos distintos coexistentes: um enunciado normativo e uma norma jurídica que pode ser extraída do significado deste enunciado.

O enunciado normativo é a expressão lingüística utilizada no texto, é a seqüência de palavras que, concatenadas, permitem a quem lê extrair-lhe a norma jurídica. O dispositivo constitucional acima mencionado é um enunciado normativo, fruto de um processo legislativo, que positivou um determinado valor em um dado momento histórico. Entretanto, de um enunciado normativo extrai-se muito mais que palavras. Pode-se extrair um significado que pode resultar em norma jurídica. Tem razão Humberto Ávila em afirmar que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”<sup>126</sup>.

Do texto que prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” pode-se extrair, por intermédio da hermenêutica ou do significado que se tem desta expressão lingüística, diferentes perspectivas normativas. Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Júnior entendem que este dispositivo contém o direito de ação, consubstanciado na faculdade conferida ao

---

<sup>125</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.47/48.

<sup>126</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 22.

cidadão de deduzir em juízo uma pretensão e de dela defender-se<sup>127</sup>. Instrumentalidade do processo, acesso à justiça e acesso à ordem jurídica justa são outras normas jurídicas ou direitos do cidadão que inúmeros juristas, e especialmente os processualistas, costumam deduzir da expressão lingüística constante do inciso XXXV da Constituição Federal. Por vezes a interpretação de uma simples palavra, como a “ameaça”, dá vazão à construção de normas jurídicas que até então não se exibiam de modo explícito. As tutelas de urgência e preventivas, por exemplo, encontraram no texto o fundamento constitucional para a construção e legitimação de procedimentos que objetivam a proteção emergencial e prévia dos direitos, através de mecanismos aptos a afastar a ameaça de lesão ou impedir que ela ocorra<sup>128</sup>.

Por outro lado, às vezes são necessários dois ou mais enunciados normativos para se extrair uma norma ou para se descobrir um direito. O direito social à educação, v.g., constante do enunciado normativo disposto no *caput* do art. 6º da Constituição, necessita da conjugação do art. 206, inciso IV para assegurar o direito subjetivo à gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais. Curiosamente, até mesmo na ausência de um dispositivo ou de um enunciado normativo alguns direitos podem ser ignorados ou tendenciosamente interpretados, ficando o dito pelo não dito. É o caso, por exemplo, da obrigatoriedade de a União repartir com os Estados (e conseqüentemente aos Municípios), as receitas decorrentes da arrecadação dos impostos. Como não ficou dito que esta distribuição teria como base o produto das contribuições, a União, na última década, aumentou a carga tributária valendo-se, preponderantemente, do aumento de contribuições, arrecadação que não o obriga a repasses aos demais entes da federação.

A norma, portanto, pode ser extraída do significado de um ou mais enunciados normativos<sup>129</sup>, ou mesmo de nenhum deles<sup>130</sup>, sendo que nas duas

---

<sup>127</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 76.

<sup>128</sup> Sobre o assunto vide: LOPES, João Batista. *Fundamento constitucional da tutela de urgência*. Revista Dialética de Direito Processual. Volume 8. São Paulo: Oliveira Rocha. 2003. p. 67-71.

<sup>129</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 51.

primeiras hipóteses o conteúdo que se extrai da expressão lingüística sofre a adição de inúmeros elementos que cercam a pessoa do intérprete e o ambiente em que se encontra inserido. As palavras da lei, como lembra Lênio Luiz Streck, são plurívocas, vagas, ambíguas e incertas, razão pela qual basta “ler a Constituição Federal ou qualquer dispositivo de um Código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao usuário / operador do direito”<sup>131</sup>. Alerta-se, assim, para a possibilidade de variações que cercam o estudo das normas jurídicas, inclusive aquelas que tratam dos direitos fundamentais, sendo necessário laborar em diversas frentes para identificar a natureza, a eficácia e a função.

### Seção 3 – Direitos Fundamentais Principais e Adstritos

Verificada a distinção entre norma e enunciado de direito fundamental, já é possível situar os direitos fundamentais e identificar de quais enunciados normativos é possível extraí-los. Para isto cabe, inicialmente, um critério formal no qual todos os enunciados que estiverem sobre o abrigo do capítulo que trata dos direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos fundamentais, independente da estrutura, formação do Estado e significado hermenêutico<sup>132</sup>, caso em que se pode afirmar que direitos fundamentais são todas as normas extraídas dos enunciados normativos constantes do Título II da Constituição Federal, que trata formalmente daquela categoria de direitos.

Este critério meramente formal, ou de acordo com o posicionamento topográfico, entretanto, é insuficiente para cumprir o objetivo de demonstrar de quais

---

<sup>130</sup> Segundo Humberto Ávila “Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 22.

<sup>131</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 239.

<sup>132</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 65.

enunciados se pode extrair ou não uma norma jurídica de direito fundamental. É preciso evitar ficar à mercê de técnica legislativa que, se defeituosa ou equivocada, podem vir a sucumbir ou diminuir a eficácia de direitos fundamentais historicamente conquistados, mediante alocação, por exemplo, de um enunciado em um capítulo não inserido formalmente no título que trata dos direitos e garantias fundamentais. Como já fora consignado, a abertura que a Constituição brasileira dá, por força do §2º do art. 5º, ao reconhecimento de outros direitos fundamentais impede a adoção de um marco eminentemente formal para o reconhecimento dos direitos fundamentais. Outros critérios, portanto, devem ser analisados.

Para Carl Schmitt, *apud* Alexy, são direitos fundamentais os que servem de fundamento ao Estado, e que por esta razão devem ser reconhecidos como tal na Constituição. Num Estado liberal de direito, nesta hipótese, somente os direitos individuais de liberdade poderiam ser enquadrados na categoria jurídica de direitos fundamentais<sup>133</sup>. Não é incoerente afirmar que o modelo estatal dá embasamento à existência e eficácia de uma determinada classe de direitos. Quando a Constituição estatui que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, não se pode negar que esta formatação não só legitima como torna natural a construção de enunciados normativos de cujos significados podem ser extraídas normas *jusfundamentais*. O método de Schmitt, porém, não reúne condições de prosperar de maneira independente. Os direitos e garantias fundamentais servem, muitas vezes, de proteção contra os próprios atos do Estado. Nesta perspectiva pode-se cogitar, em certas situações, até mesmo da violação de normas *jusfundamentais*, quando os atos do Estado são praticados de forma dissonante com a dignidade humana ou com os valores mais básicos e inerentes a uma democracia ou a um Estado de Direito. Este critério, que poderia ser chamado de material estrutural, também é insuficiente.

---

<sup>133</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.63.

Com o objetivo de apontar um outro marco metodológico para o reconhecimento dos direitos fundamentais, Robert Alexy procura construir suas convicções através da conjugação de critérios. De acordo com o autor, as normas *jusfundamentais* decorrentes de enunciados normativos positivados na Constituição sob uma rubrica de “direitos e garantias fundamentais” devem ser como tal reconhecidos. Todavia, todos os outros direitos a que se possa dar uma fundamentação *jusfundamental* adequada, também devem ser entendidos como direitos fundamentais<sup>134</sup> (nesse caso tratar-se-iam de direitos fundamentais adstritos aos direitos fundamentais principais). Com isto ele conclui que toda norma de direito fundamental exige uma fundamentação *iusfundamental* correta, sejam elas diretas (pois referentes ao texto da lei fundamental), sejam elas adstritas (através de argumentação pautada em outros direitos fundamentais reconhecidos pela Lei Fundamental)<sup>135</sup>. Mas quais seriam as características inerentes desta “fundamentalidade”, tão necessária ao reconhecimento dos direitos fundamentais adstritos?

Ao limitar, também, a análise do estudo dos direitos fundamentais ao campo daqueles direitos marcados pela “fundamentalidade” e positivados numa ordem constitucional, Canotilho esclarece que este termo pode ser entendido de acordo com um critério formal e outro material. Há fundamentalidade num sentido formal quando o direito encontra-se gravado pelas seguintes características: a) alocação no patamar constitucional (grau superior do ordenamento jurídico); b) limitação formal de futuras revisões constitucionais; c) conteúdo como limite material da própria revisão; e d) vinculação do poder público em todos os seus atos. A fundamentalidade material

---

<sup>134</sup> Para se saber se uma norma adstrita é ou não de direito fundamental há que considerar que: “uma norma adstrita vale e é uma norma de direito fundamental se para sua adstrição a uma norma de direito fundamental estatuída diretamente é possível dar uma fundamentação *iusfundamental* correta” (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 66 a 73).

<sup>135</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 71.

decorreria, no caso, do próprio conteúdo dos direitos fundamentais em si, normalmente constitutivos do próprio modelo de Estado e de sociedade<sup>136</sup>.

Para o constitucionalista de Coimbra não bastaria uma positivação qualquer, sendo necessário “assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grudrechtsnormen).”<sup>137</sup>

Considerando-se a proposta de Alexy e as contribuições de Canotilho, seriam direitos fundamentais principais ou diretos, de acordo com a Constituição brasileira, todas aquelas normas jurídicas extraídas diretamente dos enunciados normativos expressos em seu título II. Direitos fundamentais adstritos, por sua vez, seriam todos aqueles que pudessem receber uma fundamentação *jusfundamental* correta e ligada a um dos direitos fundamentais principais ou aos valores e fundamentos do Estado, por força da abertura conferida pelo §2º do art. 5º da Constituição Federal. Mais especificamente, no que tange aos direitos ligados ao processo civil, como se verá mais adiante, os direitos ou garantias fundamentais processuais também podem ser classificados em principais e adstritos.

Os critérios de Alexy e de Canotilho parecem aderir ao modelo constitucional brasileiro inaugurado em 1988, que reconhece a existência tanto de direitos e garantias fundamentais principais, e positivadas no título II da Constituição, como de outros direitos e garantias que, embora não consignados topograficamente naquele título, encontram-se dispersos em outros dispositivos (constitucionais ou infraconstitucionais) ou diplomas normativos, inclusive internacionais<sup>138</sup>, mas registrados pela “fundamentalidade”. Para estes direitos adstritos, e próprios do §2º do

---

<sup>136</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 373.

<sup>137</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 371

<sup>138</sup> Ingo Wolfgang Sarlet está de acordo: “(...) nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta”. (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 81).

art. 5º, seria necessário argumentar que eles apresentam uma fundamentação *jusfundamental* ligada a outros direitos fundamentais principais, ao próprio regime constitucional ou, ainda, aos princípios e valores por ela adotados, servindo de baliza para atos estatais e privados.

Tecidas as primeiras considerações a respeito de uma teoria dos direitos fundamentais, é o momento de analisar aqueles que encontram uma correspondência mais direta com o direito processual civil.

## CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

### Seção 1 – As Diferentes Dimensões dos Direitos Fundamentais

Toda norma jurídica, seja de que espécie for, costuma ser dimensionada segundo os valores relevantes em determinados tempo e lugar.

A partir das necessidades inerentes a cada época, os direitos fundamentais passaram por constantes mutações. Cada momento histórico exigiu o surgimento de novos desses direitos, o que levou a classificá-los em diferentes gerações. Todavia, a expressão “dimensões dos direitos fundamentais” é mais adequada, tendo em vista que não há uma sobreposição de uma classe de direitos sobre outra, como se a primeira deixasse de existir ou perdesse seu valor em razão do surgimento da seguinte. As diferentes dimensões não são excludentes. Ao contrário, cumulam-se e complementam-se<sup>139</sup>. Não se trata, como adverte Jorge Miranda, de um mero somatório, uma vez que todos os direitos nascem em resposta às exigências e necessidades sociais, razão pela qual impõem um tratamento harmônico e sob o auspício de uma concordância prática<sup>140</sup>.

As funções e a eficácia dos direitos fundamentais, entretanto, podem receber tratamento distinto em cada uma de suas dimensões. Por este motivo, e objetivando também sistematizar a matéria, faz-se necessário identificar cada uma destas dimensões e que direitos a compõem<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 49.

<sup>140</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 24.

<sup>141</sup> Não é uniforme a classificação dos direitos em gerações. Adotar-se-á aquela que nos parece a mais difundida no Brasil. GUSTAVO ZAGREBELSKY, divergindo em parte, entende que os direitos de liberdade representam a primeira geração, os relativos ao trabalho a segunda, os sociais a terceira e os direitos à sobrevivência do homem (meio ambiente) a quarta geração de direitos. (In *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 92). Para Jorge Miranda, por sua vez, há correntemente três ou quatro gerações de direitos fundamentais: “a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente e à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e, ainda, a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias.” (In *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 24). Paulo Bonavides, a seu turno, também defende a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais ligados à democracia, informação e pluralismo. (In *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 571-572).

Como fora visto anteriormente, procura-se compreender os direitos fundamentais a partir do momento em que foram inseridos na Constituição. Os primeiros direitos fundamentais surgiram, assim, concomitantemente às primeiras Constituições elaboradas, sobretudo de acordo com o pensamento de matriz liberal-burguesa predominante na época. Os valores históricos e filosóficos que deram ensejo à Revolução Francesa e à Declaração dos Direitos do Homem de 1789, especialmente simbolizados no lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, também contribuíram fortemente para a institucionalização de direitos materiais referentes ao primeiro postulado<sup>142</sup>. Valores como o individualismo e a defesa da autonomia privada deram origem a inúmeros direitos, podendo ser citados aqueles inerentes à vida, à liberdade e à propriedade, os direitos civis e políticos, enfim, normas jurídicas que, exercidas como direitos de defesa<sup>143</sup> situam-se nesta primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Com a revolução industrial e a migração em massa do campo para a cidade, inúmeros problemas sociais passaram a reclamar solução. Aliado às doutrinas socialistas, e inspirado principalmente no postulado da igualdade, passou-se a esperar que o Estado, inclusive em sua função legislativa, pudesse zelar também pelo bem estar social dos indivíduos. Apesar de embrionariamente estar ligado às Constituições anteriores, é só após a segunda guerra mundial, com o advento de um constitucionalismo segundo o modelo de Weimar, que os direitos fundamentais sociais e econômicos passam a receber maior destaque. É o caso do direito à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia. Estes direitos sociais, que compõem a segunda dimensão dos direitos fundamentais permaneceram por muito tempo, todavia, com uma atuação meramente programática. Somente nos últimos tempos é que se buscou a construção (ainda inacabada) de uma ideologia concretizadora dos direitos fundamentais sociais, que requerem atuações positivas por parte do Estado cujo dever é, dentre tantos, o de propiciar um “terreno” favorável para a realização de uma justiça social e para a concretização efetiva da dignidade humana.

---

<sup>142</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 562-563.

<sup>143</sup> A função e a eficácia dos direitos serão retomadas mais adiante.

Outros direitos, porém, encontram-se inseridos nesta segunda dimensão, como, por exemplo, os direitos de liberdade sindical, de greve e tantos outros ligados à atividade laboral<sup>144</sup>.

Direitos de solidariedade e de fraternidade comporiam, segundo Sarlet, a terceira dimensão dos direitos fundamentais<sup>145</sup>, nascidos da conscientização de que o gênero humano deve zelar pela preservação de sua espécie, bem como de outros elevados valores. Trata-se de direitos de titularidade coletiva, destinados a proteger interesses comuns de grupos sociais ou de pessoas que tenham algo em comum. É a universalidade – transindividualidade - de tais direitos (com o direito à paz, ao desenvolvimento, a um meio ambiente sustentável, à preservação do patrimônio histórico e cultural e à autodeterminação dos povos) que os distingue dos direitos anteriores.

Inobstante a classificação de acordo com as dimensões ou gerações históricas, deve-se buscar outros elementos em comum entre direitos que identifiquem uma classe ou que pelo menos permitam um tratamento sistêmico.

Inúmeros deles, sabe-se, produzem reflexos no campo do direito processual civil, assim como tantos outros são tratados pelos direitos penal, tributário, administrativo, do trabalho, etc.. Canotilho, em determinado momento de sua obra sobre o Direito Constitucional, defende o agrupamento dos diversos direitos fundamentais em três grandes categorias: os direitos inerentes ao homem como indivíduo ou como participante na vida política; os direitos de defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante os poderes políticos; e, por fim, as garantias ou meios processuais adequados para a defesa dos direitos em geral<sup>146</sup>. Trata-se, como se vê, de uma distinção que contempla a função e aplicação que cada uma destas categorias de direitos fundamentais possuem no sistema, cujas garantias processuais fundamentais desfrutam de *status activus processualis*.

---

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52.

<sup>145</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 569-570. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52.

Os direitos fundamentais de maior reflexo para o processo civil, ou aqueles que, a partir da lei fundamental, compõem o instrumental constitucional e fundamental para a defesa e realização dos direitos por intermédio da prestação da tutela jurisdicional, serão tratados sob a denominação de direitos ou garantias fundamentais processuais, ou de direitos ou garantias processuais fundamentais.

## Seção 2 – Direitos Fundamentais Processuais ou Garantias Fundamentais Processuais?

É comum observar-se a utilização da expressão garantia como sinônimo de direito ou de princípio quando se trata das normas derivadas dos dispositivos constitucionais que prescrevem valores e fins ou conferem prerrogativas, ônus ou deveres no campo processual. Enquanto alguns autores preferem dizer que alguém tem a garantia constitucional do contraditório, por exemplo, muitos outros referem-se ao direito constitucional do contraditório.

Mais adiante será possível afirmar que não há dúvidas quanto à natureza também principiológica que tal classe de “direitos” ou “garantias” detém, razão pela qual não se questiona o tratamento que lhes é dado por parte da doutrina enquanto princípios constitucionais. Todavia, parece-nos que é o aprumo técnico desejado em trabalhos científicos deve orientar a busca de respostas aptas a identificar se estes preceitos fundamentais processuais são garantias ou direitos.

Etimologicamente a palavra garantia tem como origem “*garant*”, proveniente da expressão alemã “*gewähren-gewär-leistung*”, cujo significado indica a idéia de uma “posição que afirma a segurança”<sup>147</sup>. Noções como segurança e proteção, portanto, têm na origem da palavra a explicação para associá-la ao termo garantia.

---

<sup>146</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 399.

<sup>147</sup> Este é o ensinamento de Geleotti e Linares Quintana, citados por Paulo Bonavides (In *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 525).

Comoglio, jurista que tem dedicado inúmeros estudos às garantias constitucionais do processo, considera que “garanzia implica sempre protezione (o comunque predisposizione di mezzi idonei ad assicurarla in concreto)”<sup>148</sup>. No relacionamento entre direito e processo (aduz este jurista em passagem repetida em obra em co-autoria com Ferri e Taruffo), a garantia é, em síntese, aquilo que faz a diferença entre um direito atribuído e previsto abstratamente numa norma legal, e um direito protegido em concreto frente a uma possível violação<sup>149</sup>. A garantia seria a norma cujo objetivo é o de assegurar a realização concreta dos direitos.

Inúmeras são as classificações em torno das garantias. Bonavides fala, inicialmente, em “garantia da Constituição” e “garantia dos direitos subjetivos” para diferenciar, respectivamente, aquelas cuja função seria o de manter a eficácia da ordem constitucional e jurídica em geral, das orientadas a proteger os direitos fundamentais por meio dos remédios constitucionais (ações constitucionais típicas)<sup>150</sup>. Num segundo momento defende que a definição de garantia deve ser alargada para abrigar as garantias que chama de institucionais<sup>151</sup>, destinadas à defesa do funcionamento de todas as instituições existentes no Estado<sup>152</sup>. Vicente Greco Filho divide as garantias em formais e instrumentais, sendo que enquanto a primeira espécie. A primeira, sem definir o conteúdo do direito, assegura a ordem jurídica; a segunda é formada pelas disposições voltadas a dar efetividade aos direitos materiais<sup>153</sup>. Comoglio, por fim e na

<sup>148</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Settembre 1991. Milano: Giuffrè. p. 676.

<sup>149</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 53. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Dicembre 1994. Milano: Giuffrè. p. 1.064.

<sup>150</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 533.

<sup>151</sup> Ingo Wolfgang Sarlet cita como exemplos de garantias institucionais presentes na Constituição: garantia da propriedade, do direito de herança, do Tribunal de Júri, da língua nacional, dos partidos políticos, da seguridade social, da família, da autonomia das universidades, entre outras (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 185).

<sup>152</sup> Para o mestre cearense a “garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 537 e 542).

<sup>153</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 1º volume. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 26-27.

mesma linha de pensamento, classifica as garantias em formais ou estáticas, que seriam aquelas voltadas a assegurar, estruturalmente, a estabilidade e certeza da ordem jurídica (como a garantia da legalidade e da reserva da lei, v.g.), e dinâmicas, destinadas a servir de instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente<sup>154</sup>. Dentre as classificações existentes, é a que leva em conta o critério funcional a mais consistente para o estudo das garantias, pois possibilita, a partir do exame da função que detém no sistema, compreender sua aplicabilidade e sua eficácia. Esta classificação, conjuntamente com a moderna noção do *status activus processualis*, será objeto de análise mais adiante.

Seriam o contraditório, a ampla defesa e a proibição do acesso à justiça, por exemplo, garantias constitucionais processuais? É possível denominar direitos processuais fundamentais aquelas normas fundamentais e constitucionais de conteúdo processual?

Considerando que há uma profunda distinção entre direitos e garantias, Paulo Bonavides entende que inúmeros conceitos utilizados pela doutrina especializada não autorizam que se entenda uma categoria como sinônima da outra<sup>155</sup>. Valendo-se das lições de Carlos Sánchez Viamonte, Bielsa, Juan Carlos Rébora, Rui Barbosa e Jorge Miranda, entende Bonavides que garantia e direito não se confundem porque: a) a garantia visa proteger a liberdade com o máximo de eficácia; b) a garantia é meio para assegurar e proteger os direitos; c) o insucesso da garantia como instrumento de proteção não significa a inexistência do direito, e a suspensão daquela não pode ser empregada como supressão deste; d) o direito autoriza a prática facultativa de certos atos enquanto que a garantia se destina a assegurar a própria legalidade; e) os direitos representam bens, enquanto que as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; f) as garantias somente se projetam em razão do nexó que possuem com os

---

<sup>154</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Dicembre 1994. Milano: Giuffrè. p. 1.065.

<sup>155</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 526.

direitos; g) os direitos de liberdade se assentam na pessoa, enquanto que as garantias se reportam à relação entre o Estado e a pessoa<sup>156</sup>.

Apesar da consistência do pensamento de Bonavides, a análise da função que os direitos fundamentais detêm no sistema e o tratamento singular e sistemático dado à matéria por parte da doutrina autoriza a utilização da denominação tanto de direitos como garantias processuais fundamentais, até porque, como afirmam Ingo Sarlet e Vicente Greco Filho, não é tarefa das mais fáceis distinguir o direito das garantias<sup>157</sup>.

Suponha que o contraditório seja uma garantia e que fosse violada num processo judicial. Poderia aquele que sofre os efeitos da decisão dirigir uma petição fundamentada pretendendo exclusivamente a efetivação do contraditório? Em caso de resposta positiva admitir-se-ia considerar um direito ao contraditório?

Tendo em vista a função que os direitos fundamentais detêm no sistema, funcionando tanto na esfera objetiva quanto subjetiva, as garantias processuais fundamentais apresentam-se sim como direitos. Neste sentido Ingo Sarlet os considera, inclusive, como direitos-garantia:

O que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentas posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas.<sup>158</sup>

O caráter dúplice que autoriza a chamar as garantias fundamentais processuais de direitos processuais fundamentais, ou de direitos fundamentais processuais, também encontra fundamento no próprio regime jurídico único que recomenda o tratamento

<sup>156</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 527-529.

<sup>157</sup> Para Sarlet: “Não é, portanto, muitas vezes fácil identificar se estamos diante de um direito fundamental autônomo ou perante uma garantia, na medida em que diversas as situações em que ambos os elementos estão contidos na mesma norma definidora de direito fundamental.” (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p.183). No mesmo sentido Greco Filho: “Difícil é, às vezes, distinguir-se o direito das garantias, e, dentro destas, as que sejam um direito em si mesmas e as que são instrumentos para sua efetivação” (In *Direito processual civil brasileiro*. 1º volume. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 27).

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 185.

sistemático de ambas as classes enquanto ‘posições jurídicas’ que, compreendidas dentro de uma teoria geral, recebem o mesmo tratamento constitucional quanto à catalogação (título II da Constituição), aplicabilidade (art. 5º, §1º da CF) e amplitude (art. 5º, §2º da CF). Com ou sem conflito, é imperioso ressaltar que todos têm o direito de acesso à justiça ou de ser ouvido em juízo mediante contraditório, por exemplo, como todos têm o direito à publicidade dos atos processuais e à fundamentação das decisões. Por outro lado, não é a denominação ou o enquadramento teórico à condição *sine qua non* suficiente para que determinada norma jurídica cumpra com um papel instrumental de proteção aos direitos. As garantias processuais inseridas no contexto constitucional também determinam a prática de atos, e o insucesso de sua efetivação como instrumento de proteção e de realização dos direitos acarreta, a seu turno, a inexistência de concretização do direito o que, empiricamente, culmina no próprio resultado de sua inexistência, qualificado, porém, pelo sentimento de injustiça, contrariando-se, por conseqüência, os argumentos de Bonavides.

As garantias processuais fundamentais possuem, sim, bens autônomos que merecem proteção, não servindo o processo como mero alicerce para a resolução dos conflitos sem a observância dos valores e do modelo processual estabelecidos pela Constituição. O contraditório e a ampla defesa, por exemplo, não podem ser considerados tão somente garantias, mas também direitos, pois assim são vistos por seus titulares. Como afirma Jorge Reis Novais, “as garantias processuais constituem direitos fundamentais juridicamente produzidos, ou seja, direitos que devem o seu surgimento e validade à própria ordem jurídica”<sup>159</sup>. Por fim, não é o caráter intersubjetivo um critério válido para distinguir as garantias dos direitos, pois inúmeras normas e relações jurídicas, como as tributárias, têm também o Estado como destinatário ou sujeito integrante, o que dá razão a Marcelo Lima Guerra quando recomenda a substituição da expressão garantia por “direitos fundamentais”<sup>160</sup>. Sob a mesma ótica irretocável, o costumeiro tratamento adotado por inúmeros

---

<sup>159</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 164.

<sup>160</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 100.

processualistas das garantias processuais específicas, denominando-as em seus livros e artigos como direito ao contraditório, ao acesso à justiça, à ampla defesa, ao devido processo legal, à motivação das decisões judiciais, etc..

Em razão desse duplo caráter pode-se afirmar que se todas as garantias fundamentais são direitos fundamentais, nem todos os direitos fundamentais são garantias fundamentais.

### Seção 3 – Direitos Fundamentais Processuais Principais e Adstritos

Conforme visto em capítulo anterior, os direitos fundamentais podem ser classificados em principais, quando positivados sob esta rubrica de forma expressa na Constituição, e em direitos fundamentais adstritos, que seriam aqueles que, através de uma fundamentação *jusfundamental* adequada, encontram-se ligados a outros direitos fundamentais principais, ao regime adotado constitucionalmente ou seus princípios, assumindo uma peculiar importância para a sociedade e para o Estado. A eleição de direitos e garantias fundamentais principais, ou diretas, decorre do exercício da vontade soberana do poder constituinte originário. Os direitos e garantias fundamentais adstritos decorrem do caráter aberto no rol dos direitos fundamentais, que constitui cláusula firmada e inderrogável, fruto também do exercício da vontade do poder constituinte originário.

Assim considerando, identificar os direitos ou garantias fundamentais processuais principais não se mostra uma tarefa árdua já que, em razão de um critério formal, são eles todos extraídos dos enunciados constantes do título II da Lei Fundamental vigente. É entre os direitos processuais fundamentais (e constitucionais<sup>161</sup>) adstritos que surgem as maiores dificuldades, pois dependem de

---

<sup>161</sup> O estudo sistemático dos direitos fundamentais processuais implica, necessariamente, uma tomada de posição. Elegeram-se os direitos fundamentais processuais exclusivamente constitucionais (principais e adstritos), e não os decorrentes de outras normas jurídicas, como objeto de investigação. Trata-se de uma opção metodológica que procurou delimitar o trabalho.

uma justificação *jusfundamental* adequada e até mesmo de um julgamento por parte daquele que analisa a fundamentação<sup>162</sup>.

Aliás, tanto os processualistas como os constitucionalistas, com algumas exceções, costumam tratar as garantias (ou direitos) processuais inseridas na Constituição de forma unívoca, sem se deter em uma investigação sobre a natureza jurídica de cada uma delas ou mesmo de sua estrutura normativa. José Roberto dos Santos Bedaque, por exemplo, em obra coletânea sobre o assunto, aduz que as regras destinadas a estabelecer garantias ao processo na Constituição não se reduzem àquelas contidas em seu art. 5º, como o “juiz natural, contraditório, ampla defesa e vedação provas às ilícitas (incs. LIII, LIV, LV e LVI)”, mas cumulam-se com outras previstas ao longo do texto, valendo destacar a “garantia dos juízes e dos tribunais (arts. 95 e 96), o dever de motivação e a publicidade dos atos processuais (art. 93, IX)”<sup>163</sup>.

Do catálogo formal (título II) previsto na Constituição brasileira de 1988, podem ser encontrados inúmeros enunciados normativos de importância singular para o direito processual civil e seu modelo (constitucional) traçado, dentre os quais destacam-se<sup>164</sup>:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei”; “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; “LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; “LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

<sup>162</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar dos direitos da busca dos direitos fundamentais localizados fora do catálogo formal na Constituição, adverte que tal atividade “pressupõe, como já apontado, elevada dose de subjetividade, esbarrando, ainda, numa carência de exemplos no seio de nossa doutrina”. (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 123).

<sup>163</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude produção probatória*. In “Garantias constitucionais do processo civil”. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 153. Em igual sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 59.

Estes enunciados contêm direitos (ou garantias) processuais que demandam concretização em razão da aplicabilidade imediata que caracteriza todas as demais normas do gênero, demandando uma concretização passível de ser alcançada e trabalhada através da aplicação de uma teoria constitucional e processualmente adequada. Estas garantias, como o acesso à justiça, juiz natural, devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, a proibição de provas ilícitas e a publicidade dos atos processuais, constituem o rol daqueles direitos fundamentais que se pode chamar de principais, cuja “fundamentalidade” não só decorre de uma escolha soberana do poder constituinte originário, como também da importância que tem para a realização de um Estado que se diz Democrático e de Direito, e cujos fundamentos repousam justamente na soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana, dentre outros de não menor valor.

Uma proposta de leitura dos direitos fundamentais reduzida aos direitos formalmente catalogados como fundamentais, como já visto, deve ser de pronto rechaçada<sup>165</sup> ante o caráter aberto do sistema de direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira.

Inúmeras outras garantias processuais civis encontram-se na Constituição e ao longo de outros diplomas normativos, podendo ou não se incorporar ao rol dos direitos fundamentais. Com previsão constitucional, porém não formalmente no catálogo dos direitos fundamentais, podem ser citadas: a previsão de órgãos variados do Poder Judiciário, com atribuições e competências constitucionalmente fixadas (Capítulo III do Título IV); a publicidade dos julgamentos e a obrigatoriedade de motivação das decisões<sup>166</sup> (art. 93, inciso IX); a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de

---

<sup>164</sup> Por escolha metodológica não foram citados os enunciados normativos cuja proximidade é maior com o campo da jurisdição constitucional, como os que prevêm as ações e remédios constitucionais. Estes direitos, como já dito anteriormente, não constituem objeto de investigação neste trabalho.

<sup>165</sup> Luigi Paolo Comoglio, a propósito, disserta sobre a legítima recusa que se deve fazer a qualquer modelo redutivo do fenômeno da constitucionalização, e da necessidade de releitura das garantias processuais sob uma ótica mais ampla (In *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Settembre 1991. Milano: Giuffrè. p. 680).

<sup>166</sup> As garantias da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais, por exemplo, seriam, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, direitos fundamentais fora do catálogo formal na Constituição (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 124).

subsídios dos magistrados; a instituição do Ministério Público e da Defensoria Pública, com suas funções e garantias (Capítulo IV do Título IV). Estariam estas garantias banhadas pela “fundamentalidade”? Encontrar-se-iam tais direitos ligados a um direito fundamental principal, ao regime constitucional ou aos seus princípios, sendo relevantes para o Estado e para a sociedade? Tais garantias podem ser enquadradas dentro da categoria dos direitos fundamentais? Pretende-se mais, com estes questionamentos, instigar uma abertura para o tema do que propriamente respondê-los, sobretudo em razão das dificuldades já delineadas e da subjetividade que se tornará explícita quando alinhavadas algumas reflexões na terceira parte deste trabalho.

Para dar melhor vazão ao tema, entretanto, descarta-se desde já a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios dos magistrados, bem como a instituição do Ministério Público e da Defensoria Pública, com suas funções e garantias, do rol dos direitos fundamentais processuais. Não há relação de fundamentalidade direta entre tais preceitos com algum dos direitos fundamentais processuais previstos no art. 5º da Constituição Federal ou mesmo com as exigências de um Estado de Direito, que poderia, em tese, sobreviver com outras instituições e repartições de competências. No mais, apesar de extremamente importante para o Estado, vitaliciedade não é condição *sine qua non* para uma boa prestação jurisdicional. Os Tribunais Constitucionais de alguns países europeus, por exemplo, possuem mandatos temporários, o que por si só não tem repercutido de forma negativa. O mesmo ocorre com a inamovibilidade e com a irredutibilidade de subsídios. Apesar de consistirem direitos legítimos, e os quais não se deve sequer pensar em renunciar, revogar ou alterar dada sua importância, não há argumentos suficientes para inseri-los dentro do contexto dos direitos fundamentais, já que não apresentam ligação direta com aqueles. Quanto ao Ministério Público e Defensoria Pública, tratam-se de instituições (a última nos Estados onde existe, pois em alguns ainda não está presente) que vêm desempenhando um importante e relevante papel dentro da competência fixada pela Constituição, mas que, da mesma forma, não apresentam a característica da fundamentalidade.

Fazendo um aporte no direito comparado, Luigi Paolo Comoglio, ao analisar inúmeros sistemas constitucionais, descreve uma série de garantias processuais que, ligadas à própria evolução dos direitos do homem, são encontradas nas leis fundamentais de inúmeros países, como, por exemplo, a igualdade das partes diante do juiz; a independência, imparcialidade e pré-constituição por lei dos órgãos judicantes; a publicidade dos atos processuais; a duração razoável do processo; a efetividade do acesso à justiça, independente de discriminações; o contraditório em uma base de igualdade; e, por último, o direito à prova<sup>167</sup>. Todas estas garantias processuais, ao ver do ilustre autor italiano, constituem elementos para um modelo unitário e universal de um processo constitucionalmente garantido, aos quais poderiam ser somados, ainda, inúmeros outros<sup>168</sup>.

Gerhard Walter, em artigo sobre os direitos fundamentais no processo civil alemão, assinala que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha contém poucas disposições relativas ao direito processual civil, como o direito ao juiz natural, o de ser ouvido em juízo e o da igualdade das partes<sup>169</sup>. O mais interessante é que a Corte Constitucional daquele país tem desenvolvido e reconhecido uma série de direitos que muito bem poderiam integrar um rol de garantias processuais fundamentais (apesar do Tribunal assim não tê-las denominado, cingindo-se a tratá-las como “situações jurídicas subjetivas fundamentais”), como o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, a um processo previsível, a um processo justo, e o direito à tutela jurisdicional em si (direito de ação)<sup>170</sup>.

Ante o costumeiro tratamento outorgado ao processo legislativo no Brasil, não raras às vezes subordinado a interesses desvinculados de princípios e valores éticos, morais ou equânimes, e o acachapante modo como são destratados inúmeros direitos, crê-se que o poder constituinte não agiu em erro ao inserir um bom número de

---

<sup>167</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Settembre 1991. Milano: Giuffrè. p. 689

<sup>168</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Settembre 1991. Milano: Giuffrè. p. 698-702.

<sup>169</sup> WALTER, Gerhard. *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-settembre, 2001. Bologna: Cedam. p. 734.

<sup>170</sup> WALTER, Gerhard. *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-settembre, 2001. Bologna: Cedam. p. 733 a 749.

garantias processuais na Lei Fundamental deste País. Ao estabelecer um modelo constitucional para o processo civil através do estabelecimento de direitos que, em sua maioria, encontram-se no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, pôs-se um freio às intempéries legislativas, lançando-se, ao mesmo tempo, novas bases para uma necessária reconstrução do processo civil, não através de disciplina própria, como se poderia pensar, mas como método de estudo e análise do direito processual, que deve ter como ponto de partida e de chegada a Constituição Federal<sup>171</sup>.

Já sendo possível distinguir as diferentes espécies normativas, cumpre investigar a estrutura das normas de direito fundamental, o que se faz a partir da distinção entre princípios e regras<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> LOPES, João Batista. *Fundamento constitucional da tutela de urgência*. Revista Dialética de Direito Processual. Volume 8. São Paulo: Oliveira Rocha. 2003. p. 67.

<sup>172</sup> Sobre a importância das diferenças entre princípios e regras, Ana Paula De Barcellos ensina que: “distinção entre princípios e regras terá repercussões importantes em toda a vida da norma: em sua interpretação individual, em seu papel no sistema a que pertence e no ordenamento como um todo e em sua eficácia jurídica”. (In *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 45).

## CAPÍTULO III – A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

### Seção 1 - Justificação

Não é de hoje que a ciência do direito busca delimitar conceitos, dimensionar a eficácia ou compreender a amplitude das categorias jurídicas. O próprio processo civil conheceu um iluminado período de afirmação de sua autonomia científica, tendo experimentado um profundo avanço que amealhou conquistas teóricas que proporcionaram em muito o seu desenvolvimento.

Uma dogmática jurídica clara, se não proporciona, ao menos auxilia no controle da atividade estatal<sup>173</sup>, a própria segurança jurídica e a previsibilidade que se costuma esperar de um sistema jurídico num Estado de Direito. A manipulação das espécies normativas por parte dos operadores do direito depende de uma compreensão adequada das ferramentas e da matéria-prima utilizadas. Não se trata de um mero fetichismo a um conceitualismo desmedido, mas sim o de se buscar um tratamento adequado às diferentes espécies normativas, criando possibilidades, talvez, para a legitimação de uma construção procedimental e uma prestação jurisdicional ao mesmo tempo flexível (ante a complexidade das relações sociais e dos conflitos), segura e previsível.

No que tange aos direitos fundamentais processuais, como poderia ser também em relação a qualquer outra categoria de direitos, surge a necessidade de buscar analisar sua estrutura normativa para, a partir daí, procurar estabelecer as premissas segundo as quais esses direitos podem se concretizar. Como lembra Canotilho, a diversidade de formas da Constituição reclama por esta clarificação tipológica da estrutura normativa<sup>174</sup>. Para tanto parte-se da distinção entre princípios e regras, o que, nos dizeres de Alexy, constitui não só o referencial para a compreensão de uma teoria geral dos direitos fundamentais, como também o ponto de partida para

---

<sup>173</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 17.

<sup>174</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1.123.

responder aos questionamentos sobre as possibilidades e limites da racionalidade no âmbito desta categoria de direitos<sup>175</sup>.

## Seção 2 – Princípios e Regras de Acordo com o Grau de Generalidade

Tanto as regras como os princípios devem concebidos a partir da norma, ou seja, ambos devem ser compreendidos como norma, pois indicam o que deve ser<sup>176</sup>. Em outras palavras, a norma constitui o gênero da qual são espécies os princípios e as regras. Tradicionalmente existem vários critérios para distinguir princípios de regras. Segundo um deles a distinção se encontra no grau de generalidade.

Os princípios seriam marcados por um alto grau de generalidade e abstração, enquanto as regras seriam caracterizadas por um grau menor de generalidade e de abstração. Para observar o grau de abstração é necessário examinar o enunciado normativo. Enquanto as regras *descrevem* uma hipótese de incidência fática mais individualizada, os princípios *prescrevem* valores<sup>177</sup>. Como afirma Humberto Ávila, enquanto “as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”<sup>178</sup>. Em resumo, enquanto os princípios prescrevem a realização de

---

<sup>175</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 81-82.

<sup>176</sup> De acordo com Paulo Bonavides “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.” (In *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 288).

<sup>177</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 53.

<sup>178</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p.63.

um fim juridicamente relevante, as regras prevêm comportamentos já individualizados<sup>179</sup>.

Quando se diz que é assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório, procura-se estabelecer uma norma jurídica principiológica que prescreve um valor entabulado no direito de ser ouvido e de se manifestar nos processos. Não se trata, todavia, de uma norma que descreve um comportamento ou uma hipótese mais individualizada, como é o caso, por exemplo, da norma que faculta ao réu apresentar contestação em resposta a uma pretensão constante de uma petição inicial no prazo de quinze dias. Os princípios prescrevem fins; as regras descrevem condutas para alcançar estes fins.

Classificar uma norma jurídica somente de acordo com o critério de generalidade é, entretanto, insuficiente. Outros critérios, como o da forma de aplicação das normas jurídicas, recomendam que se vá mais longe.

### Seção 3 – Os Princípios como Mandados de Otimização e a Definitividade das Regras

Se for considerado o grau de aplicabilidade em casos concretos, foi a doutrina de Robert Alexy, combinada com a de Ronald Dworkin, que promoveu uma fecunda transformação paradigmática no que respeita às distinções entre os princípios e as regras.

De acordo com Robert Alexy, os princípios são mandados de otimização, ou seja, são normas que devem ser aproveitadas segundo sua máxima capacidade, podendo ser concretizadas em diferentes graus e consoante as possibilidades jurídicas e fáticas que cercam cada caso concreto<sup>180</sup>. A razão própria dos princípios, assim, seria

---

<sup>179</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 63.

<sup>180</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86.

apenas uma razão *prima facie*<sup>181</sup>, passível de mutações de acordo com as necessidades. As regras, ao contrário, são normas que apenas poderiam ser cumpridas ou não, incoerendo uma abertura de grau de aplicação ou de concretização por se tratar de uma razão definitiva<sup>182</sup>. As regras, nas palavras de Ronald Dworkin, são aplicadas segundo um “tudo-ou-nada”<sup>183</sup>.

Sendo os princípios mandados de otimização, poder-se-ia dizer que sua aplicação geraria uma insegurança jurídica insustentável, uma vez que, estando-lhes ligados a valores, sua concretização em diferentes graus dar-se-ia através de uma decisão com alta carga de subjetividade. É certo que os princípios são vinculados estreitamente a valores. Entretanto, há diferenças básicas entre estas categorias, o que, segundo Alexy, asseguraria a segurança necessária ao sistema<sup>184</sup> quando conjugado com uma argumentação juridicamente correta.

Valendo-se da divisão dos conceitos práticos, formulado por Von Wright, o referido autor sustenta que existem três classes diferentes de conceitos práticos: os conceitos deontológicos, os axiológicos e os antropológicos. Os primeiros refletem ordens, proibições, permissões ou direitos. Os axiológicos estão conectados aos valores morais e a dicotomia entre o que é bom e o que é mau. Os conceitos antropológicos, por sua vez, referem-se às noções de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação<sup>185</sup>.

Se os princípios constituem mandatos de otimização, o conceito prático referente aos mesmos é deontológico. Os valores, por sua vez, estariam incluídos no plano axiológico. Princípios, destarte, se distinguiriam dos valores na medida em que

---

<sup>181</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.99.

<sup>182</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.87. No mesmo sentido os apontamentos de CANOTILHO, para quem “as regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo)”. CANNOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.215.

<sup>183</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>184</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 138-139.

enquanto aqueles são de carácter deontológico, estes são de cunho axiológico<sup>186</sup>. É no campo axiológico que o subjetivismo, realmente, se potencializaria como elemento comprometedor da segurança jurídica. Na esfera deontológica este potencial tende a diminuir diante da maior objetividade que cerca o núcleo essencial de cada princípio. A diversidade de efeitos que podem ser produzidos por intermédio da aplicação dos princípios apresenta relativa subjetividade, pois afirmar que os princípios devem ser cumpridos em seu grau máximo, condicionando-os unicamente às possibilidades fáticas e jurídicas, viabiliza a atividade do aplicador do direito dentro de um quadro normativo pré-estabelecido. Em resumo, a própria configuração do princípio como mandado de otimização, aliado a uma teoria argumentativa adequada bem como à utilização de critérios adequados no caso de colisão de direitos, permite o controle da decisão e a conquista da segurança jurídica almejada.

Fica claro, assim, que os princípios apresentam uma abertura e uma dimensão de peso que as regras não tem, o que é muito útil quando analisadas as possibilidades jurídicas nos casos de conflito ou de colisão<sup>187</sup>.

#### Seção 4 – A diferença entre Princípios e Regras Segundo as Situações de Colisão ou de Conflito

As diferenças apontadas até o momento, eminentemente qualitativas, entre princípios e regras, ficam mais evidentes quando analisadas as situações de colisão de uns ou de conflito de outros, já que o critério adotado para resolver uma colisão de princípios é diferente do critério adotado para resolver um conflito de regras, o que não poderia ser diferente ante a aplicação e estrutura distintas de cada uma delas. Na hipótese de uma regra entrar em conflito com outra, ou seja, de duas regras entrarem

---

<sup>185</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 139-140.

<sup>186</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 141-147.

<sup>187</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

em choque, o embate deve ser resolvido mediante a inserção de uma cláusula de exceção<sup>188</sup> ou através da declaração de invalidade<sup>189</sup> de pelo menos uma das regras<sup>190</sup>. Em caso de colisão de princípios não há declaração de invalidade nem tampouco necessidade de cláusula de exceção, pois se utiliza a técnica em que (dependendo das circunstâncias de cada caso concreto)<sup>191</sup> um dos princípios deve prevalecer sobre o outro de acordo com o peso (ou importância) naquele caso específico<sup>192</sup>. Um dos princípios cede ao outro ou o precede, sem invalidação de nenhum deles. Em caso de colisão de princípios, podem ser utilizadas a ponderação dos interesses contraditórios que estão em jogo e a proporcionalidade como formas de encontrar uma solução para o caso concreto, sem declaração de invalidade alguma<sup>193</sup>. Considerando-se as condições que cercam o caso, um princípio teria precedência sobre o outro que, por sua vez, deverá ceder em eventual hipótese concreta.

A técnica da ponderação de princípios e da precedência condicionada adapta-se perfeitamente ao conceito de princípio de Alexy, que o define como mandado de

---

<sup>188</sup> Pela cláusula de exceção exclui-se a aplicação de uma das regras para aquela situação concreta.

<sup>189</sup> A invalidade pode ser declarada mediante a utilização de regras como “lei posterior derroga a anterior”, “lei especial derroga a lei geral”, etc.. Neste sentido vide também: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 43.

<sup>190</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 88.

<sup>191</sup> De acordo com GUSTAVO ZAGREBELSKY o significado e o alcance dos princípios não podem ser determinados abstratamente, mas somente quando da análise de um caso concreto (In *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 111).

<sup>192</sup> RONALD DWORKIN argumenta que quando os princípios entram em conflito, cada um deles, envolvidos no caso particular, fornece um argumento em favor de determinada solução. Aquele a quem competirá decidir sobre o conflito deverá, nesta hipótese, valer-se de critérios que avaliem o peso e a importância de cada um deles para se chegar a uma conclusão. Não se trata de declarar a invalidade de um dos princípios, mas sim de dimensioná-los de acordo com a importância de que usufrui no caso concreto (In *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42 e 114).

<sup>193</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 89-90.

otimização apto a buscar o máximo aproveitamento da norma, desde que atendidas as possibilidades jurídicas e reais do caso concreto<sup>194</sup>.

É inegável que a definição de princípio do autor, bem como o sistema que construiu para solucionar os casos de conflito, são passíveis de objeções que o próprio Alexy faz questão de ressaltar, dentre as quais: i) a possibilidade de declaração de invalidade de um princípio; ii) a existência de princípios absolutos que não poderiam ser sopesados em situações de conflito; iii) a amplitude da definição de princípio<sup>195</sup>. Mas nenhuma delas tem razão de existir, segundo o autor. No primeiro caso porque as colisões de princípios se dão dentro do ordenamento jurídico, e sobremaneira no âmbito da Constituição. Há de se pressupor, portanto, a validade dos princípios opostos. À segunda objeção opõe-se o fato de que nenhum princípio é absoluto (sejam aqueles que tutelam bens coletivos ou até mesmo o referente à dignidade da pessoa humana), pois possuem diferentes graus de realização e admitem, pois, a precedência de um sobre outro segundo as condições e circunstâncias de cada caso<sup>196</sup>. A terceira reserva pode ser ignorada porque o sistema de solução de colisão de princípios comporta a amplitude conceitual<sup>197</sup>.

Há quem entenda, entretanto, que a ponderação também se faz no campo das regras, o que seria difícil ante sua estrutura, uma vez que se tratam de normas jurídicas que delimitam especificamente uma conduta ou um modo de agir, apresentando uma ‘razão definitiva’. A regra é aplicada por subsunção. Somente os princípios é que

---

<sup>194</sup> As diferenças aqui estabelecidas para a colisão de princípios e o conflito de regras parece ser a posição mais difundida. Neste sentido vide, dentre inúmeros autores: GUERRA FILHO, Willis. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 45. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1.125. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>195</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 104.

<sup>196</sup> Segundo GUSTAVO ZAGREBELSKY, “(...) es próprio de los principios e de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse reciprocamente.” *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 125.

<sup>197</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 105-111.

possuem uma dimensão de peso, de importância e de valor<sup>198</sup>. Como assinala Canotilho:

A convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, ‘a lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos<sup>199</sup>.

Quanto maior o grau de generalidade e de abstração, maior a necessidade de ponderação. Se as regras apresentam um grau de generalidade baixo, por preverem hipóteses de incidência individualizadas, não há como buscar uma ponderação no sentido de apontar um caminho que leve ao grau de aplicabilidade da regra.

Estas considerações levam a um questionamento sobre se os direitos fundamentais processuais são regras ou princípios.

#### Seção 5 – A Estrutura das Normas dos Direitos Fundamentais Processuais: Princípios ou Regras?

A doutrina costuma colocar os princípios no ápice da pirâmide normativa de um ordenamento jurídico, a exemplo de Paulo Bonavides, quando conclui pelo “reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa”<sup>200</sup>, e de Willis Santiago Guerra Filho, ao escrever que é no topo da

---

<sup>198</sup> Para Paulo Bonavides a dimensão do peso é o critério mais seguro para distinguir os princípios das regras, uma vez que somente os primeiros é que a possuem. (In *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 282).

<sup>199</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1.124.

<sup>200</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 288.

pirâmide “onde estão os princípios constitucionais, dentre os quais se incluem as normas de direito fundamental”<sup>201</sup>.

Se os princípios estão no topo da pirâmide, é possível afirmar que os direitos fundamentais processuais apontam para uma estrutura normativa principiológica? Se for considerada tão somente a similitude topográfica a resposta é afirmativa. Assim como os princípios, as normas constitucionais encontram-se no topo do ordenamento jurídico, funcionando como fonte de direitos e obrigando as demais normas jurídicas a guardar consonância com seus enunciados. E se é possível falar em normas constitucionais como topo da pirâmide, mais razão ainda poder-se-ia ter ao situar aquelas normas que foram escolhidas como fundamentais para o sistema. Sob esta ótica os direitos fundamentais, incluindo os processuais, são normas principiológicas. No raciocínio de Gustavo Zagrebelsky, as normas legislativas estão para regras como as normas constitucionais estão para os princípios<sup>202</sup>.

Ao se julgar pela estrutura principiológica das normas constitucionais, entretanto, estar-se-ia desconsiderando o conteúdo dos direitos que podem, em tese, apresentarem-se com um grau maior ou menor de generalidade, ou até descreverem de forma individualizada uma determinada conduta. Sob esta perspectiva seriam normas de direitos fundamentais se apresentando ora como princípios, ora como regras.

Segundo Robert Alexy três seriam os modelos de estrutura das normas de direito fundamental: um modelo puro de princípios, um modelo puro de regras e um modelo de regras e princípios. O primeiro, baseado nas lições Von Hipel, defende a idéia de que as normas de direito fundamental são exclusivamente de caráter principiológico, razão pela qual as regras surgiriam como resultado das ponderações nos conflitos de princípios. Este modelo não poderia ser acolhido, segundo Alexy, por excluir diversas normas restritivas da própria Constituição, o que violaria seu texto<sup>203</sup>. O modelo composto puramente por regras, expressão máxima do positivismo jurídico,

---

<sup>201</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 47.

<sup>202</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 109-110.

<sup>203</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 116-117.

estaria inserido num sistema fechado de previsão de condutas e hipóteses em que as pretensões sem previsão legal individualizada teriam conteúdo meramente moral ou político, sem aplicação ou eficácia direta. Esta concepção, em tese, traduziria os primados de segurança e previsibilidade, mas não poderia vingar em razão de a mera descrição de situação fática ser incapaz de garantir, de forma satisfatória, a realização dos valores e dos direitos fundamentais que, a cada caso concreto, exigem ponderação e reconstrução em consequência da constante mutação da realidade e da dinamicidade das exigências sociais<sup>204</sup>. Além disso, não se coadunaria com a natureza também programática das normas constitucionais.

O modelo mais adequado para uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais seria, na visão de Alexy, um modelo misto, em que os princípios e regras seriam vinculados em dois diferentes níveis. Um primeiro, a ser investigado, o dos princípios - terreno próprio para a utilização das técnicas da proporcionalidade, ponderação e precedência - seria formado pela conjugação de todos os princípios relevantes para uma decisão *iusfundamental*, sejam eles individuais ou coletivos, contra ou a favor, diretos ou adstritos a outros direitos fundamentais<sup>205</sup>. O segundo nível, composto pelas regras, estaria condicionado à previsão normativa constitucional, à individualização e descrição de condutas, quando se aplicaria um tudo ou nada de acordo com a validade da norma e existência ou não de cláusulas de exceção<sup>206</sup>. É a incursão nestes dois níveis, primeiro no âmbito dos princípios e depois no campo das regras, que permite definir as normas de direito fundamental como normas de caráter duplo. Os direitos fundamentais processuais fazem parte daquelas normas do topo da hierarquia normativa, que constituem o Estado. Por outro lado, estas mesmas normas costumam prescrever valores que constituem fins a serem alcançados e concretizados por toda a sociedade. Conjugando ambas as premissas não se pode deixar de tratar referidos direitos, portanto, sob a ótica dos princípios e dos mandados de otimização.

---

<sup>204</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 118-126.

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 130-133.

<sup>206</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 135.

Contudo, os mesmos enunciados normativos, em alguns momentos, descrevem, com um grau de generalidade ora maior, ora menor, situações que demandam uma aplicação por subsunção, razão pela qual poder-se-ia, supletivamente, em alguns momentos, tratá-las como se regras fossem.

A estrutura das normas que abrigam os direitos fundamentais processuais é, pois, de natureza dupla. Apresenta-se inicialmente como princípio ou mandado de otimização que deve ser concretizado em grau máximo, desde que atendidas as condicionantes jurídicas e fáticas, e, supletivamente, como regra, invalidando outras normas jurídicas e ordenando uma concretização do direito por subsunção quando se mostrar suficiente a descrição da hipótese de incidência constante de seu enunciado normativo.

## CAPÍTULO IV – LIMITAÇÕES E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

### Seção 1 – Considerações Iniciais

Parece evidente que nem todos os direitos estampados em uma Constituição, incluindo os fundamentais, podem, por si só, produzir eficácia absoluta ou ilimitada. A amplitude desregrada de todos os direitos poderia, ao menos em tese, até mesmo inviabilizar o convívio em sociedade<sup>207</sup>. Ademais, não são raras as hipóteses em que uma mesma situação fática preenche os requisitos para a incidência de diferentes direitos fundamentais, dando origem à colisão do direito de um titular com o direito de outro titular. O direito ao acesso à justiça, dimensionado pela fundamentação das tutelas de urgência e da efetividade, poderia esbarrar nos princípios da ampla defesa e do contraditório. O direito à liberdade de manifestação de pensamento poderia também, em alguns casos, chocar-se com o direito à privacidade. É necessário, assim, que o Estado e o próprio indivíduo, quando convive em sociedade, possam, além de respeitar, impor limites e regulamentar o conteúdo e alcance de dispositivos constitucionais e legais que tratam da conduta humana, dos direitos, das liberdades e das garantias.

Em mais de uma oportunidade o poder constituinte valeu-se de expressões como *nos termos da lei, salvo nas hipóteses previstas em lei, na forma da lei*, para autorizar e recomendar que alguns direitos, liberdades e garantias tivessem seu campo de atuação restringido, concretizado, limitado ou conformado normativamente. Da mesma forma, tantos outros direitos, liberdades e garantias encontram-se restringidos e regulamentados pela própria Constituição, sem necessidade nenhuma, portanto, de lei que cumpra este desiderato.

Mas o que seriam estas restrições, limitações ou concretizações? Para se chegar a uma resposta próxima de um patamar mínimo de razoabilidade, é necessário,

preliminarmente, fazer uma distinção entre alguns conceitos, com o intuito de impedir que se confundam.

Restringe-se um direito (e também as liberdades ou garantias) quando uma norma suprime uma posição jurídica inserta em seu âmbito de proteção, mas sem violação ao núcleo essencial. Se a Constituição estabelece que todos os atos processuais serão públicos, com exceção das situações onde a defesa da intimidade ou o interesse social assim o exigirem, eventual norma jurídica que venha a estabelecer que todos os processos poderão ser consultados somente por advogados, restringiria de tal forma a garantia constitucional a ponto de suprimi-la quase que integralmente. A restrição, neste caso, poderia ocorrer legitimamente se a lei respeitar a publicidade dos atos processuais, limitando-se a suprimir seu exercício em casos de defesa da intimidade e de interesse social ainda assim, de forma parcial, pois uma eventual sonegação destes processos à parte ou aos advogados provocaria invariavelmente a supressão da garantia. A restrição atua no conteúdo do direito.

Limitações, por sua vez, são aquelas condicionantes que impedem a produção de eficácia do direito, podendo ser traduzidas como requisitos para o seu exercício<sup>208</sup>. Ao dispor sobre um prazo de prescrição para a propositura de uma ação, o exercício do direito constitucional respectivo - segundo o qual nenhuma lesão a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário – está sendo limitado. Não se trata, pois, de restrição, já que não suprime a posição jurídica do direito ao acesso à justiça, mas simplesmente condiciona o seu exercício a um lapso temporal.

---

<sup>207</sup> José Felipe Ledur entende, com base na concepção de Estado de Thomas Hobbes, que a “liberdade ilimitada conduz a uma guerra de todos contra todos (*bellum mnum contra omnes*), porque então cada qual estaria livre e sem receio de ambicionar a própria vantagem” (In *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal do Paraná. Junho de 2002. p. 43).

<sup>208</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 330-331.

As normas restritivas, por sua vez, são aquelas que de um ou outro modo restringem ou limitam posições que, num primeiro momento, estão inseridas no âmbito de proteção<sup>209</sup> dos direitos fundamentais.

Por normas legais conformadoras pode-se entender aquelas que têm por finalidade, nas lições de Gilmar Ferreira Mendes, completar, densificar e concretizar um direito<sup>210</sup>. Canotilho complementa este conceito escrevendo que as “as normas legais conformadoras completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental”<sup>211</sup>. Este fenômeno ocorre, sobremaneira, com os direitos fundamentais processuais, que necessitam de conformação, regulamentação e concretização através de legislação infraconstitucional apta a tratar das formas e procedimentos que cercam a prestação jurisdicional, ou pelo juiz, quando da omissão do Poder Legislativo.

O art. 98, I da Constituição Federal, que dispõe sobre a criação, pela União e pelos Estados, de juizados especiais para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade, ou ainda, do próprio direito fundamental do acesso à justiça é exemplo claro de direito (não fundamental) que exige conformação encontra-se. Segundo Gilmar Mendes, não passaria de um mero esforço teórico sem os procedimentos e regras processuais aptas a transformar o direito fundamental em realidade<sup>212</sup>. O simples dispositivo não se exaure em si, mas necessita de outras

---

<sup>209</sup> José Felipe Ledur entende, valendo-se das lições de Pieroth/Schlink, por âmbito de proteção “a esfera vital protegida jurídico-fundamentalmente, o estado de coisas a que corresponde o âmbito normativo daquele direito”, compreendendo “condutas humanas e fatos relevantes do ponto de vista jus-fundamental” (In *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal do Paraná. Junho de 2002. p. 45).

<sup>210</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 214.

<sup>211</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1.223.

<sup>212</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 214.

normas concretizadoras<sup>213</sup> ou regulamentadoras<sup>214</sup> para dar exeqüibilidade ao enunciado constitucional. Esta classe de normas, diga-se de passagem, tendo em vista a autorização para o desenvolvimento do direito, não pode criar restrições, sob pena de desvio de poder legislativo<sup>215</sup>.

Em outras palavras, os direitos fundamentais processuais podem, também, demandar conformação ou concretização legislativa ou judicial, com o objetivo de estabelecer uma tutela mais adequada e efetiva ao direito substancial. Se tal conformação fosse proibida, a própria eficácia das garantias fundamentais processuais estaria comprometida.

O critério que delimita, assim, o campo de atuação de uma norma restritiva e de uma norma conformadora pode ser medido, segundo Alexy, pela capacidade de impedir a realização de um princípio jusfundamental<sup>216</sup>. Quando tendente a impedir, sob qualquer argumento, a realização de um princípio jusfundamental, tratar-se-ia de norma restritiva. A norma conformadora, por sua vez, não procuraria impor limites ou criar restrições, mas somente auxiliaria na complementação do âmbito de proteção e realização dos direitos (fundamentais ou não).

Observadas estas diferenças iniciais é importante analisar as espécies de normas restritivas para verificar-se, então, até onde podem atuar legitimamente restringindo posições jurídicas de direitos fundamentais.

---

<sup>213</sup> “A concretização constitui uma intervenção normativa de interpretação ou clarificação dos preceitos constitucionais, explicitando o sentido ou revelando os limites do conteúdo constitucionalmente protegido dos direitos fundamentais.” (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 182).

<sup>214</sup> “A regulamentação respeita, pura e simplesmente, à consagração dos detalhes e pormenores de execução que contribuem para a plena operatividade ou exeqüibilidade de uma garantia de direito fundamental.” (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 182).

<sup>215</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 330.

<sup>216</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 328.

## Seção 2 – Modalidades de Limitações e de Restrições

Os direitos podem ser limitados e restringidos de diferentes modos<sup>217</sup>. Viu-se que não são raros os dispositivos que o constituinte determinou ao legislativo infraconstitucional a tarefa de restringir, limitar ou conformar (concretizando ou regulamentando) direitos, liberdades e garantias. Em outras situações, a própria Constituição, reconhecendo os eventuais choques entre suas normas, faz questão de tratar das restrições em seu corpo normativo. Mesmo assim sempre existirão casos de colisão entre direitos não regulados pela Constituição, que autorizam falar-se em restrições implícitas<sup>218</sup>. Quanto à aplicação dos direitos em casos concretos, é admissível falar-se em restrição judicial. De qualquer modo, somente a Constituição detém a prerrogativa de, direta ou indiretamente, e até implicitamente<sup>219</sup>, restringir posições *jusfundamentais*<sup>220</sup>.

Tendo em vista a própria hierarquia constitucional, situada no topo do ordenamento jurídico, não seria lógico supor que os direitos constitucionalmente assegurados pudessem ser limitados por legislação ordinária sem uma disposição constitucional específica, sob pena de criação de inúmeras restrições arbitrárias que afetaria a segurança jurídica indispensável ao sistema<sup>221</sup> e poderia aniquilar as posições jurídicas *jusfundamentais*. A segurança jurídica, também tratada como a confiança que os cidadãos depositam no sistema jurídico e sua previsibilidade, mesmo que não expressamente prevista, é elemento indissociável e constitutivo do Estado de

---

<sup>217</sup> De acordo com Ingo Sarlet o legislador constituinte falhou ao não prever normas genéricas a respeito das restrições dos direitos fundamentais. Sustenta, ademais, que a “proteção do núcleo essencial (Wesensgehalt) dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, a reserva legislativa (restrições somente mediante leis no sentido formal) teriam sido categorias que, uma vez tendo recebido roupagem nacional, se revelariam extremamente benéficas, servindo para um tratamento científico e uniforme da matéria” (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 74).

<sup>218</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 332.

<sup>219</sup> Sobre as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição vide tese de doutoramento, defendida na Faculdade de Direito de Lisboa, de Jorge Reis Novais: *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>220</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 272.

Direito<sup>222</sup>. São admissíveis, desta forma, somente restrições ou limitações por disposição constitucional (restrições diretas ou imediatas<sup>223</sup>), por leis infraconstitucionais, simples ou qualificadas, cuja previsão encontre fundamento na própria Constituição (restrições indiretas ou mediatas)<sup>224</sup>, ou quando as limitações e restrições são iminentes em razão da possibilidade constante de choque entre os próprios direitos fundamentais.

As limitações a posições de direito fundamental, previstas em dispositivos na própria Constituição, são aquelas que não dependem de legislação ordinária, mas que atuam impedindo a realização do direito fundamental<sup>225</sup>.

Limitações ou restrições são iminentes porque, além de o direito de um não poder afetar o direito de outro, a própria ordem social e os imperativos morais e éticos recomendam uma constante concordância para o bom convívio em sociedade<sup>226</sup>.

As restrições indiretamente constitucionais são todas aquelas cuja determinação seja autorizada por dispositivo constitucional. Como antes mencionado, são provenientes de dispositivos que permitem limitar posições de direito fundamental através de expressões como *na forma da lei*, *nos termos da lei*, *salvo nas hipóteses previstas em lei*, entre outras, e até mesmo implicitamente quando se verifica a possibilidade de uma restrição ou limitação com base em outro direito fundamental. Diferem as restrições originárias de reserva legal simples das decorrentes de reserva legal qualificada na medida em que, enquanto que nesta há determinação de condições especiais, fins a serem perseguidos ou meios a serem utilizados pela norma legal

---

<sup>221</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 230-231.

<sup>222</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 816.

<sup>223</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 276.

<sup>224</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 227.

<sup>225</sup> Gilmar Ferreira Mendes cita como exemplo a hipótese de vigência do estado de defesa, que permite restrições aos direitos de reunião e de sigilo de correspondência e de comunicação, bem como no de estado de sítio, que limita o exercício dos direitos de liberdade de locomoção, de sigilo das comunicações e da liberdade de comunicação, dentre outros (In *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 228).

<sup>226</sup> Sobre o assunto vide: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. P. 1.237 a 1.241.

restringente, na primeira não há qualquer exigência, mas mera autorização para a criação das restrições<sup>227</sup>.

Constata-se, por fim, que a simples autorização constitucional não permite a criação de restrições de forma ilimitada. O núcleo essencial do direito fundamental deve restar intocado pela norma restritiva, ou seja, as restrições de direitos fundamentais encontram seus limites quando em contato com aquilo que é essencial para o direito fundamental, tarefa que poderia ser realizada mediante a utilização do princípio da proporcionalidade. Como conclui Jorge Miranda, a aplicação de restrições aos direitos fundamentais conclama todos a alcançarem harmonização e otimização dos direitos fundamentais de cada um<sup>228</sup>.

### Seção 3 – Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial do Direito Fundamental

As restrições ou limitações podem atuar no âmbito de proteção de um direito ou garantia fundamental, mas jamais nulificar seu núcleo essencial. Com isto se quer dizer que âmbito de proteção não é a mesma coisa que núcleo essencial, e não podem ser usados indistintamente.

O âmbito de proteção, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, é constituído dos diferentes pressupostos fáticos da norma jurídica e do elemento que lhe outorga a proteção fundamental<sup>229</sup>. Não se pode perder de vista que o direito fundamental como um todo é um feixe de posições jurídicas jusfundamentais que, sob a perspectiva do titular do direito, outorgam-lhe vantagens jurídicas e, sob a perspectiva do Estado,

---

<sup>227</sup> Neste sentido vide: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 282-286; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 232-236.

<sup>228</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 337.

<sup>229</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 211.

impõem-lhe deveres e obrigações<sup>230</sup>. Toda posição jurídica a que se possa dar uma fundamentação *jusfundamental* encontra-se sob o âmbito de proteção do direito fundamental a que está ligado. É correto falar, destarte, que posições jurídicas *jusfundamentais* que garantam ou assegurem o direito ao acesso à justiça, a uma tutela jurisdicional efetiva, a uma duração razoável do processo ou à tempestividade das decisões, um direito de ação incondicionado, o direito a procedimentos processuais adequados e aderentes ao direito material, ou o acesso a uma ordem jurídica justa estão sob o âmbito de proteção do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal<sup>231</sup>. O âmbito de proteção é mais variado, podendo apresentar um amplo e variado rol de posições jurídicas *jusfundamentais*. Entretanto, nem sempre uma posição jurídica que esteja sob o âmbito de proteção encontra-se também dentro daquela esfera que se pode chamar de núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A Constituição alemã de 1949 e a Constituição portuguesa de 1976 asseguram, respectivamente nos artigos 19, II e 18, III, a proteção ao núcleo essencial dos direitos<sup>232</sup>. A brasileira não o faz de forma expressa, mas assegura, no dispositivo que se convencionou chamar de cláusula pétrea da Constituição, que não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. Ora, certamente não se quis, com isto, engessar o ordenamento jurídico de forma tal a tornar intangíveis todas as posições *jusfundamentais* ligadas a um direito ou garantia individual, de forma que parece perfeitamente aplicável ao direito constitucional brasileiro a teoria da preservação do núcleo essencial<sup>233</sup>.

A descoberta do núcleo essencial dos direitos fundamentais, todavia, não é tarefa fácil. Inicialmente é necessário se debruçar sobre cada direito fundamental em

---

<sup>230</sup> Com este mesmo enfoque vide: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 282-286; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 241; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 55.

<sup>231</sup> XXXV – a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>232</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 241.

<sup>233</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 368.

particular, considerando as diferentes características e peculiaridades de cada um. Inobstante este fio condutor, três teorias diferentes buscam tratar da identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>234</sup>. De acordo com uma corrente que se pode chamar de absoluta, o núcleo essencial é uma unidade substancial autônoma passível de ser extraída diretamente do enunciado normativo que independe de uma interpretação subjetiva. Pela corrente teórica oposta, a relativa, o núcleo essencial pode ser identificado caso a caso e quando em confronto com a norma restritiva, através de uma ponderação entre meios e fins e com base na proporcionalidade. O núcleo essencial, assim, seria o resultado deste processo de ponderação.

Tanto a teoria absoluta quanto a relativa apresentam, segundo Gilmar Mendes, fragilidades. Enquanto a primeira correria o risco de ser reduzida constantemente a fórmulas vazias, em razão das dificuldades de se apontar de forma abstrata este mínimo essencial, a flexibilidade exagerada da segunda poderia fulminar a própria amplitude e eficácia dos direitos fundamentais<sup>235</sup>. Por estes motivos a melhor proposta, de acordo com Mendes, seria a de Hesse, que também reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as restrições abusivas e busca assegurar uma proteção do núcleo essencial mediante uma ponderação entre o fim perseguido pela medida restritiva e o direito fundamental potencialmente afetado pela mesma<sup>236</sup>.

A proporcionalidade, de fato, é um importante mecanismo de avaliação de uma norma, no intuito de verificar se ela restringe ou não o núcleo essencial de um direito fundamental. Em outras palavras, a proporcionalidade auxilia a definir até onde se está tratando da restrição ou limitação de uma posição jurídica efetivamente inerente ao núcleo essencial ou apenas sob o âmbito de proteção do direito fundamental. É possível, entretanto, estabelecer-se abstratamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais mediante um procedimento de busca de um mínimo

---

<sup>234</sup> Sobre estas teorias vide: MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 243-246.

<sup>235</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 245.

<sup>236</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 245.

indispensável à própria compreensão do direito, ou ainda, como afirma Jorge Miranda, de um “limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito”<sup>237</sup>. Com isto conclui-se que todo núcleo essencial encontra-se dentro do âmbito de proteção do direito fundamental, mas que nem todas as posições jurídicas sob o âmbito de proteção de um direito fundamental encontram-se localizadas dentro do seu núcleo essencial.

#### Seção 4 – Metodica de Legitimação das Restrições e Limitações

Dada a importância dos direitos fundamentais, sua posição no sistema e eficácia, bem como sua aplicabilidade como mandados de otimização, as restrições e limitações devem ser utilizadas da forma mais parcimoniosa possível.

Para tanto se procura delinear uma metódica capaz de oferecer legitimidade à criação de restrição e limitação de posições jurídicas de direitos e garantias fundamentais, à qual pode-se subsumir a observância cumulativa de inúmeros preceitos como, por exemplo, a garantia de proteção do núcleo essencial, da proibição (relativa) de restrições individuais ou não gerais, da necessidade de fundamentação constitucional para restringir os preceitos abaixo mencionados<sup>238</sup>. Estes requisitos, como também outros, como afirma Novais, são corolários do próprio Estado de Direito<sup>239</sup>.

Em primeiro lugar, e como já anteriormente ficou consignado, toda norma restritiva deve, obrigatoriamente, direta, indireta ou implicitamente, ter fundamento constitucional. Como é a lei que deve se subordinar à Constituição, e não o contrário,

---

<sup>237</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 341.

<sup>238</sup> Sobre o assunto vide: MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 338-340. MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 213-276. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 440-450.

<sup>239</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 189.

toda e qualquer norma tendente a limitar ou restringir posições jurídicas *jusfundamentais* deve ter respaldo constitucional.

As restrições podem ser estabelecidas por emenda constitucional, por lei ou por medida provisória<sup>240</sup> (em razão de sua aptidão de servir, provisoriamente, como norma jurídica com força de lei), obedecendo assim aos princípios da legalidade estrita e da reserva legal<sup>241</sup>. Decretos, portarias, resoluções, e todos os outros instrumentos normativos ou atos administrativos inferiores à lei não têm aptidão para restringir direitos fundamentais.

Além disso, as leis restritivas devem revestir-se dos atributos de generalidade e abstração (uma lei é geral e abstrata, de acordo com Canotilho, quando regula um número de indeterminado ou indeterminável de pessoas ou de casos)<sup>242</sup>. As leis restritivas, normalmente, não podem ser individuais ou destinadas a tratar de um caso específico, sob pena de configurar infração ao princípio da igualdade ou de editar, sob moldura de lei, verdadeiros atos administrativos<sup>243</sup>. Restrições individuais somente podem ser admitidas em caráter excepcional e nas hipóteses em que o direito, por definição, assim o exigir<sup>244</sup>.

---

<sup>240</sup> De acordo com o art. 62, §1º, I, “b” da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, a edição de medidas provisórias não poderá tratar de matéria processual.

<sup>241</sup> Segundo Gilmar Mendes: “A questão da reserva legal envolve aspectos formais, relacionados com a competência para o estabelecimento de restrição, o processo e a forma de realização, e com aspectos materiais, referentes ao exercício dessa competência, principalmente no que concerne às condições de reservas qualificadas, aos limites estabelecidos pelo princípio da proteção do núcleo essencial, à aplicação do princípio da proporcionalidade e, com ele, do princípio da ponderação” (In *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 231).

<sup>242</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 444.

<sup>243</sup> De acordo com Gilmar Mendes a Constituição brasileira “não contempla expressamente a proibição de lei casuística no seu texto. Isto não significa, todavia, que tal princípio não tenha aplicação entre nós. Como amplamente admitido na doutrina, tal princípio deriva do postulado material da igualdade, que veda o tratamento discriminatório ou arbitrário. Resta evidente, assim, que a elaboração de normas restritivas de caráter casuístico afronta, de plano, o princípio da isonomia” (In *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 276-277).

<sup>244</sup> Jorge Reis Novais cita o exemplo de uma restrição originária de uma norma que trata de uma expropriação individual e concreta de um imóvel por utilidade pública (In *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 191).

A irretroatividade é outro elemento indispensável a uma metódica de criação de restrições legítimas dos direitos fundamentais. As leis restritivas não poderão regular as situações já passadas nem aquelas iniciadas no passado e que ainda não terminaram. É uma imposição justificada não só pela confiança e segurança jurídica como também, e principalmente, pelo fato de que os direitos fundamentais, enquanto não restringidos ou limitados, aplicam-se imediatamente e com máxima capacidade (mandados de otimização).

A restrição não pode atingir o núcleo essencial do direito fundamental, sob pena de aniquilá-lo por completo e de tornar letra morta o comando inserido no inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição Federal. Existindo outro modo menos gravoso de atingir a finalidade da restrição, ele deverá ser observado, devendo-se, ainda, proibir o excesso através da análise de sua adequação (quanto aos fins invocados pela lei), sua necessidade (no sentido de mostrar-se como instrumento único ou menos gravoso para se atingir a restrição), e sua proporcionalidade (como medida injusta, excessiva ou desproporcional em relação aos resultados que se procura obter com a restrição)<sup>245</sup>. Sintetizando todos estes requisitos, Gilmar Mendes adaptou um interessante modelo de exame de constitucionalidade de lei restritiva de direito elaborado originariamente por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, e outro que é um teste de constitucionalidade de medidas concretas adotadas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo, também de autoria daqueles juristas<sup>246</sup>.

A constatação de (in)constitucionalidade de lei restritiva de direito poderia, de acordo com aqueles juristas alemães, ser extraído das respostas aos seguintes questionamentos:

---

<sup>245</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 447. De acordo com Gilmar Mendes, o entendimento do Tribunal Constitucional alemão: “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais” (In *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 248).

<sup>246</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 315-317.

I – A conduta regulada pela lei está contemplada no âmbito de proteção de determinado direito fundamental?

II – A disciplina contida na lei configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?

III – Essa intervenção justifica-se do prisma constitucional?

1. Observaram-se, na elaboração da lei, as normas básicas sobre a competência legislativa e sobre o processo legislativo?

2. a) nos direitos individuais submetidos à restrição legal qualificada: a lei satisfaz os requisitos especiais previstos na Constituição?

b) nos direitos submetidos à restrição legal simples: a lei afeta outros direitos individuais ou valores constitucionais?

c) nos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa: identifica-se conflito ou colisão de direitos ou entre direito e valor constitucional que possa legitimar o estabelecimento da restrição?

3. A restrição atende ao princípio da “reserva do parlamento”?

4. A restrição atende ao princípio da proporcionalidade?

4.1. A restrição é adequada?

4.2. A restrição é necessária? Existiram meios menos gravosos?

4.3. A restrição é proporcional em sentido estrito?

5. O núcleo essencial do direito fundamental foi preservado?

6. A lei é suficientemente genérica ou afigura-se aplicável apenas a determinado caso (lei casuística)?

7. A lei restritiva é suficientemente clara e determinada, permitindo que o eventual atingido identifique a situação jurídica e as conseqüências que dela decorrem?

8. A lei satisfaz outras normas de Direito Constitucional, inclusive aquelas relativas aos direitos fundamentais de terceiros?

E para o exame de constitucionalidade das medidas concretas e específicas originárias do Poder Judiciário e do Poder Executivo cabe o seguinte procedimento investigativo:

I – A conduta afetada pela medida enquadra-se no âmbito de proteção de algum direito fundamental?

II – A medida configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?

III – A medida pode ser justificada com base na Constituição?

1. Existe um fundamento legal compatível com a Constituição para a medida?

2. A medida, ela própria, é constitucional?

a) Ela aplica a lei em conformidade com a Constituição?

b) Ela é proporcional?

c) Ela se revela clara e determinada para o atingido?

Finalmente, e no caso de dúvidas, deve-se optar por uma hermenêutica que possibilite a eficácia máxima dos direitos fundamentais, sem recorrer, portanto, à interpretação extensiva ou analógica quando o objeto forem restrições ou limitações,

devendo prevalecer, nestes casos, a manutenção integral daqueles com a declaração de inconstitucionalidade da intervenção.

## CAPÍTULO V – FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### Seção 1 - Os Direitos Fundamentais Enquanto Direitos Objetivos e Subjetivos

É célebre a dicotomia existente entre direitos objetivos e subjetivos. Sem a pretensão de esgotar o tema, o que seria incompatível com os propósitos deste trabalho, o presente tópico fará breves incursões a respeito, buscando enquadrar os direitos fundamentais em uma e outra categoria jurídica.

Segundo Ingo Sarlet os direitos fundamentais em geral revelam uma dupla perspectiva, podendo ser tratados tanto como direitos subjetivos e quanto como direitos objetivos irradiando efeitos sobre a ordem jurídica<sup>247</sup>.

Através de uma dimensão objetiva, os direitos fundamentais constituem parâmetro para a atuação do legislador e base para a interpretação e aplicação do direito pelos particulares como por todos os poderes do Estado<sup>248</sup>. No entendimento de Paulo Gustavo Gonet Branco, os direitos fundamentais, enquanto direitos objetivos, influenciam a conduta dos poderes constituídos por formar a base do ordenamento jurídico e constituir essência do Estado Democrático de Direito<sup>249</sup>. No mesmo sentido as afirmações de Ingo Sarlet, que se valendo de julgado da Corte Federal Constitucional da Alemanha, conclui que os valores constantes dos direitos

---

<sup>247</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 141. Neste sentido, também, José Felipe Ledur: “A partir dessa nova compreensão, os direitos fundamentais desenvolveram atuação para além da clássica, com o que passaram a influir na interpretação da legislação infraconstitucional, inclusive do direito privado; na proteção que o Estado tem de garantir aos cidadãos e que estes dele podem exigir; e na abertura de espaço para ter parte em instituições estatais, procedimentos e prestações”. (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31). Vide, ainda: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 38.

<sup>248</sup> Como acentua Jorge Novais: “Na medida em que consubstanciam uma ordem objectiva ou sistema de valores que resultam de uma decisão constitucional, as normas de direitos fundamentais têm uma força conformadora, potencialmente expansiva a toda ordem jurídica, que dirige ao poder político, à administração, ao legislador e ao poder judicial impulsos e directivas de atuação” (In *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 80).

<sup>249</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 153.

fundamentais irradiam efeitos em toda a ordem jurídica, fornecendo subsídios imprescindíveis para os órgãos e poderes públicos<sup>250</sup>.

Deste modo, os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, orientam o legislador e o executivo quanto à implementação de ações destinadas à concretização, realização e proteção<sup>251</sup> dos direitos fundamentais e não só informa o Judiciário desta missão como o incumbe do controle de constitucionalidade dos atos normativos em geral. É através da dimensão objetiva que o Poder Legislativo, por exemplo, encontra no direito fundamental do acesso à justiça o fundamento para a elaboração de procedimentos diferenciados e aptos a realizar o direito material. O ato de interpretar e aplicar a lei, ora pelo Estado-juiz, ora pela sociedade aberta de intérpretes formada pelos cidadãos em geral, também é irradiado por esta perspectiva objetiva, orientada a buscar a plena concordância com os direitos fundamentais e com a Constituição<sup>252</sup>.

A simplicidade possível na perspectiva objetiva não é viável quando da análise da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, sobretudo porque a discussão sobre o assunto não está próxima de um consenso.

A idéia mais difundida de direito subjetivo é aquela na qual se outorga ao titular de um direito a possibilidade e capacidade de exigir do destinatário deste mesmo direito sua observância, efetivação e concretização. É questionável se a todo direito fundamental corresponde um direito subjetivo e a resposta, ao que parece, passa por uma análise das diferentes funções presentes em cada modalidade de direito fundamental em espécie. Nesta seara Alexy propõe o estudo da perspectiva subjetiva a

---

<sup>250</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 143.

<sup>251</sup> E de acordo com JOSÉ FELIPE LEDUR “A função de proteção não se orienta contra o estado, mas sim contra pessoas privadas, cujas ações colocam em perigo direitos fundamentais ou bens jurídicos” (In *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal do Paraná. 2002. p. 36).

<sup>252</sup> LEDUR, José Felipe. *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal do Paraná. 2002. p. 32.

partir de uma dimensão analítica, própria, ao seu ver, para fornecer subsídios mais adequados a uma teoria estrutural dos direitos fundamentais<sup>253</sup>.

De acordo com o autor, do enunciado normativo se extrai a norma jurídica. Esta, por sua vez, tem o condão de estabelecer relações jurídicas que colocam o indivíduo em certas posições jurídicas. As posições jurídicas, a seu turno, podem ser classificadas e designadas como direitos a algo, liberdades e competências. As posições que conferem direitos (a ações positivas e negativas) têm uma concepção triádica, formada pelo titular do direito, seus destinatários e objeto. As liberdades, por sua vez, também podem ser decompostas em uma relação triádica formada pelo titular de uma liberdade (ou não liberdade), o impedimento para que não se afete esta liberdade e o objeto protegido desta liberdade. Por fim, e no terceiro grupo de posições jurídicas, encontram-se as competências, que podem ser compreendidas a partir da capacidade, poder e faculdade de criação de atos jurídicos<sup>254</sup>.

Nem todas as posições jurídicas são reflexos de um direito fundamental. Na verdade, é a ligação com uma disposição de direito fundamental, como já visto anteriormente, que permite qualificar uma posição jurídica como fundamental. Destarte, o direito fundamental, como um todo, é formado por um feixe de posições jusfundamentais<sup>255</sup>.

Neste contexto pode-se entender que há direito subjetivo quando existe a possibilidade e a capacidade do titular de um direito de requerer a prestação da tutela jurisdicional buscando a observância e concretização judicial de posições *jusfundamentales* inerentes à norma de direito fundamental em questão. Os direitos fundamentais, na função de direitos subjetivos, abrem possibilidades de exercício de

---

<sup>253</sup> Robert Alexy aduz que no que tange aos direitos subjetivos três questões diferentes podem servir de objeto de análise: questões normativas, empíricas e analíticas (In *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 173-177).

<sup>254</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 186-240.

<sup>255</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 241-244.

tutela para a defesa, observância ou exigência de concretização das posições jurídicas *jusfundamentais* que lhe foram asseguradas pela norma<sup>256</sup>.

Segundo Canotilho atuações nos planos jurídicos objetivos e subjetivos são inerentes à função de defesa característica dos direitos fundamentais. No plano jurídico subjetivo porque o exercício do poder permite exigir positivamente sua efetivação omissão de forma a resguardá-los de violações<sup>257</sup>.

A dimensão objetiva é elemento característico indiscutível dos direitos fundamentais processuais. Entretanto, dada a natureza às vezes instrumental das garantias do processo, nem sempre se pode afirmar que dos direitos fundamentais processuais emergem direitos subjetivos. As circunstâncias de cada caso concreto definem a possibilidade de se exigir a concretização judicial de posições *jusfundamentais* processuais. Inobservada uma garantia fundamental em processo judicial ou administrativo, não pode ser descartada a possibilidade de exercício do direito de ação a fim de observar e concretizar judicialmente este mesmo direito. Do mesmo modo, não pode ser descartada a faculdade de o titular exigir a observância incidental da garantia no processo. Tem razão Kazuo Watanabe, quando afirma que a Constituição assegura uma tutela jurisdicional qualificada contra toda e qualquer forma de injustiça, o que abrange tanto as situações substanciais como as processuais<sup>258</sup>.

Os direitos fundamentais demandam, sem dúvida, um imperativo de tutela capaz de proteger as posições jurídicas de intervenções de terceiros e/ou do Estado. Como afirma Canaris “quanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto

---

<sup>256</sup> Novais assim se manifesta a esse respeito: “No âmbito da dimensão subjectiva, os direitos fundamentais permitem aos particulares possibilidades juridicamente reforçadas de acção, comportamento, pretensão ou competência que, em geral, se podem designar por uso ou exercício de direito fundamental. Por último, em caso de ameaça ou lesão das posições de vantagem individual que os constituem, os direitos fundamentais asseguram aos seus titulares formas de tutela que lhes permitem, com intensidade e efectividade variáveis, exigir juridicamente ao Estado o cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela norma de direito fundamental, ou seja, fornecem uma garantia subjectiva de direito fundamental” (In *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 56).

<sup>257</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 401. No mesmo sentido: QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 70-71.

mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente auto-proteção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de proteção”<sup>259</sup>. Este dever estatal de proteção conferido aos direitos em geral, e sobremaneira aos fundamentais, não pode ser reduzido ao plano normativo, inclusive quando em cheque as garantias processuais que, por se tratarem do direito dos direitos, merecem uma proteção ainda maior, razão pela qual deve ser consagrada a plenitude da tutela judicial dos direitos fundamentais, inclusive os processuais, contra qualquer forma de agressão, seja ela omissiva ou comissiva<sup>260</sup>.

Na medida em que os direitos fundamentais processuais são direitos ou garantias individuais constitucionalmente protegidos, é inadmissível afirmar que a proteção a tais direitos não pode ocorrer no plano subjetivo quando existem condições concretas para tal (ameaça de lesão ou lesão em um caso específico). Postas estas considerações iniciais já se pode ingressar na seara das funções dos direitos fundamentais.

## Seção 2 - A Teoria do *Status* de Jellinek

Os direitos fundamentais apresentam diferentes funções no mundo empírico e jurídico. Dentre tantos teóricos que procuraram desvendar as diferentes funções dos

---

<sup>258</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 2000. p. 27.

<sup>259</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 114.

<sup>260</sup> Sobre o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais no plano objetivo e subjetivo vide: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 86-95.

direitos fundamentais, parcela considerável da doutrina costuma indicar a teoria do *status* do alemão Georg Jellinek como referência para os estudos do tema<sup>261</sup>.

Segundo Jellinek, quatro seriam os estados ou posições em que o cidadão poderia se enquadrar perante o Estado: um *status* passivo, um ativo, um positivo e um negativo.

O cidadão estaria numa posição passiva, ou num *status* passivo, quando se subordinasse aos poderes do Estado, sendo titular, nesta condição, de inúmeros deveres, e abrindo mão de parcela de sua autodeterminação, não se falando de direitos.

Já o *status* ativo seria a posição que permite ao indivíduo de participar, de acordo com as competências de sua titularidade, na formação da vontade estatal, a exercer os direitos políticos em sentido estrito, o que, em uma democracia, pode se realizar, por exemplo, através do voto.

Todo indivíduo é senhor de uma certa dose de liberdade perante o Estado, ou seja, é titular de um determinado espaço livre. Esta esfera de liberdade na qual a ingerência estatal e o *jus imperium* estão proibidos, compõe o terceiro *status* de que Jellinek denomina de negativo ou *status* de liberdade. Ao mesmo encontram-se umbilicalmente ligados os direitos de defesa, que têm justamente por objetivo assegurar uma “esfera de autodeterminação do indivíduo”<sup>262</sup>, livrando-o de interferências ilegítimas em seus direitos fundamentais.

---

<sup>261</sup> Ressaltam a atualidade e a importância da classificação de Jellinek, dentre tantos, os seguintes autores: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 247-266; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 156-160; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 139-140; LEDUR, José Felipe. *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal do Paraná. 2002. p. 27-28. MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 87-90. Estas obras serviram de ferramenta para as considerações aqui lançadas, ante a inviabilidade de consulta a obra original de JELLINEK.

<sup>262</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 201.

Na forma reflexa do *status* negativo, o *status* positivo aparece nas relações em que o indivíduo apresenta capacidade, juridicamente protegida, de exigir prestações positivas do Estado<sup>263</sup> ou de dirigir-lhe pretensões jurídicas de interesse individual<sup>264</sup>.

Em que pesem as críticas elaboradas por diversos juristas à classificação de Jellinek<sup>265</sup>, é certo que a ela continua sendo “mantida viva mediante um contínuo processo de redescoberta pela teoria constitucional”<sup>266</sup>, podendo servir de parâmetro, portanto, para a análise dos direitos fundamentais, especialmente no que respeita às características funcionais, eficácia e possibilidades de concretização através da prestação da tutela jurisdicional.

### Seção 3 - Classificação Funcional: Direitos de Defesa e Direitos à Prestação

A obra de Jellinek serve de base a inúmeros trabalhos teóricos de classificação dos direitos fundamentais. Como assinala Ingo Sarlet, a doutrina de Jellinek constitui uma das “vertentes mais férteis para a obtenção de uma proposta classificatória cientificamente resistente, além de constitucionalmente adequada”<sup>267</sup>. Sem a pretensão de descrever as nuances que cercam as propostas realizadas pela

<sup>263</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p 256.

<sup>264</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 89.

<sup>265</sup> Segundo INGO SARLET (In *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 159-160), dentre estas críticas é interessante uma reflexão sobre a necessidade de releitura do *status* negativo, no sentido de que a esfera de liberdade deve proteger o indivíduo também de intervenções legislativas inconstitucionais. Da mesma forma, cabe ponderar sobre a crítica realizada por Konrad Hesse, que clama por uma visão não meramente formal, mas material do *status* constitucional do indivíduo, e por Peter Häberle, que sugere uma quinta modalidade de *status*, o *status activus processualis*, que deve ser compreendido a partir de uma dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais. Quanto às críticas da classificação de JELLINEK vide ainda: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 261-266.

<sup>266</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 160.

<sup>267</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p 164.

doutrina, este tópico propõe-se a identificar o que há de comum e de mais importante para o tema objeto de exame.

Partindo-se da análise funcional dos direitos fundamentais, observa-se, num primeiro momento, que inúmeros direitos exigem proteção de ingerências dos poderes públicos, ou seja, exigem uma abstenção ou um agir negativo. São direitos com estas características, segundo Alexy, os de defesa do cidadão frente ao Estado<sup>268</sup>, que Jellinek qualifica como direitos com *status* negativo, que requerem abstenções do Estado no sentido de impedir (seja através de uma perspectiva objetiva, seja através de uma perspectiva subjetiva) a não violação da esfera dos direitos de liberdade e de propriedade do indivíduo.

Em outra esfera estariam os direitos a prestações<sup>269</sup> que demandam ações positivas por parte do Estado, no sentido de fornecer ambiente e condições materiais para a concretização dos direitos fundamentais, seja na esfera jurídico-normativa seja por intermédio de uma dimensão subjetiva. Processam-se, assim, segundo uma relação formada entre um titular de um direito fundamental, o Estado e uma ação positiva do Estado, através de atos de qualquer um de seus Poderes<sup>270</sup>.

Há quem defenda a necessidade de um terceiro grupo de direitos fundamentais, ligados aos direitos com *status* ativo de Jellinek e orientados através da capacidade de formação da vontade estatal (direitos políticos). A respeito deste grupo de direitos - de participação - não há consenso na doutrina. Alguns entendem que eles estariam inseridos ora na categoria dos direitos de defesa, ora na categoria dos direitos a prestação em sentido amplo<sup>271</sup>.

Todavia, as condições inerentes aos direitos à prestação devem considerar algumas variantes que cercam individualmente cada espécie de direito fundamental,

---

<sup>268</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 419.

<sup>269</sup> Conforme recomenda ALEXY, o direito a prestações deve ser entendido primeiramente num sentido amplo, de modo que todo direito a um ato positivo é um direito a prestação (In *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 427).

<sup>270</sup> Neste sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 431.

<sup>271</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 167.

através da análise de seu núcleo essencial, objeto, destinatário, estrutura normativa dentro do ordenamento, restrições existentes, possibilidades no campo fático e jurídico, enfim, tudo o que, de uma forma ou de outra, acaba interferindo em sua efetivação. Estes direitos à prestação, que devem se concebidas no sentido amplo, podem ser classificados como direitos a proteção, direitos de participação na organização e procedimento e direitos a prestação em sentido estrito<sup>272</sup>. Os dois primeiros estão ligados predominantemente aos direitos de liberdade e de igualdade próprios do Estado liberal. Os direitos à prestação em sentido estrito, por sua vez, englobariam os direitos materiais sociais no campo fático, identificados junto aos direitos sociais que caracterizam o Estado social, ou, nas palavras de Ingo Sarlet, a fim de “assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada”<sup>273</sup> para a realização da justiça social e efetivação dos direitos fundamentais sociais. Em resumo, tratam-se de direitos cuja concretização se dá empiricamente através de ações positivas voltadas ao cumprimento das normas de cunho social.

Os direitos de proteção objetivam sustentar posições jurídicas que conferem aos indivíduos a possibilidade de pleitear aos poderes públicos a defesa contra a intromissão ou violação na esfera individual protegida pelo direito fundamental<sup>274</sup>, ou seja, de requerer ao Estado a proteção contra a intervenção de terceiros<sup>275</sup>. Distingue-se o direito de proteção do de defesa na medida em que o primeiro exige uma ação positiva por parte do Estado, enquanto o segundo exige uma ação negativa.

A ótica conferida pelo direito a participação na organização e procedimento deve ser compreendida como possibilidade de se exigir a construção e aplicação de

---

<sup>272</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p 430.

<sup>273</sup> SARLET, IngoWolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 202.

<sup>274</sup> SARLET, IngoWolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 195.

<sup>275</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p 435.

mecanismos (estruturais, normativos e administrativos) que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo a efetivação dos direitos fundamentais<sup>276</sup>. Fazem parte nesta categoria, no entendimento de Alexy<sup>277</sup>, competências de direito privado<sup>278</sup>, procedimentos judiciais e administrativos<sup>279</sup>, organização em sentido estrito<sup>280</sup> e formação da vontade estatal<sup>281</sup>.

Assim sendo, pode-se concluir que os direitos fundamentais processuais podem aparecer tanto como direitos de defesa e quanto como direitos à prestação no contexto dos direitos à participação e procedimento. Entretanto, tendo em vista as características procedimentais dos mesmos, é no plano do *status activus processualis* que se tem o ambiente mais propício para dar o acabamento à análise do aspecto funcional dos direitos fundamentais processuais.

---

<sup>276</sup> De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a todo direito fundamental material corresponde um direito procedimental. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 460.

<sup>277</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 468.

<sup>278</sup> “Los derechos a competencias de derecho privado son derechos frente al Estado para que este formule normas que son constitutivas para las acciones jurídicas de derecho privado y, con ello, para la creación, modificación y eliminación de posiciones jurídicas de derecho privado” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 468).

<sup>279</sup> “Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una ‘protección jurídica efectiva’. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 472).

<sup>280</sup> “Se trata de exigencias iusfundamentales a materias jurídicas tales como el derecho universitario, el derecho de radiodifusión y el derecho de cogestión”, ou seja, que “regulan la cooperación de numerosas personas orientada a determinados fines” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 474).

<sup>281</sup> “los derechos frente al Estado a que este, a través de la legislación ordinaria, facilite procedimientos que posibiliten una participación em la formación de la voluntad estatal” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 481).

#### Seção 4 – O *Status Activus Processualis*

Dada a importância que as garantias processuais possuem em qualquer sistema jurídico que coloca o direito como um dos elementos constitutivos de Estado, foi Peter Häberle quem primeiro procurou agrupar em uma categoria própria aqueles direitos fundamentais que instituem meios de organização e de procedimentos (incluindo os procedimentos legislativo, administrativo e jurisdicional) visando a efetivação e proteção eficaz dos direitos. Esta classe de direitos asseguraria aos cidadãos um *status activus processualis*. A relevância do procedimento constitui tema de destaque no direito constitucional atual. Dentre as finalidades e a importância prática, trata a doutrina de estabelecer elos de ligação dos direitos procedimentais como meio de legitimação do poder (Luhmann), como mola transformadora da Constituição de uma ordem estática para uma ordem dinâmica através da participação da comunidade, como garantia para realização e proteção dos direitos (Häberle), como ferramenta de compreensão das decisões estatais tomadas no âmbito dos três poderes, que evitariam decisões injustas, inconstitucionais ou ilegais, como instrumento de democratização do Estado e de estabelecimento de consensos<sup>282</sup>. O procedimento estabelece um meio, composto de princípios e regras, que, se respeitados, assegura em tese a obtenção de um resultado que corresponda à realização dos direitos.

Os direitos de organização, em particular, orientam a criação e o funcionamento de instituições estatais e dos próprios poderes, estabelecendo padrões de controle dos atos estatais em relação aos direitos, objetivos e fundamentos do próprio Estado<sup>283</sup>.

Robert Alexy divide os direitos de procedimento e organização em quatro classes distintas de acordo com a função que desempenham. Descreve, assim, o direito às competências de direito privado, onde se encontram os direitos de exigir que o

---

<sup>282</sup> Cfe: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 936.

<sup>283</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 84.

Estado formule normas aptas a criar, modificar e eliminar posições jurídicas<sup>284</sup>, os direitos a procedimentos judiciais e administrativos em sentido estrito, cujo objetivo é o de realizar os direitos, o direito à organização em sentido estrito, na qual se enquadrariam os direitos de associação e de cooperação, e, por último, os direitos à formação da vontade estatal, onde se encontram aqueles direitos que reclamam por participação dos cidadãos na formação da vontade estatal<sup>285</sup>.

O *status activus processualis* exige, no que tange aos procedimentais judiciais, a criação de mecanismos, procedimentos e institutos adequados e efetivos para a solução dos conflitos (acesso à justiça) e realização, sem lacunas, dos direitos. E mais, a cada direito fundamental (inclusive os processuais) devem corresponder direitos procedimentais que assegurem sua realização<sup>286</sup>, o que pode ser traduzido, no campo do processo civil como necessidade de adoção e construção de tutelas diferenciadas e aderentes ao direito material pelo Poder Público em sua totalidade. Tendo em vista a relação que o assunto guarda com o acesso à justiça, este tema será retomado mais adiante.

---

<sup>284</sup> Sobre a ligação entre direitos fundamentais e direito privado vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>285</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 467-482.

<sup>286</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 460.

## CAPÍTULO VI – A PONDERAÇÃO DE BENS E A PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### Seção 1 – Considerações Iniciais

Os direitos fundamentais constituem mandados de otimização que admitem cumprimento em diferentes graus, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso concreto. Por outro lado, sabe-se que não são raras as situações em que dois ou mais direitos fundamentais entram em rota de colisão. Isso ocorre quando, em um caso concreto, sobre a situação fática incidem posições contraditórias de dois ou mais direitos fundamentais.

Ao estabelecer o modelo processual brasileiro, e aqui se utiliza um exemplo citado por José Roberto dos Santos Bedaque, a Constituição protege tanto a efetividade do processo quanto a segurança jurídica<sup>287</sup>. Ocorre que, para o cumprimento em um grau máximo, a segurança jurídica demanda um procedimento de cognição exauriente e possibilidades plenas de exercício da defesa e do contraditório, o que requer tempo. Ao seu turno, a efetividade do processo, sob a dimensão temporal, admite uma prestação jurisdicional fundada em cognição sumária e com contraditório limitado. Nestas situações o juiz não pode eximir-se de decidir, devendo resolver o conflito de direitos e bens jurídicos que estão em jogo valendo-se de critérios como a proporcionalidade, ponderação, concordância prática, proibição de excesso ou razoabilidade.

Isto é viável justamente porque os direitos fundamentais constituem mandados de otimização que, ao possibilitar o cumprimento em graus diferentes - segundo as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto - permite uma harmonização entre os princípios de maneira que se possa concluir que nenhum deles é ignorado ou deixa de ser totalmente aplicado. Os direitos fundamentais em choque são cumpridos em graus diferentes, mas não se invalida um em benefício do outro.

---

<sup>287</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 86-87.

Como lembra Comoglio, o direito fundamental a um processo justo não se esgota na concretização de uma simples garantia processual, mas sim na coordenação e efetivação de inúmeras garantias concorrentes<sup>288</sup>. A afirmação é acertada e somente uma análise principiológica dos direitos processuais fundamentais permite a busca de uma harmonização dos direitos sem a invalidação ou exclusão por completo de qualquer um deles. Mas qual seria a natureza jurídica da proporcionalidade, razoabilidade, ponderação de bens, concordância prática e proibição de excesso? Podem ser chamados de princípios, regras ou postulados normativos?

A natureza jurídica e a denominação da categoria jurídica a que pertencem estes critérios<sup>289</sup> para a harmonização e resolução de colisões dos direitos fundamentais não recebem uniformidade de tratamento<sup>290</sup>. Há quem os chame de princípios e outros que os tratam como regras. Outros preferem denominá-los postulados normativos e alguns, ainda, como normas metódicas. De qualquer sorte, razão tem Humberto Ávila, ao afirmar que a preocupação com a nomenclatura é meramente secundária, pois o importante é operacionalizá-la<sup>291</sup>.

## Seção 2 – A Ponderação de Bens

Cada espécie de direito fundamental tem por objeto a proteção de um ou mais bens. Fala-se em âmbito de proteção da norma de direito fundamental como sendo a

---

<sup>288</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Settembre 1991. Milano: Giuffrè. p. 687.

<sup>289</sup> Utiliza-se a expressão “critério” no sentido de referência para conduzir uma análise ou apreciar algo.

<sup>290</sup> De acordo com Marcelo Lima Guerra “*a regra da proporcionalidade é denominada pela expressão bastante difundida de ‘princípio da proporcionalidade’*.” Entretanto, o mesmo autor, apoiado nas lições de Robert Alexy, prefere tratá-las como regras jurídicas cuja aplicação se dá por subsunção (In *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91). Como este ponto parece ainda estar longe de uma uniformização (vide as obras já citadas de Humberto Ávila, que entende a proporcionalidade como postulado, de Paulo Bonavides, que a tem como princípio, de J.J. Gomes Canotilho, que defende ser um método e de Willis Santiago Guerra Filho, que sustenta um mandado de otimização) adotar-se-á uma definição por outra, salientando tão somente o seu aspecto operacional e amplitude, que constituem pontos importantes para os direitos fundamentais processuais.

esfera na qual gravitam bens jurídicos que dão amparo a posições jurídicas merecedoras de proteção. Quando da colisão de um ou mais direitos fundamentais, a ponderação de bens pode ser utilizada para sopesar os bens jurídicos que estão em jogo no caso concreto e, com isto, buscar maximizar o cumprimento de um dos direitos em relação aos outros. É um procedimento possível não só em razão da natureza jurídica dos direitos fundamentais<sup>292</sup>, na forma de mandados de otimização, como também pela conseqüente dimensão de peso que lhes é peculiar.

Como todo método que demanda um mínimo de subjetivismo, a ponderação de bens não está a salvo de inúmeras críticas<sup>293</sup>. Entretanto, como assevera Jorge Reis Novais, inobstante muitos dos argumentos críticos serem meramente retóricas, o recurso a esta metodologia é inevitável dada a ausência de outros métodos que possam substituí-lo com proveito na tarefa de estabelecer a prevalência de um bem em relação a outro quando da colisão de direitos fundamentais, razão pela qual os esforços devem se concentrar em uma estruturação procedimental e racionalização de sua utilização, de modo a reduzir (porém não eliminar) o aspecto instintivo do qual a ponderação de bens é acusada<sup>294</sup>.

O primeiro problema surge, assim, no que tange ao modo de proceder à ponderação. Não há, no ordenamento jurídico, uma escala hierárquica de valores ou de bens que possa servir de base para uma tomada de decisão. Por este motivo, a ponderação de bens deve ser realizada caso a caso, tomando-se por base os bens que

---

<sup>291</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82.

<sup>292</sup> De acordo com Marcelo Lima Guerra “o próprio conceito de norma jusfundamental como mandado de otimização já implica a idéia de ponderação” (In *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90).

<sup>293</sup> De acordo com Jorge Reis Novais a ponderação de bens vem sofrendo inúmeras acusações, dentre as quais destaca: “Impossibilidade de colher da Constituição parâmetros materiais susceptíveis de balizar objectivamente o recurso ao método, subjetivismo, intuicionismo e arbitrariedade, transferência ilegítima de poderes do legislador para o juiz com substituição da reserva da lei pela reserva de sentença, dissolução dos controlos típicos de Estado de Direito, corrosão da força normativa da Constituição, nivelação e indiferenciação dos direitos fundamentais, tirania dos valores e fórmula vazia” (In *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.640).

<sup>294</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 640-641.

estão em jogo em cada situação concreta e não com lastro em enunciados normativos abstratos<sup>295</sup>.

Para que se possa encontrar a solução para um conflito entre direitos fundamentais<sup>296</sup> através da ponderação de bens, devem os interessados, preliminarmente, verificar se existem dois bens ou posições jurídicas antagônicas no âmbito de proteção dos direitos aptos a serem aplicados no caso concreto, uma vez que nem sempre duas normas distintas protegem bens opostos. Num segundo momento, todos os argumentos a favor e contra a precedência de um bem em relação ao outro devem ser analisados exaustivamente à luz das necessidades e peculiaridades fáticas específicas daquele caso. Não se pode perder de vista que o significado de ponderar é o “*é examinar com atenção e minúcia; é meditar*”<sup>297</sup>.

Examinados todos os argumentos faz-se a ponderação propriamente dita, dimensionando-se o peso dos bens em jogo para indicar qual deles, naquele caso concreto, deve ter primazia. O resultado da ponderação não deve servir de parâmetro normativo e abstrato, como às vezes pode acontecer, para que, em outros casos concretos, se passe por cima das etapas anteriores. Cada situação apresenta suas próprias peculiaridades e demandam uma análise diferente, sendo que a decisão de um caso, com base em decisão de outro, constitui uma técnica passível de produzir grave injustiça no que tange à solução de conflitos entre direitos fundamentais. A hierarquia entre bens, criada por força de uma decisão, é meramente móvel, como adverte Canotilho, pois “se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso”<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> Sobre a inexistência de uma pauta geral de valores e seus efeitos vide: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 574-587. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1.199.

<sup>296</sup> Discorrendo sobre as etapas da ponderação de bens nas situações de colisão de direitos fundamentais, vide: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1.202-1.203. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87-88.

<sup>297</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 3ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 431.

<sup>298</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1.203.

Por fim, e para tirar a prova real do método aplicado, é interessante que se faça uma incursão nos campos da proibição do excesso e da razoabilidade. É inadmissível, como afirma Humberto Ávila, que a realização de um direito fundamental retire o mínimo de eficácia de outro, pois toda a promoção de um fim terá seus limites<sup>299</sup>. Aplicam-se aqui, também, os argumentos lançados a respeito da restrição e limitação dos direitos fundamentais no que respeita à proteção do seu núcleo essencial. A proibição do excesso deve conduzir o operador do direito para a busca da solução de conflitos entre direitos, que poderá se valer, concomitantemente, da razoabilidade<sup>300</sup> como diretriz para examinar se há uma harmonização entre as normas aplicáveis com especificidades do caso concreto, e se foi observada uma equivalência aceitável dentro do senso comum. Na hipótese de constatação de excesso ou de a decisão mostrar-se insensata ou distante da razoabilidade almejada por não respeitar o núcleo essencial<sup>301</sup>, por exemplo, deve-se lançar mão de novos argumentos e de uma nova metodologia que possa encontrar outra solução, mais adequada ao caso.

### Seção 3 – A Proporcionalidade

Não é difícil constatar a evolução e utilização cada vez maior da proporcionalidade nos mais diversos campos do direito, inclusive nos casos de conflito de direitos fundamentais. Há quem afirme que a ponderação de bens constitui uma das etapas de aplicação do princípio da proporcionalidade, mais precisamente sua acepção

---

<sup>299</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 89.

<sup>300</sup> Sobre a razoabilidade como postulado normativo autônomo vide: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 94- 103.

<sup>301</sup> Segundo Cristina Queiroz uma das facetas da razoabilidade está voltada à proteção do núcleo essencial do direito fundamental: “*O razoável, dir-se-á, é aquilo que respeita o conteúdo essencial*” (In *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 115).

em sentido estrito<sup>302</sup>. Não se pretende, dado o escopo do presente trabalho, levar a cabo uma investigação percuciente sobre a proporcionalidade. Da mesma forma, não se tentará analisar a natureza jurídica da proporcionalidade ou sua estrutura normativa. Prefere-se, neste momento, proceder ao exame, embora breve, desse instituto como método ou critério para a solução de conflito de direitos fundamentais.

De acordo com Paulo Bonavides, valendo-se das lições dos juristas alemães Pierre Müller e Manfred Gertz, a proporcionalidade (*verhältnismässigkeit*) ~~a~~ proporcionalidade tem por meta controlar o excesso e a adequação nas relações jurídicas, analisando o fim a ser alcançado e o meio para se alcançar este fim<sup>303</sup>. Um exame segundo o critério da proporcionalidade, nestes termos, pode ser realizado quando conjugadas a finalidade, os meios destinados para sua realização e a relação de causalidade entre eles, ou seja, entre a medida concreta e o fim pretendido.

Sabe-se que os direitos fundamentais apresentam também uma face programática e identificável em seu aspecto principiológico, estabelecendo fins a serem alcançados. Para atingir a finalidade da norma são necessárias medidas concretas para a produção de efeitos, sem as quais o fim somente poderia ser alcançado de forma espontânea, ou seja, através de uma conduta irreprochável do destinatário do direito. Ocorre que nem sempre os meios utilizados levam à concretização do fim. Em outros casos as medidas podem até mesmo alcançar a finalidade, porém o fazem trazendo repercussões desnecessárias em razão da existência de outros meios que alcançariam o mesmo fim. Não são raras as situações em que as restrições causadas pelos meios, sob um ponto de vista mais global, não

---

<sup>302</sup> Quanto a esta distinção Humberto Ávila afirma: “é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados” (In *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 103).

<sup>303</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 393.

podem sequer ser justificadas quando relacionadas aos fins pretendidos. Todos estes problemas, em verdade, surgem da inobservância de três diferentes manifestações da proporcionalidade: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Quando não houver meios alternativos para se alcançar a finalidade do direito fundamental sem afetar outros direitos em jogo, ou pelo menos afetando-os o mínimo possível, a proporcionalidade sob a perspectiva da necessidade autoriza o operador a utilizar tal critério. Como ressalta Jorge Miranda, deve existir uma exigência ou uma necessidade de intervenção nos direitos ante a inexistência de outras opções que possam alcançar os fins sem afetar nenhum deles<sup>304</sup>. Trata-se de verificar se não há, comparando-se o meio escolhido com outros existentes, outro meio igualmente idôneo e eficaz para atingir o fim sem agredir - e isto é importante - os bens ou outros direitos em colisão. Existindo outros meios igualmente eficazes, deve-se preferir o menos agressivo, o menos restritivo ou que cause menores danos aos outros direitos<sup>305</sup>. Para facilitar a compreensão, Novais utiliza-se de interessante exemplo em que compara a proporcionalidade, sob a dimensão da necessidade, com o modo de olhar duas diferentes constelações: “uma constelação B é preferível a uma constelação A sempre que, na troca de A por B nenhum dos participantes veja piorada a sua situação e pelo menos um deles a veja melhorada”<sup>306</sup>. A opção por um meio menos restritivo a igualmente idôneo não prejudica o fim almejado pela norma precedente e melhora, ao menos em termos relativos, a eficácia da norma afetada.

Além de necessária, a intervenção deve ser adequada, ou seja, deve existir uma correspondência entre o fim desejado e o instrumento utilizado. Se a medida

---

<sup>304</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 207.

<sup>305</sup> Neste sentido vide ainda: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003. p. 92. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 114-116. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 71. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 741.

<sup>306</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 742.

mostrar-se inadequada para atingir a finalidade pretendida, o resultado alcançado para resolver o conflito entre os direitos fundamentais será arbitrário, o mesmo ocorrendo na hipótese da utilização de medidas desnecessárias<sup>307</sup>.

Ao examinar-se a (des)proporção entre a importância da finalidade almejada e o grau de restrição hipoteticamente causado aos demais direitos fundamentais por força dos instrumentos utilizados passa-se ao plano da proporcionalidade em sentido estrito. Para cumprir tal desiderato é preciso utilizar outros critérios<sup>308</sup> como o bom senso, a razoabilidade<sup>309</sup>, a concordância prática<sup>310</sup> e a proibição do excesso<sup>311</sup>. Indaga-se, neste plano, se a importância do fim justifica o emprego dos meios, se as vantagens decorrentes da concretização dos fins são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção dos meios e se o núcleo essencial do direito fundamental foi ou não preservado<sup>312</sup>. É neste plano que se pode fazer uso, também, da ponderação de bens. A inobservância da proporcionalidade em sentido estrito, nos termos expostos, pode

---

<sup>307</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 207.

<sup>308</sup> Para Paulo Bonavides inúmeras expressões e categorias, como o princípio da concordância prática, da vedação de arbítrio, da avaliação dos bens jurídicos e o princípio da justiça, em si, convergem para o princípio da proporcionalidade (In *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 404).

<sup>309</sup> Segundo Novais “haveria desproporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental sempre que a relação apurada entre a gravidade do sacrifício imposto pela restrição e a relevância das razões que a justificavam (portanto, a relação entre fim e meio ou, noutra perspectiva, entre bens jurídicos negativa e positivamente afectados com a restrição) fosse desrazoável” (In *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 765).

<sup>310</sup> A concordância prática aponta uma solução orientada pelo dever de realização máxima dos valores que se imbricam, através da busca de uma harmonização dos direitos fundamentais em choque. Como uma espécie de transação almejando a preservação dos direitos e otimização de seus valores, ela pode ocorrer, assim, tanto na utilização da técnica da ponderação de bens quanto na da proporcionalidade (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p.88).

<sup>311</sup> A proibição do excesso impede o tolhimento excessivo dos demais direitos fundamentais (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p.89). No sentido de a proibição do excesso constitui elemento do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, vide: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 729.

<sup>312</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p.116.

acarretar excesso<sup>313</sup> ou injustiça<sup>314</sup> no sentido de falta de “justa medida” ou de medida injusta, desrazoável ou desproporcional.

A proporcionalidade, enfim, como a ponderação de bens, que para alguns se confundem, constitui um critério adequado para a solução de conflitos entre direitos fundamentais por se mostrar compatível com sua estrutura normativa e sua concepção como mandados de otimização cuja aplicação pode se dar em diferentes graus e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas<sup>315</sup>. A própria natureza do sistema constitucional aberto de direitos fundamentais recomenda e proporciona a utilização de valorações com base na razoabilidade, ponderação e proporcionalidade<sup>316</sup>. É no campo das possibilidades fáticas e jurídicas que se encontram a aplicação da proporcionalidade em seus três diferentes planos, sendo a possibilidade de aplicação ou efetivação dos direitos fundamentais em graus diferentes o que legitima a proporcionalidade como critério de solução de conflitos.

Não se deve, todavia, perder de vista a unidade da Constituição, nem olvidar a busca de uma realização máxima de todos os bens e normas constitucionais, o que inclui, na medida do possível, a busca por soluções que inibem um conflito ou concretizem os direitos através de uma concordância otimizadora que não os lese sem necessidade.

---

<sup>313</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucionais*. Tomo IV: Direitos fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 207.

<sup>314</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 753.

<sup>315</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003. p. 96.

<sup>316</sup> QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 244.

### **3ª PARTE – DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE**

#### **CAPÍTULO I – DEVIDO PROCESSO LEGAL**

##### **Seção 1 – O Devido Processo Legal como Direito Fundamental Principal**

A Carta Magna inglesa, outorgada no ano de 1215 fruto da insurreição dos Barões contra as arbitrariedades praticadas pelo então Rei João Sem Terra, costuma ser apontada como o antecedente histórico mais remoto do devido processo legal. Embora concebida para a classe dos senhores feudais, a Carta de 1215 acabou se transformando num importante marco histórico de luta pela declaração dos direitos de proteção aos indivíduos, mormente em razão da proibição, prevista em um dos seus capítulos, de cerceamento da liberdade física ou perda da propriedade imóvel sem um julgamento realizado por seus pares ou de acordo com a lei da terra (*law of the land*). É exatamente neste contexto que surge a expressão *devido processo legal*, da qual foram extraídas, historicamente, garantias como a anterioridade da lei e de julgamentos por um juízo ou júri pré-estabelecido<sup>317</sup>.

É certo que com o passar do tempo os valores mudam, e com eles altera-se, também, o conteúdo dado à reconhecida garantia do *due process of law*. A mudança de interpretação e entendimento, com o passar dos anos, é natural. Cada País tem seus valores proclamados e sua configuração de Estado que também sofrem alterações pelo tempo. Seria improvável haver uma mesma definição e aplicação do devido processo legal em todas as nações, democráticas ou tiranas, capitalistas ou socialistas.

De qualquer modo o importante é que há, na maioria dos países civilizados, o respeito ao devido processo legal como forma de garantir o cidadão contra arbitrariedades que possam afetar sua liberdade, vida ou bens. Mais especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, o inciso LIV do art. 5º da Constituição dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

---

<sup>317</sup> Sobre os antecedentes históricos do devido processo legal vide: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

É muito comum denominar o devido processo legal um princípio dos princípios, ou um mega-princípio, do qual derivariam todas as outras garantias processuais para a defesa dos direitos dos cidadãos, como a publicidade dos atos processuais, a proibição de provas ilícitas, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa<sup>318</sup>. Há quem até afirme, como Nelson Nery Júnior, que “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 justo e uma sentença justa”<sup>319</sup>.

Apesar de estar contido no Capítulo I do Título II da Constituição Federal de 1988, o que por si só o caracteriza formalmente como direito fundamental, ao devido processo legal não deve ser dada uma auto-suficiência que torne possível subtrair por si só os demais direitos processuais, ou simplesmente descartá-los daquele texto.

Também cabe insistir em que a elevação de um valor e norma à categoria de direito fundamental tem uma importância significativa dentro do sistema jurídico de um País, não somente por sua capacidade de atuar no âmbito dos processos judiciais, como pelos efeitos irradiantes que produz na ordem jurídica no exercício de sua função objetiva. É o caso, por exemplo, da proibição ao legislador de elaborar normas jurídicas que afetem seu núcleo essencial (art. 60, §4º da Constituição Federal). E mais, se o contraditório e a ampla defesa, servindo aqui como exemplos, não fossem direitos fundamentais ou não admitissem uma dimensão principiológica, não seriam aplicáveis como mandados de otimização bem como sua concordância com outros direitos através das técnicas da ponderação de bens e da proporcionalidade.

Prefere-se dizer que o devido processo legal - ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, onde o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a proibição de

---

<sup>318</sup> Dos autores que sustentam ser o devido legal o princípio do qual emergem as outras garantias vide: NERY JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32-33. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 147. CRETILLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 40-45. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. Volume 1. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 55.

<sup>319</sup> NERY JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

provas ilícitas e a publicidade dos atos processuais são direitos constitucionalmente assegurados - engloba estas e outras tantas garantias numa dimensão procedimental, sem tornar-se princípio auto-suficiente que permite até mesmo excluir os outros direitos do catálogo constitucional ou até mesmo infraconstitucional.

Não se trata de gênero da qual os demais princípios processuais são espécies. Pode-se até mesmo falar afirmar que inúmeras posições jurídicas de outras garantias processuais se encontram dentro do âmbito de proteção ou até mesmo do núcleo essencial do devido processo legal. Não parece ser correto, no entanto, tratá-los como conseqüências dedutíveis que poderiam, eventualmente, ser subtraídas do texto constitucional. Há, indiscutivelmente, uma certa autonomia e um grande destaque conferido pelo poder constituinte ao tratar, a par do devido processo legal, de outros direitos processuais (e materiais) no capítulo sobre os direitos e garantias fundamentais, de modo que cada um deles é independente na busca de auto-afirmação, concretização e realização por si só<sup>320</sup>. A redução das garantias processuais ao devido processo legal é desaconselhável.

De qualquer forma é inquestionável que o devido processo legal é um direito fundamental<sup>321</sup> principal, não só por se encontrar formalmente entre outros direitos e garantias fundamentais, mas por apresentar, também, a característica da fundamentalidade. Trata-se de um direito indispensável ao Estado de Direito e à dignidade da pessoa humana, servindo-lhes como um de seus elementos constitutivos, tanto em uma dimensão substantiva quanto procedimental.

---

<sup>320</sup> De acordo com as conclusões de Maria Rosynete Oliveira Lima: “princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, e outros, não são corolários, deduções ou conseqüências do princípio do devido processo legal, mas princípios, que têm um grau de concretização mais elevado e que são chamados a concretizar o devido processo legal; daí chamá-los de subprincípios, e não de subespécies do devido processo legal. A independência, e não dedutibilidade, destes subprincípios é visível na medida em que podem servir para concretizar, ou realizar, mais de um princípio, além de poderem gozar também de outros subprincípios que o concretizem” (In *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 181).

<sup>321</sup> Conforme assevera com propriedade Marcelo Lima Guerra “falar em um direito fundamental ao processo devido não significa, apenas, uma mudança de terminologia. Ao contrário, trata-se de reconhecer ao conteúdo desta já conhecida ‘cláusula’ a força normativa própria dos direitos fundamentais, portanto, reconhecê-la como norma jurídica, ao lado daquelas outras que se encontram no ápice do sistema jurídico e dotadas de aplicabilidade imediata” (In *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 99).

Um processo legal devido apresenta-se, assim, dentro daquela esfera dos direitos inerentes ao *status activus processualis*, orientando-se em direção à organização e à produção normativa, estabelecendo, assim, a imprescindibilidade de processo e procedimentos para a privação da liberdade ou de bens.

O devido processo legal, como direito fundamental, constitui um mandado de otimização que deve ser cumprido em sua máxima capacidade, respeitando-se, contudo, suas possibilidades jurídicas e fáticas. Ainda como direito fundamental, sua estrutura normativa está revestida de duplo caráter, apresentando-se preponderantemente como princípio e supletivamente como regra. As restrições e limitações devem observar os preceitos comuns aos direitos fundamentais em geral, sendo inadmissível a violação do núcleo essencial ou a redução do âmbito de proteção sem uma previsão constitucional ou incidência de outro direito fundamental. Nestes casos, deve-se utilizar a aplicação da ponderação de bens e da proporcionalidade para a solução de conflitos de direitos, nos moldes tratados anteriormente.

Tendo aplicabilidade imediata e geral, o *due process of law* orienta todas as espécies de processos e procedimentos<sup>322</sup>, sejam eles judiciais, administrativos, legislativos, políticos, eleitorais, cíveis, trabalhistas, penais ou sob a denominação ou com qualquer outro conteúdo ou denominação. Seus destinatários são a sociedade e os Poderes Públicos, e, no âmbito das atividades jurisdicionais, todos aqueles que participam do processo: o juiz, auxiliares da justiça, autor, réu e terceiros. Admite-se, e até mesmo recomenda-se, a existência de procedimentos diferenciados de acordo com os interesses ou necessidades distintos, principalmente no que tange aos processos judiciais<sup>323</sup>, desde que assegurado, contudo, previsibilidade às partes para o

---

<sup>322</sup> Sobre esta interpretação mais ampla vide: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 214-225; CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 44-45.

<sup>323</sup> O assunto será retomado logo mais adiante no tópico sobre o direito fundamental do acesso à justiça (infra).

desenvolvimento de sua estratégia de atuação e de defesa em busca de uma solução justa para a realização dos direitos e a resolução dos conflitos de interesses<sup>324</sup>.

O que é inadmissível é a perda da liberdade ou de bens sem sua observância, devendo ser interpretada a expressão “bens” de forma ampla, sendo-lhe atribuído o sentido de qualquer espécie de situação de vantagem ou atributo, de conteúdo patrimonial ou extra-patrimonial, sejam elas provisórias, definitivas, originárias ou derivadas.

## Seção 2 – Devido Processo Legal Substantivo e Procedimental

Uma interpretação mais restrita ou até mesmo meramente literal do enunciado normativo, em que tem base o direito ao devido processo legal, poderia levar à conclusão de que o âmbito de incidência da norma limitar-se-ia aos processos judiciais. Inúmeros outros processos são realizados com a potencialidade de eliminação de posições de vantagem de bens ou de liberdade sem uma atuação estatal jurisdicional. As normas que regulam a conduta dos homens em sociedade são elaboradas, no Estado de Direito, por intermédio do processo legislativo. Assim como o judicial, trata-se de processo fixado em um objetivo e regulado por um procedimento previsto na Constituição Federal e, na esfera de competência dos Estados, nas Constituições Estaduais. Com isto se quer afirmar que a cláusula *due process of law* deve ser aplicada ora numa dimensão substantiva e ora numa dimensão procedimental, razão pela qual são pertinentes as denominações *devido processo legal substantivo e*

---

<sup>324</sup> Conforme Leonardo Greco “o procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas, bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente mais idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstre a sua procedência. O importante, acima de tudo, é que o procedimento seja previsível, ou seja, que cada uma das partes, ao ditar a sua estratégia de atuação, esteja em condições de prever o desenvolvimento futuro do processo para que o seu desempenho seja o mais eficaz possível e para que bruscas mudanças de rumo não venham a cercear o seu direito de defesa”. (In *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos Estudos Jurídicos. Revista do Curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: Univali, 2002. p. 40).

*devido processo legal procedimental* como manifestações normativas extraídas do enunciado constante do inciso LIV do art. 5º da Constituição.

Numa dimensão substantiva, o devido processo legal atua no campo da análise das privações, restrições e limitações de bens e direitos por força de atos estatais de qualquer um dos Poderes constituídos. Almeja-se evitar arbitrariedades que não condizem com o Estado Democrático e de Direito, que tem na justiça um de seus valores supremos. Nesta seara razoabilidade, proporcionalidade e ponderação de bens atuam como critérios de (in)validação dos atos em relação ao devido processo legal devido<sup>325</sup>, ou seja, realizam o intercâmbio visando declarar se um determinado ato está, ou não, materialmente em consonância com aquele direito. Determina, também, que se proceda a uma necessária e constante conformação e concretização de acordo com os seus fins. Pretende-se neste campo, como afirma Canotilho, “justificar a idéia material de um processo justo”<sup>326</sup>, o que se estende desde a edição do ato ou criação da norma jurídica pelo Poder Legislativo (e também excepcionalmente pelo Judiciário), até sua aplicação pelos demais Poderes<sup>327</sup>. O desejável é que não se prive de liberdade ou bens sem razões e fundamentos razoáveis e proporcionais. O próprio magistrado poderia, nessa linha de pensamento (ao menos em tese e sob a orientação deste direito), analisar os requisitos intrínsecos da lei ou do ato, especialmente em caso de violação dos direitos fundamentais, podendo recusar-se a aplicá-los ou até mesmo declarar sua inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legal substantivo.

Não basta seguir todas as etapas do procedimento para se concluir que a norma ou o ato que importaram a perda de bens ou da liberdade atende aos anseios do devido processo legal. É necessário verificar o conteúdo do ato ou norma que acarreta

---

<sup>325</sup> Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira “uma lei não pode ser considerada uma law of the land, ou consentânea com o due process of law, quando incorrer na falta de ‘razoabilidade’ ou de ‘racionalidade’, vale dizer, quando arbitrária” (In *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 87).

<sup>326</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 482.

<sup>327</sup> Segundo Maria Rosynete Oliveira Lima projeta-se tanto no campo de criação quanto no de aplicação da norma, onde se insere “para servir de um canal para que valores e interesses não protegidos pelo legislador possam penetrar no sistema jurídico. Ao fazê-lo atuar, o juiz deve ter presente a sua tarefa de garantidor da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça” (In *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 227 e 236).

a privação, restrição ou limitação, de modo a estabelecer até onde a restrição ou limitação se mostram inaceitáveis, injustas, desrazoáveis ou desproporcionais.

O outro aspecto do devido processo legal encontra seus alicerces na dimensão procedimental propriamente dita, que implicaria a observância de um processo e procedimento especificados na Constituição e na lei. Trata-se de uma visão menos axiológica e mais dogmática do *due process*, cuja orientação é verificar um procedimento ordenado numa relação processual estabelecida normativamente, e se foram ou não respeitadas as garantias e os direitos de ordem processual de titularidade daquele que suporta os efeitos da privação, restrição ou limitação de seus bens ou de sua liberdade.

O controle de constitucionalidade, tanto na forma difusa quanto abstrata, pode ser realizado sob o prisma da proteção do devido processo legal na dimensão procedimental. Se a intervenção na esfera de bens ou da liberdade se der por intermédio de um processo instituído, por exemplo, especificamente ao caso concreto e cumulativamente com o desrespeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais, poderá haver inconstitucionalidade do ato que suprimiu o gozo dos bens ou da liberdade por violação ao devido processo legal constitucional. Mas para que isto se torne mais palpável é necessário estabelecer qual o âmbito de proteção e o núcleo essencial do devido processo legal procedimental, tarefa que servirá também para estabelecer a amplitude de efeitos irradiantes deste direito sobre toda a ordem jurídica. Dados os objetivos deste trabalho, é justamente o âmbito de proteção e o núcleo essencial do direito ao devido processo legal procedimental que se analisará a seguir.

### Seção 3 - Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial do Devido Processo Legal Procedimental

O direito fundamental é constituído, em sua totalidade, de um feixe de posições jurídicas *jusfundamentais*, de aplicabilidade imediata, atuando como

mandados de otimização que recomendam um cumprimento máximo, desde que respeitados os limites fáticos e jurídicos em torno do caso concreto.

Este conjunto de posições jurídicas reforçadas pela fundamentalidade, encontra-se dentro do âmbito de proteção do direito fundamental, ou seja, compõe aquela esfera de pressupostos de fatos ou jurídicos extraídos de um enunciado normativo que se encontra formalmente inserido no rol daquela categoria de direitos, ou se exterioriza materialmente como tal ante a fundamentalidade e adstrição a outro direito fundamental ou a algum elemento constitutivo do modelo de Estado adotado. O âmbito de proteção abre opções ao intérprete e ao operador do direito, constituindo cláusula aberta passível de ser ampliada ou reduzida em concordância com os argumentos *jusfundamentais* que se ofereça. Qualitativa e quantitativamente se apresenta, entretanto, o núcleo essencial do direito fundamental, que por dar sentido àquele mínimo indispensável à própria compreensão e finalidade do direito, não pode sofrer restrições ou limitações, sob pena de poder ficar caracterizada a sua inexistência. O núcleo essencial do direito, desta forma, revela-se principalmente nas hipóteses de restrição, limitação e colisão de direitos fundamentais. Até a ocorrência de um destes eventos, todas as posições jurídicas estarão na esfera do âmbito de proteção do direito fundamental, sendo até mesmo desnecessário a delimitação do seu núcleo essencial. É em condições de conflito que surge a necessidade de trazer a lume a esfera do direito que não pode ser alvo de intervenções, que compõe o núcleo essencial. Estas assertivas valem para todos os direitos fundamentais processuais.

Distinguir o núcleo essencial do âmbito de proteção não é tarefa fácil. Aliás, como a busca pelo núcleo essencial implica, em determinado momento procedimental, a tomada de decisões subjetivas resultantes da utilização da ponderação de bens e da proporcionalidade como critérios de análise dos limites da restrição ou limitação que se busca aplicar, a descoberta das posições jurídicas que constituem esta esfera mínima são de difícil definição, mormente porque podem sofrer alterações. O núcleo essencial dos direitos fundamentais não é, pois, imutável, devendo ser alvo de constante redescoberta em razão dos valores e interesses contemporâneos ao momento vivido pela sociedade e para a satisfação das necessidades do caso concreto.

Para alguns autores, no âmbito de proteção do devido processo legal (procedimental) encontram-se as garantias constitucionais do processo. Segundo Nelson Nery Júnior, por exemplo, do referido direito derivam a garantia da citação, um julgamento rápido e público, a oportunidade de produção de provas, a ampla defesa, a prerrogativa de não ser processado por supostas infrações cujas leis são posteriores aos fatos, a igualdade entre as partes, a assistência judiciária e o direito de ação. Do princípio do *due process of law* derivariam, ainda, os sub-princípios da isonomia, do juiz e do promotor natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da proibição de provas ilícitas, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais<sup>328</sup>. Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, sob o abrigo do referido direito fundamental processual encontra-se a necessidade de procedimentos adequados e rápidos, a publicidade dos atos processuais, o direito à prova e ao contraditório<sup>329</sup>. Já Eduardo Melo de Mesquita entende que os direitos do acesso à justiça, a garantia do juiz natural, a igualdade processual, o direito à defesa, ao contraditório, à prova e, por fim, a garantia de decisões motivadas são corolários do devido processo legal<sup>330</sup>. A necessidade de procedimentos diferenciados pode também, neste contexto, ser enquadrada em sua esfera de proteção, uma vez que não seria plausível admitir-se a perda de bens ou de liberdade sem um processo e procedimento adequado para tanto, daí a possibilidade e legitimidade de procedimentos, de tutelas e de técnicas diferenciadas à luz das necessidades do direito material. A presença das garantias processuais no âmbito de proteção do devido processo legal, aliás, parece não apresentar maiores divergências, especialmente em razão da eficácia irradiadora dos direitos fundamentais.

---

<sup>328</sup> NERY JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41-43.

<sup>329</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 86-87.

<sup>330</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

Quando se passa ao direito comparado este panorama sofre alterações. No direito alemão há previsão implícita<sup>331</sup> da garantia a um procedimento justo (Verfahren), que implica a proibição de tribunais de exceção, o direito ao contraditório e ao acesso a uma tutela efetiva e rápida, e o direito à publicidade e oralidade dos atos processuais<sup>332</sup>. O mesmo ocorre no direito espanhol, em que o direito a um processo justo orienta e dá sentido uma prestação jurisdicional efetiva e equânime<sup>333</sup>.

As garantias processuais constitucionais, no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se sob o âmbito de proteção do devido processo legal. Ora, se ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem a observância de um processo legal devido, por certo dentro dele encontram-se as garantias constitucionais que compõem o modelo processual estabelecido na Constituição. Não se concebe procedimento legal em desconformidade com os ditames constitucionais. Se tal procedimento ocorresse seria inconstitucional. O modelo processual constitucional informa o legislador na elaboração de um processo e de procedimentos adequados aos direitos fundamentais processuais assegurados pela Constituição. Se por algum motivo isto não ocorresse, cumpriria aos Tribunais adaptar o processo e os procedimentos de modo a permitir que eles pudessem desenvolver-se de forma válida e sem inconstitucionalidades.

O devido processo legal engloba o devido processo constitucional, rendendo-se aos valores e garantias extraídos das normas fundamentais do ordenamento jurídico. No âmbito de proteção do direito fundamental ao devido processo legal procedimental encontram-se, assim, todas as garantias constitucionais fundamentais. Sob outra perspectiva, conjugando-se o âmbito de proteção da dimensão substancial com a dimensão procedimental do devido processo legal, é possível argüir a necessidade de

---

<sup>331</sup> De acordo com Gerhard Walter que o direito a um processo justo é uma dedução do Estado de Direito que não chega a ser elevada à condição de direito fundamental, apesar de ser reconhecido pela Corte Constitucional como uma situação jurídica subjetiva passível de ser exigida pelos cidadãos (In *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-settembre, 2001. Bologna: Cedam. p. 734-740).

<sup>332</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 47-55.

<sup>333</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 64-68.

um processo justo como expressão daquele direito fundamental, distinto axiologicamente do processo legal na medida em que nem toda legalidade reflete uma expressão de justiça. Aliás, não raramente o âmbito de proteção do direito sob uma ou outra dimensão se confundem. Entretanto, por uma opção metodológica e de fundo também, o processo justo e a respectiva prestação da tutela jurisdicional (justa) serão retomados mais adiante quando for tratado o acesso à justiça.

O âmbito de proteção do devido processo legal não é constituído somente pelos direitos fundamentais processuais ou outras garantias asseguradas na Carta Magna. Inúmeras posições jurídicas podem, igualmente, ser situadas dentro de sua esfera de defesa. Regras de competência, princípios processuais não estabelecidos na Constituição e tantos outros dispositivos processuais podem, com o auxílio de uma fundamentação jurídica adequada, ser tratados sob o enfoque do direito fundamental ao devido processo legal.

A norma que estabelece que a execução deve prosseguir pelo modo menos gravoso ao devedor, por exemplo, constitui uma posição jurídica identificável ou situada na esfera de proteção do devido processo legal. Poder-se-ia dizer, assim, que há violação ao *due process of law* quando deferida medida executiva que, não obstante outra medida existente (e com aptidão para alcançar o mesmo objetivo), traga uma carga de onerosidade excessiva ao devedor. Estas posições, entretanto, podem gerar restrições ou limitações legais, como também podem simplesmente ser extraídas do âmbito de proteção por intermédio do mesmo exercício racional que as elevou àquela condição. O núcleo essencial como salvaguarda do direito é a exceção a ser observada nas respectivas intervenções.

De acordo com Canotilho, a tônica que rege o *due process*, em sua dimensão procedimental, encontra-se estabelecida na posição jurídica que confere ao titular dos bens o direito de exigir que a perda dos mesmos ocorra somente mediante um processo especificado em lei<sup>334</sup>. Soma-se a este entendimento a concepção segundo a qual a perda de bens e da liberdade não deve ser concebida sem a observância dos direitos

---

<sup>334</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 482.

fundamentais ou em desacordo com os fundamentos e objetivos do Estado. É inconcebível um processo legal que desrespeite os direitos fundamentais ou que seja incompatível com algum dos elementos constitutivos ou fundamentos constantes do art. 1º da Constituição Federal. Não há processo legal devido, da mesma forma, quando desrespeitada a dignidade da pessoa humana. Não há processo legal devido quando não são atendidos, em nenhum grau, os direitos fundamentais correlatos ao processo. É inadmissível a perda de bens ou da liberdade através de um processo e procedimentos estabelecidos em lei que contrariem aquele conteúdo mínimo garantido constitucionalmente. Há, sim, em todas estas hipóteses, violação do núcleo essencial do devido processo legal, devendo ser declarada (de forma difusa ou abstrata) a inconstitucionalidade, e prejudicada qualquer pretensão de validade, legitimidade e eficácia que se poderia almejar com a intervenção.

Admite-se, outrossim, que um ato que implique na perda dos bens ou da propriedade não realize nenhum direito fundamental processual em seu grau máximo, o que é possível na medida em que tais direitos são aplicados como mandados de otimização que admitem o cumprimento, em diversos graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Deve-se almejar a eficácia máxima possível, admitindo-se limitações ou uma aplicabilidade menor quando há conflito com outros direitos. Entram em cena, aqui, as técnicas da proporcionalidade e da ponderação de bens para resolver conflitos entre direitos fundamentais, de modo a estabelecer uma metódica capaz de apontar até onde a intervenção e o respeito ao núcleo essencial se mostram legítimos. O fato de outros direitos fundamentais se encontrarem no núcleo do devido processo legal não quer dizer que qualquer inobservância a um daqueles direitos culmine na violação de seu núcleo essencial. É violando o núcleo essencial dos demais direitos fundamentais que compõem o devido processo legal que se violará seu próprio núcleo essencial também.

Desta forma, pode-se concluir que, ante a supremacia da Constituição, bem como os elementos e fundamentos do Estado que constam de seu art. 1º, além de um processo estabelecido em lei (e de acordo com o modelo constitucional), constituem o núcleo essencial do direito fundamental do devido processo legal todos os demais

direitos fundamentais processuais, que até mesmo podem ser restringidos, mas jamais serem totalmente anulados.

## CAPÍTULO II – ACESSO À JUSTIÇA

### Seção 1 – O acesso à justiça como direito fundamental principal

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Deste enunciado normativo a doutrina costuma extrair inúmeros direitos e princípios processuais que inspiram o processo civil moderno e servem de base a diversas proposições com o objetivo de melhorar a prestação da tutela jurisdicional. Direito de ação, princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito de acesso à justiça ou à ordem jurídica justa são algumas concepções que lhe são extraídas e que se encontram umbilicalmente ligadas e imbricadas de tal modo que se pode permitir uma análise ao mesmo tempo sistêmica e unitária das diversas posições jurídicas originárias daqueles direitos.

Por razões metodológicas será utilizado o termo *acesso à justiça* dada sua apresentação mais genérica que permite, em razão de sua amplitude, abrigar todas as demais concepções. Esta amplitude dificulta, é claro, a delimitação de um conceito a respeito do direito fundamental de acesso à justiça. O importante, entretanto, é procurar difundir as posições jurídicas que se encontram sob suas vestes ao invés de buscar uma definição apta a estabelecer, por si só, todas as facetas e dimensões que este direito abrange, já que conceitos podem sofrer alterações na medida em que novos valores vão se agregando ao ordenamento jurídico.

No período marcado pelo Estado liberal, como relatam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça era concebido como o “direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”, fruto de um pensamento dogmático e informado por uma igualdade meramente formal (e não material), indiferente, portanto, aos problemas reais<sup>335</sup>. Tratava-se de um direito de ação limitado pela oportunidade de submeter ao Poder Judiciário os conflitos de interesses, e destituído

---

<sup>335</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 9.

de maiores preocupações quanto à qualidade com que a prestação jurisdicional seria realizada.

Já com o advento do Estado Social e o surgimento de toda uma nova classe de direitos, novas orientações levaram o acesso à justiça ao encontro da efetividade e da busca de mecanismos aptos a realizá-lo. A mudança paradigmática que resultou da substituição de uma visão meramente formalista por outra mais substancial, culminou na formação de movimentos reformistas que buscaram (e ainda buscam), no acesso à justiça, o fundamento normativo para uma prestação jurisdicional de maior qualidade e aderente à realidade e desigualdades que se passam no campo material. É neste panorama que a assistência judiciária para os necessitados e os instrumentos para o tratamento e defesa dos interesses difusos e coletivos alcançaram certo desenvolvimento. Garantir, entretanto, o acesso ao Poder Judiciário ou o mero direito de pleitear a intervenção do Estado em situações de crise, não basta. A prestação de uma tutela jurisdicional justa, efetiva, tempestiva, adequada e com a participação efetiva das partes, é a pedra angular de um Estado Democrático e de Direito que tem por fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e que se preocupa em assegurar o exercício dos direitos, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça.

Este enfoque dado ao acesso à justiça<sup>336</sup> - e que propugna por uma constante reconstrução das instituições, mecanismos, mentalidade e procedimentos utilizados, em caráter preventivo ou repressivo, para resolver disputas e conflitos de interesse nas sociedades modernas - orienta os operadores do direito a buscar alternativas e soluções que possam traduzir em uma justiça rápida, eficiente, justa, efetiva e mais próxima da realização do direito material.

Em virtude desta variedade de exigências, mostra-se mais adequado tratar das posições jurídicas no âmbito de proteção do acesso à justiça do que limitá-lo a um mero conceito imutável e insensível às futuras (e atuais) exigências jurídicas e sociais.

Apesar desta imprecisão conceitual, entretanto, parece ser de uma clareza solar que a primeira forma de acesso à justiça reside na imprescindível consciência que se deve ter dos direitos (processuais e substanciais). Para Jorge Miranda, o conhecimento é a primeira forma de defesa dos direitos, sem o qual frustra-se qualquer avaliação racional sobre vantagens e prejuízos ocasionados pela sua fruição ou violação<sup>337</sup>. O direito de informação e a informação sobre os direitos são reflexos do exercício da cidadania. Quanto mais informados estiverem os cidadãos, mais claras e em maior número serão as oportunidades para o cumprimento espontâneo dos direitos ou para a dedução em juízo de pretensões voltadas à sua efetivação judicial. Em sociedades nas quais as pessoas não têm consciência de seus direitos há uma defasagem reprimida de acesso à justiça, tanto em termos quantitativos como qualitativos.

No sentido figurado, trata-se, na verdade, de um universo de consumidores do serviço público de prestação jurisdicional que não conhecem o estabelecimento encarregado de prestar estes serviços, que não sabem se dirigir até ele, e que também desconhecem as constantes violações a direitos dos quais são titulares (o que e por quê pedir). O verdadeiro acesso à justiça começa pelo desenvolvimento da educação e de noções de cidadania, instrumentos mínimos para conferir possibilidades efetivas de conhecimento dos direitos. Somente após será possível falar em acesso à justiça como direito de propor ações em defesa de lesão ou ameaça a direito, ou como prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva ou, ainda, como direito ao estabelecimento de uma ordem jurídica justa. É somente com a consciência e manifestação de interesse na preservação e conquista de direitos que se adquire a cidadania e a condição de consumidor de serviços públicos (a cargo de todos os

---

<sup>336</sup> Conforme José Rogério Cruz e Tucci: “É até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva” (In *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 237).

<sup>337</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. P. 254. Luiz Guilherme Marinoni compartilha do mesmo entendimento, afirmando que o fato de grande parte dos cidadãos não conhecer e não ter condições de conhecer os seus direitos constitui um impeditivo ao acesso à justiça. (In *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 32-34).

Poderes constituídos). Nesta condição se tem um ambiente favorável de exigir mudanças e procedimentos realmente aptos à promoção da justiça.

O acesso à justiça é um direito fundamental do cidadão que, como tal, instiga tanto os Poderes Públicos quanto os particulares de zelar por sua máxima efetividade e aplicabilidade. Mas para isto é importante analisá-lo em sua totalidade, ou seja, é necessário investigá-lo partindo do pressuposto de que ele é um feixe constituído de inúmeras posições jurídicas que demandam máxima concretização, e de um núcleo essencial que não admite restrições.

## Seção 2 – Âmbito de Proteção

Inúmeras posições jurídicas recebem um tratamento normativo a partir do enunciado constante do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Fala-se ora em acesso à justiça, em direito de ação e em inafastabilidade da jurisdição como garantias constitucionais positivadas por força do aludido dispositivo constitucional.

Partindo-se do entendimento de que o citado dispositivo encontra-se formalmente dentro do capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, pode-se afirmar que os possíveis significados ou direitos extraídos de seu enunciado apresentam, potencialmente, uma característica de fundamentalidade marcante que possibilita, também num plano meramente hipotético, um tratamento à luz dos direitos fundamentais.

Dada a possibilidade de tratamento segundo uma teoria constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, do enunciado que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” é permitido extrair todas as posições jurídicas possíveis que, dotadas de fundamentalidade, são importantes para o modelo de Estado e persecução de seus fins. Como assegura Marinoni “a jurisdição e o tema do acesso à justiça devem ser focalizados com base nas linhas do Estado

Democrático de Direito”<sup>338</sup>, o qual, acrescente-se, possui uma relação de interdependência com a Constituição e com os direitos fundamentais, fato que reforça a idéia de que não se trata de discutir qual o melhor significado do acesso à justiça, mas de compreender e buscar operacionalizar todas as possíveis posições jurídicas (que não são exaustivas) que lhe são inerentes e se encontram em sua esfera de proteção.

### Subseção 2.1 – Inafastabilidade da jurisdição

Ao prescrever que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o poder constituinte estabeleceu óbice para a criação de normas jurídicas aptas a impedir o acesso do cidadão à justiça, assegurando-lhe o direito à inafastabilidade da atividade jurisdicional do Estado. Trata-se de uma posição jurídica *jusfundamental* de denso valor e de duplo significado funcional. Numa dimensão objetiva atua no ordenamento jurídico obstaculizando a produção legislativa propícia a extrair do cidadão, de forma compulsória, o direito de submeter à apreciação do Poder Judiciário lesão a direito iminente, continuada ou consumada. Cumpre, outrossim, uma função subjetiva ao outorgar o “direito de exigir do Estado-Jurisdição que desenvolva sua atividade por meio de um processo”<sup>339</sup> quando da afirmação de ocorrência de violação ou ameaça a direito.

Tendo em vista a aplicação como mandado de otimização é possível que a tutela estatal seja prestada dentro de limites fáticos e jurídicos. Dentro desta perspectiva não há inconstitucionalidade, por exemplo, da lei que instituiu a possibilidade de eleição da arbitragem, já que, justamente, ela permite às partes a

---

<sup>338</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 20.

<sup>339</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 74.

escolha<sup>340</sup> desta forma alternativa de solução de conflitos em detrimento do modelo estatal. O exercício da vontade, desde que desenvolvida sem vícios e de acordo com as prescrições legais<sup>341</sup>, permite a renúncia ao direito de inafastabilidade da jurisdição, merecendo também respeito e proteção. O que não pode ocorrer é a exclusão compulsória do direito de acesso à justiça. A opção pela arbitragem impede a aplicabilidade do direito à jurisdição em razão de um limite jurídico estabelecido.

A instituição de custas processuais exageradas e não condizentes com a realidade social ou capacidade econômica da parte, na perspectiva da inafastabilidade da jurisdição, é inconstitucional<sup>342</sup>. Apesar da possibilidade de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, o custo do processo pode constituir um significativo óbice para a realização do acesso à justiça, mormente porque aquele benefício não é extensível indiscriminadamente a todos que procuram o Estado-Juiz. Não há necessidade, apesar de ser desejável, que o processo seja gratuito. Todavia, as custas processuais não podem constituir motivo suficiente para inibir a dedução de pretensões em juízo. A concepção patrimonialista do direito deve ceder lugar a uma racionalidade mais preocupada com a dignidade da pessoa humana e com a realização

---

<sup>340</sup> Como assinala Ovídio Baptista da Silva a “compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito. Ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra a própria vontade, a defendê-lo em juízo” (In *Curso de processo civil*. Volume 1. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 62).

<sup>341</sup> De acordo com a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, somente as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Soma-se a isto a exigência de disponibilidade do direito material objeto do processo, sem a qual a renúncia à jurisdição seria inconstitucional, como afirma Nelson Nery Júnior: “O fato de as partes constituírem convenção de arbitragem, razão por que as partes, quando o celebram, estão abrindo mão da faculdade de fazerem uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral. Terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro, não lhes sendo negada a aplicação da atividade jurisdicional”. (In *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 101).

<sup>342</sup> Neste sentido Roberto Rosas: “No entanto, ainda que não seja qualquer das hipóteses, as custas judiciais podem ser excessivamente elevadas e, portanto, obstativas do acesso; daí a inconstitucionalidade”. (In *Processo civil de resultados*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. Volume 2. São Paulo: Dialética, 2003. p. 109). Tratando do custo do processo como óbice ao acesso à justiça, vide ainda, dentre todos: CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 105.

da justiça, estes sim de importância salutar para a Constituição e, via de consequência, para todo o ordenamento jurídico.

O mesmo ocorre no tocante à exigência de depósitos equivalentes ao objeto do que se discute no processo para a propositura de determinadas ações (como algumas de ordem tributárias)<sup>343</sup>, na obrigatoriedade de recolher valores expressivos para a interposição de recursos<sup>344</sup> ou na previsão de prazos exageradamente exíguos para a prática de atos processuais<sup>345</sup>. Prazos de decadência para o exercício do direito de ação desproporcionalmente curtos também podem significar um injusto e inconstitucional impedimento ao acesso à jurisdição. Ocorrendo tais situações deve o operador do direito realizar o exame da razoabilidade das medidas como forma de averiguar as restrições ao direito de acesso à justiça. A interação entre meio utilizado e fim almejado das normas em jogo se impõe. E mais, através da ponderação dos bens em conflito e mediante a utilização da proporcionalidade, em suas três dimensões, é possível verificar a cada caso concreto (e até mesmo abstratamente) se aquelas práticas restringem ilegitimamente o direito fundamental de acesso à justiça.

Não se deve permitir, enfim, o estabelecimento de barreiras que impeçam as pessoas de submeter à apreciação do Estado-Juiz todas as possíveis e alegadas violações a direito. A metódica estabelecida para o exame de restrições aos direitos

---

<sup>343</sup> Para Nelson Nery Júnior “Constitui negativa de acesso à justiça, com ofensa ao princípio constitucional do direito de ação, condicionar o ajuizamento de ação declaratória ou anulatória de débito fiscal ao prévio depósito do valor do débito, monetariamente corrigido, acrescido dos juros e multa de mora, como dispõe o art. 38 da LEF”. (In *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 107).

<sup>344</sup> O Tribunal Constitucional português, de acordo com Canotilho, “considerou que o direito de acesso à justiça é inconstitucionalmente violado quando se condicionou o seguimento do recurso ao depósito prévio de certa quantia, não tendo o recorrente condições econômicas para satisfazer esse pagamento.” (In *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 489).

<sup>345</sup> Segundo Leonardo Greco são “inadmissíveis, violando a garantia da tutela jurisdicional efetiva: a) limites internos que tornem excessivamente difícil em concreto o exercício da ação ou a marcha proveitosa do processo, como prazos não razoáveis, ônus patrimoniais exagerados (com advogados, perícias, custas, depósitos); b) limites extraprocessuais, sobretudo tributários, que subordinam o acesso à Justiça a fins estranhos ao processo; c) limites substanciais externos, como irrazoáveis prazos de decadência; d) a imposição à parte do ônus de prestar informações ou produzir provas que não estão ao seu alcance; e) a subordinação do direito de postular ou de recorrer à prestação de garantias econômicas” (In *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos Estudos Jurídicos. Revista do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: Univali, 2002. p. 35).

fundamentais constitui uma ferramenta importante para descobrir se a intervenção no âmbito de proteção é ou não constitucional.

## Subseção 2.2 – Direito de ação

O acesso à justiça importa tanto na inafastabilidade da jurisdição como a necessidade do poder de exercício de um direito que se destine a provocar o início desta atividade estatal<sup>346</sup>. Todos aqueles que se sentem ameaçados ou lesados em seus direitos têm o direito fundamental de deduzir suas pretensões em juízo por intermédio da ação<sup>347</sup>. Apesar dos objetivos do processo, o exercício do direito de ação não se vincula ao direito substancial. Basta a afirmação da existência do direito para que o jurisdicionado possa fazer uso do direito fundamental de postular um pronunciamento jurisdicional. Aliás, tanto para o exercício do direito de ação<sup>348</sup> quanto para a utilização dos procedimentos adequados ou diferenciados, a afirmação do direito é suficiente

---

<sup>346</sup> Sobre esta perspectiva vide: COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 59-60.

<sup>347</sup> O direito à prova como um dos aspectos do direito de ação será tratado no capítulo sobre os direitos fundamentais processuais do contraditório e da ampla defesa.

<sup>348</sup> Para Comoglio, Ferri e Taruffo a noção moderna de ação não se exaure em sua simples constitucionalização, mas exige uma série de garantias mínimas inerentes a este direito: “a) *il parallelismo necessario fra l’azione e la difesa nel processo, ovvero la corrispondenza quantitativa (e proporzionale) fra le aree di attività processuale, riservate alle parti in lite, nel nome de una ‘parità delle armi’ che [...] sia capace di assicurare a priori, tanto all’attore quanto al convenuto, eguali chances di successo finale;* b) *l’importanza cruciale del diritto alla prova (o del ‘poter provare’, quale componente insopprimibile del ‘poter agire’), com il riconoscimento della possibilità di far ammettere ed esperire dal giudice tutti i mezzi probatori consentiti (o non vietati) dal sistema, i quali siano rilevanti per la dimostrazione dei fatti dedotti a fondamento delle diverse pretese;* c) *l’inammissibilità, sul piano tecnico, di qualsiasi limite processuale interno, che (attraverso forme condizionate di accesso alla giurisdizione, o com l’imposizione di termini incongrui e di oneri patrimoniali irragionevoli) renda eccessivamente difficoltoso, se non addirittura impossibile, il concreto esercizio dei poteri di azione;* d) *l’inammissibilità assoluta di limiti extraprocessuali (e soprattutto tributari), in forza dei quali l’azione e lê possibilita di tutela siano negativamente condizionate dal perseguimento di fini del tutto estranei al processo;* e) *l’inammissibilità relativa di quei limiti sostanziali esterni, che, subordinando al rispetto di incongrui termini di decadenza l’instaurazione del giudizio, vengano a pregiudicare ab initio l’esercizio del l’azione, così da istituzionalizzare ilo rischio di um esito preconstituito del processo”.* (In *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 61).

para a incidência de todo o aporte instrumental e processual apto, hipoteticamente, a tutelar os interesses pretendidos<sup>349</sup>.

Condicionar o exercício do direito de ação somente aqueles que efetivamente estão amparados pelo direito material seria um retorno indesejável à teoria concreta do direito de ação. A faculdade de demandar é autônoma e incondicionada ao direito substancial. Admite-se até mesmo que o direito substancial condiciona o resultado do processo, ou seja, que a sentença de procedência depende da verificação (material ou formal) do direito. Todavia, isto não equivale ao condicionamento da ação à existência do direito. Permite-se, no máximo, uma investigação provisória e hipotética sobre as afirmativas feitas pelo autor na petição inicial, ou seja, *in status assertionis*. Sob este prisma o direito de ação pode ser limitado juridicamente em diferentes procedimentos, realizando-se em diferentes graus de acordo com as possibilidades jurídicas constantes de normas infraconstitucionais.

Não há inconstitucionalidade, assim, na obrigatoriedade do preenchimento de condições para o exercício da ação, como o interesse processual e a legitimidade das partes. A observância do interesse processual (necessidade e utilidade) e da legitimidade das partes não acarreta numa restrição ao exercício do direito de ação, que ficou assegurado quando se permitiu ao autor a propositura da demanda. O eventual reconhecimento da falta de alguma delas implicará a sentença extintiva do processo em razão da impossibilidade de procedência do pedido sem uma análise do mérito. Ficará novamente a critério do autor a propositura de nova ação, suprimindo as deficiências constatadas.

O mesmo ocorre com os pressupostos processuais. Inconstitucionais, contudo, mostram-se as medidas que subtraem o direito de ação de forma infundada, como as normas que proíbem a propositura de algumas determinadas modalidades de ação ou em face de alguma pessoa específica, ou até mesmo as que submetem o seu exercício a prazos prescricionais e decadenciais desproporcionais ou que passam ao largo da razão

---

<sup>349</sup> Como assevera com muita propriedade Marinoni, a “toda afirmação de direito deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada”, uma vez que o “direito de ação tem como corolário o direito ao procedimento adequado à tutela do direito afirmado, pouco importando se aquele que vai propor a

e do bom senso. Em resumo, não se deve admitir de forma absoluta limites processuais internos, extraprocessuais e até mesmo substanciais ao direito de ação.

Concluindo, o direito de ação encontra-se dentro do modelo processual estabelecido na Constituição, garantindo meios aos particulares e ao próprio Estado de deduzir pretensões, e assegurando a função pública de prestação da tutela jurisdicional (com ou sem julgamento de mérito, julgando procedente ou não os pedidos), quando da afirmação de uma violação ou ameaça de lesão a direito.

### Subseção 2.3 – Tutelas adequadas

Não basta garantir o direito à jurisdição e à ação. Para que o Estado de Direito possa realmente cumprir suas funções, o processo civil e a prestação jurisdicional devem adequar-se aos imperativos de realização dos direitos. Uma prestação jurisdicional incapaz de realizar o direito por falta de adequação entre meio e fins não se coaduna com as exigências do processo civil, como também não auxilia no alcance dos objetivos de um Estado de Direito que tem como valores supremos a justiça, a busca pela solução das controvérsias e a promoção do bem de todos, dentre outros de igual ou não menor importância. A partir do momento em que a Constituição Federal assegura o direito fundamental a uma tutela jurisdicional contra a ameaça ou lesão a direito, é certo que ela deve se pautar em critérios que realmente guardem adequação para resolver todas as situações conflituosas que importarem em lesões ou ameaças aos diversos direitos. Nem sempre é possível tutelar da mesma forma um direito individual à reparação de danos causado em acidente de trânsito e um direito difuso visando à proteção ambiental de danos futuros e iminentes, somente para citar como exemplo.

Para evitar redundância, não se repetirá tudo o que foi dito sobre o processo civil como instrumento ou método para a solução dos conflitos e para a realização dos direitos. Parte-se de uma perspectiva a partir do que lá ficou consignado e do dever

estatal de fornecer procedimentos, instrumentos e provimentos processuais adequados para tutelar os mais diversos direitos, sem exceção. Este comportamento jurídico encontra-se sob o âmbito de proteção do direito fundamental do acesso à justiça, reclamando por um máximo aproveitamento de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Acrescente-se que a concepção do entendimento constitucional de tutela, no que tange ao acesso à justiça e ao direito de ação implica, como deduzem Comoglio, Ferri e Taruffo, a possibilidade de obter do juiz um provimento adequado à natureza da situação subjetiva tutelável, com elasticidade e diversidade de formas de tutela em razão das características variáveis dos direitos ou interesses deduzidos na ação e na relevância garantística das formas de tutela jurisdicional em prol de uma proteção concreta máxima possível<sup>350</sup>.

Assim, o direito processual civil deve ser concebido à luz da relação jurídica material, devendo suas questões maiores buscar soluções nos dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula<sup>351</sup>. A construção de um sistema processual eficaz depende, fundamentalmente, da verificação das necessidades no plano material, cabendo aos Poderes Públicos, inclusive ao Judiciário, concretizar o direito fundamental do acesso à justiça através de uma atividade de reconstrução contínua e aberta dos institutos e procedimentos processuais, da natureza de seus provimentos, dos meios executórios para a realização dos direitos e das diferentes modalidades de cognição<sup>352</sup>.

Para ilustrar, o Código Civil brasileiro tem seus alicerces baseados em noções patrimoniais<sup>353</sup>. Dada esta característica, o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação primitiva, acompanhou o direito civil assumindo uma conotação igualmente

---

<sup>350</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 63.

<sup>351</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

<sup>352</sup> “O princípio da inafastabilidade garante a tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito substancial” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 113). Sobre a cognição como técnica para a construção de tutelas diferenciadas vide: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 2000.

<sup>353</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 75.

patrimonialista. Seus institutos e procedimentos, na maioria, foram elaborados à luz de necessidades que fossem ou pudessem se converter em pecúnia. A questão que se abriu em determinado momento passou a colocar em xeque o fato de o processo civil, para cumprir suas funções, estava preparado ou não para tutelar de forma adequada os direitos que ressurgiram com fôlego a partir da constitucionalização e despatrimonialização do direito civil, ou mesmo do surgimento de tantos outros novos direitos umbilicalmente ligados a outros ramos jurídicos. Direitos como a honra, a imagem, a vida privada, a dignidade humana, a integridade e a igualdade, apesar de não apresentarem um conteúdo diretamente patrimonial, também precisam ser tutelados de forma adequada, sob pena, não só de tornar letra morta o inciso XXXV do art. 5º da Constituição<sup>354</sup>, como também de desfigurar a própria concepção de Estado de Direito. O mesmo princípio deve valer para os bens ambientais.

Neste contexto, e levando-se em conta o que se passa no caso concreto, a tutela hipoteticamente mais adequada para tratar dos direitos não patrimoniais é a que se propõe a preservá-los, impedindo o ilícito ou a violação do direito. Isto porque a partir do momento em que o direito já tiver sido violado, a eventual tutela a ser prestada passaria a ser ressarcitória. Encontrando-se na iminência de sofrer uma lesão, por exemplo, à sua privacidade ou imagem, somente uma tutela genuinamente preventiva é que poderia assegurar, de forma adequada, a manutenção do *status quo*. Violada a privacidade ou a imagem, neste exemplo, estar-se-ia diante de uma situação fática que poderia servir de causa de pedir para o exercício de pretensão reparatória visando uma compensação pelos danos causados, substituindo o direito originário por um direito (derivado) de crédito presumivelmente equivalente ao dano verificado<sup>355</sup>, o que seria uma tutela inadequada do ponto de vista dos interesses daqueles direitos sem conteúdo patrimonial direto. Salvo em hipótese de continuação ou repetição do ilícito, as violações dos direitos não patrimoniais, em sua maior parte, acabam se resolvendo

---

<sup>354</sup> Entendendo a tutela adequada como corolário do direito de ação Nelson Nery Júnior é enfático: “Nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. A lei infraconstitucional que impedir a concessão de tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação” (In *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 101).

em perdas e danos, garantindo apenas a integridade patrimonial dos direitos, mas não a preservação de seus autênticos efeitos e fins. Em outras palavras, a violação do direito não patrimonial culmina na patrimonialização de um direito que não tem, e nem pode ter, esta conotação. Como bem ressaltam Cappelletti e Garth “novos direitos freqüentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exeqüíveis”<sup>356</sup>. A universalização de um único procedimento para todos os processos não é assegura o acesso à justiça.

É através da tutela preventiva que se pode tutelar de forma mais adequada e eficiente os direitos não patrimoniais, impedindo que sejam transformados em pecúnia através de uma inconcebível expropriação dos direitos fundamentais para a vida humana<sup>357</sup>. A Constituição assegura a prestação jurisdicional tanto às lesões ao direito já consumadas quanto às que se encontram ainda em condição de ameaça. As características dos direitos sem conteúdo patrimonial, como os direitos da personalidade, exigem mecanismos efetivos para sua preservação<sup>358</sup>.

Até recentemente os processualistas não concebiam uma tutela processual apta a impedir a ocorrência do ilícito de um modo geral e, mais propriamente, a violação dos direitos não patrimoniais. A ação cominatória, o mandado de segurança preventivo (quando o ato fosse praticado por autoridade pública), o interdito proibitório (ligado à posse) e a ação cautelar (que é destinada a assegurar o resultado útil do processo, e não do direito material propriamente dito), constituíam praticamente os únicos instrumentos para impedir a ocorrência do dano. Somente com a reforma do Código de Processo Civil, levada a efeito principalmente a partir de 1994, é que foram incorporadas ao ordenamento ferramentas para a tutela dos direitos não patrimoniais, como a tutela antecipatória e a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer.

---

<sup>355</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória – individual e coletiva*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 28.

<sup>356</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 69.

<sup>357</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória – individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 14.

<sup>358</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 94.

É por intermédio destes novos instrumentos postos à disposição dos cidadãos e da Justiça que se tornou possível construir tutelas capazes de assegurar os interesses do direito substancial. No que tange ao direito à saúde, Pietro Perlingieri reconhece na ação inibitória o instrumento, no direito italiano, que serve de remédio preventivo contra os ilícitos que não pressupõem a existência de um dano pecuniário atual, mas a violação de determinado bem ou valor<sup>359</sup>. Na Argentina, Ricardo Luis Lorenzetti, em obra sobre os fundamentos do direito privado, também anuncia o surgimento, no direito civil, da tutela inibitória como instrumento para prevenir o dano antes que ele se produza<sup>360</sup>.

A tutela inibitória, aqui é citada como exemplo da importância de uma tutela adequada enquanto posição jurídica sob o âmbito de proteção do direito fundamental de acesso à justiça, é uma espécie de tutela preventiva que tem por objetivo impedir a prática, a continuação ou repetição do ilícito (quando este for de forma continuada), voltada, portanto, para o futuro. Por atuar preventivamente consegue garantir a integridade do direito em si, ao contrário da tutela ressarcitória que só assegura a integridade patrimonial dos direitos. Utilizando-se da técnica do art. 461 do Código de Processo Civil, o juiz, através de decisão de cognição sumária, e posteriormente através de sentença de cognição exauriente, impõe um não fazer, ou um fazer, conforme a violação temida possa hipoteticamente ocorrer comissiva ou omissivamente, valendo-se, se entender necessário, de qualquer medida coercitiva para o seu cumprimento, como a imposição de multa, busca e apreensão, etc.

Prevenir o ilícito, sem sombra de dúvida, é melhor do que repará-lo, seja do ponto de vista jurídico, social ou político. Entretanto não basta a simples previsão de uma técnica ou de um instrumento para a utilização das tutelas preventivas. Por se tratar de ações voltadas para o futuro, há, sem dúvida, outras dificuldades que decorrem naturalmente da estrutura do Código de Processo Civil e da formatação de

---

<sup>359</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 171.

<sup>360</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 337.

seus procedimentos, estruturado originariamente para tratar de ações voltadas para o passado e para a resolução de conflitos de ordem patrimonial.

Há que se fazer, pois, uma releitura do processo civil à luz do direito fundamental do acesso à justiça e da necessidade de tutelas adequadas e aderentes à realidade e necessidades do direito material como medida de conformação e concretização, não só do direito fundamental processual, como também, indiretamente, do próprio direito material.

Para melhor esclarecer a questão, a cognição judicial na ação inibitória está limitada à ameaça da prática de um ato futuro e sua respectiva ilicitude, independente da ocorrência do dano. Como a ilicitude de um ato não depende de prova, mas sim de um juízo do magistrado que o analisará segundo a ordem jurídica, o objeto da prova nas ações preventivas é a ameaça ou o receio de lesão. Como esta ameaça está normalmente ligada a atos futuros, os fatos constitutivos do direito do autor acabam sendo representados pelo conjunto de fatos indiciários que permitam concluir se um fato futuro poderia ocorrer. A análise que se faz, assim, está no campo da mera probabilidade da ocorrência do ilícito, e a decisão utiliza-se de raciocínio meramente presuntivo. Em alguns casos, todavia, esta prova é de difícil ou impossível produção. Em outros casos, o próprio requerido ao qual se imputa a ameaça do ato ilícito pode simplesmente negar esta possibilidade. Além disto, normalmente a tutela preventiva necessita de um provimento cognitivo urgente. Apesar do processo civil dispor de alguns mecanismos próprios para tal desiderato, como a tutela antecipatória e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, os contornos destes institutos, vez por outra, continuam sendo trabalhados com uma mentalidade aplicável às ações voltadas para o passado, o que é inadequado, ou sob as vestes de procedimentos inadequados para a tutela dos diferenciados direitos. Bedaque tem razão em afirmar que é obrigação do Estado disponibilizar meios adequados para a satisfação dos direitos, residindo exatamente aqui a missão do processualista: procurar adequar o sistema processual às

necessidades do direito material, que demanda por respostas cada vez mais rápidas, sem, com isso, desprezar as posições dos demais sujeitos da relação processual<sup>361</sup>.

A possibilidade normativa e conformadora dos direitos fundamentais, no entanto, se não vier acompanhada de um estudo crítico<sup>362</sup>, de uma reforma do aparelho judicial e, sobretudo, de uma mudança no modo de olhar o processo<sup>363</sup> e sua correlação com a Constituição e com os direitos fundamentais, será insuficiente.

Resumindo: a prestação jurisdicional deverá se conformar às exigências do direito substancial para obtenção de um resultado útil no cumprimento do direito fundamental de acesso à justiça que, por constituir um mandado de otimização, exige um aproveitamento de toda sua capacidade possível, desde que em harmonia com os demais direitos fundamentais processuais, o que pode ser alcançado mediante a aplicação da proporcionalidade e da ponderação dos bens que estão em jogo em cada caso concreto.

#### Subseção 2.4 – Efetividade processual

Efetivar é tornar real, é satisfazer. Existe processo efetivo onde o direito material da pessoa se realiza em sua plenitude, assegurando tudo aquilo e exatamente

---

<sup>361</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 75-77. E do mesmo autor, e com o mesmo teor: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 165-168.

<sup>362</sup> Sobre as tendências do acesso à justiça vide: CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 75.

<sup>363</sup> Quando escreveu a respeito da instrumentalidade do processo, Dinamarco já alertava: “Ora, é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções (“toda decepção é muito triste”)., nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, hão de participar o processualistas e o juiz e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional mas decidida mudança de mentalidade. É preciso implantar um novo “método de pensamento”, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigentes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor” (In *A instrumentalidade do processo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 271).

aquilo que o titular do direito obteria caso ele fosse observado e cumprido voluntariamente<sup>364</sup>.

Mecanismos processuais adequados para tutelar o direito material representam meio caminho andado para a efetividade. Uma tutela processual adequada serve de instrumento para a imprescindível e almejada satisfação do direito<sup>365</sup>. Trata-se uma efetividade institucional, onde o ordenamento jurídico dispõe das ferramentas necessárias e aptas para o alcance dos objetivos do processo. A efetividade, entretanto, nem sempre se confunde com a adequação<sup>366</sup>, apesar de estarem imbricadas de tal forma que, às vezes, uma acaba levando à outra. Em alguns momentos o operador do direito e o magistrado se valem das ferramentas mais aptas para tutelar o direito sem conseguir, ao final, apresentar um resultado eficaz e que proporcione à parte tudo aquilo e exatamente aquilo a que ela teria direito. Em outros casos, a subutilização do instrumental fornecido pelo ordenamento jurídico acaba impedindo que o resultado almejado se produza. Há, assim, uma eficácia concreta que também deve ser perseguida. A adequação instiga o operador a buscar o instrumental mais apto às exigências dos direitos. Já a efetividade se preocupa com o plano da eficácia, com a satisfação dos interesses tutelados. Enquanto na primeira prepondera uma mediação entre objetivos perseguidos e meios utilizados, na segunda se comparam os objetivos perseguidos com os resultados apresentados.

---

<sup>364</sup> Pertinentes e adequadas a esta máxima Chiovendiana as palavras de Eduardo Melo de Mesquita: “efetividade é o resultado de uma relação, *mutatis mutandis*, entre dividendo e divisor, existente, respectivamente, entre uma situação protegida pelo Direito que se encontra plenamente intacta, e a mesma situação, uma vez violada ou sobre ameaça, necessitando de meios idôneos para evitar ou recompor a lesão. Quanto mais próxima da unidade estiver o resultado da relação entre os dois fatores, tanto mais efetiva terá sido a tutela” (In *As tutelas cautelares e antecipadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60).

<sup>365</sup> Como afirma Marinoni, “Um procedimento que desconsidera o que se passa nos planos do direito material e da realidade social, obviamente, não poderia propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, pois a efetividade da tutela jurisdicional depende da predisposição de procedimentos adequados à tutela dos direitos e somente é possível a construção de tutelas jurisdicionais adequadas olhando-se de fora para dentro, ou seja, a partir do plano do direito material” (In *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 30).

<sup>366</sup> De acordo com Bedaque a “efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*); têm a seu dispor meios adequados (*effettività tecnica*) para a obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material (*effettività oggettiva*)”. (In *Tutela cautelares e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 72-73).

Neste contexto, a efetividade se sobressai como posição jurídica no âmbito de proteção do acesso à justiça, pois é plenamente recomendável que o resultado da atividade jurisdicional seja eficaz quanto à realização, preservação e concretização dos direitos. Não se deve perder de vista que compete ao Estado o monopólio jurisdicional, e que a ineficácia dos resultados atesta uma presunção ou de ineficiência de seus serviços ou de inadequação dos meios utilizados, ambas, porém, em violação ao direito de acesso à justiça.

As figuras do juiz, do advogado e dos serventuários são de significativa importância para que o processo afigure resultados eficazes. Ao juiz compete não só dirigir o processo, mas atuar de forma firme e ativa em busca da realização da justiça. Há de se conferir poderes mais amplos principalmente aos juízes que atuam no 1º grau de jurisdição, conferindo maior legitimidade às suas decisões. A previsão de efeito suspensivo como regra nas apelações acaba por transformar o magistrado *a quo* em mero instrutor da causa, com a sentença produzindo eficácia tão somente no que tange à determinação de quem se encarregará do ônus do recurso e pagamento do preparo. Ao advogado não compete somente o patrocínio dos interesses de seu cliente, mas também o dever de agir dentro de padrões éticos e com boa-fé. Inspirados pelo princípio da eficiência administrativa, devem os serventuários, por sua vez, buscar uma otimização de suas funções cientes de que a realização da Justiça também deles depende.

Não basta a decisão judicial reconhecer o direito. É preciso que o conteúdo seja observado ou cumprido de modo a permitir que o direito se realize. Exemplificativamente entra neste quadro o procedimento residual para tutelar as crises de adimplemento de obrigações que envolvam pagamento pecuniário. Segundo o estatuído no Código de Processo Civil, quando o credor dispuser de título líquido, certo e exigível, e dotado de eficácia executiva, deverá fazer uso da ação de execução forçada para a expropriação de bens do devedor e satisfação da obrigação. Dispondo de prova escrita sem eficácia de título executivo nas pretensões de pagamento de soma em dinheiro ou de entrega de coisa fungível ou de bem móvel, poderá manejar ação

monitória<sup>367</sup>. Não dispondo de título executivo, nem de prova escrita sem eficácia de título executivo, restará ao credor a ação de conhecimento com cunho condenatório.

Este tipo de ação esgota-se com a sentença final transitada em julgado. Para o adimplemento da obrigação deverá o credor aguardar um ato próprio e voluntário do devedor (pagamento), ou propor outra ação (de execução), iniciando-se aí um novo processo objetivando a expropriação de bens do devedor para conversão em dinheiro. O legislador do Código de Processo Civil de 1973 preferiu adotar a técnica da condenação-execução como um mecanismo adequado e eficaz para resolver os conflitos daquela ordem. De um modo geral, pode-se afirmar que não há uma correspondência entre os objetivos pretendidos e os fins apresentados por uma decisão final condenatória. Ao propor uma ação visando o pagamento de soma em dinheiro, o autor quer o recebimento da pecúnia. Não lhe basta a coisa julgada, como também não lhe basta o simples reconhecimento de seu direito por sentença. Numa perspectiva interna, a tutela condenatória não se coaduna com a moderna interpretação dos princípios da efetividade e do acesso à justiça, pois não tem o condão de satisfazer, por si só, no mundo dos fatos, o titular do direito.

Do mesmo modo alguns direitos demandam uma proteção preventiva ou realização urgente. O processo demanda um tempo que nem sempre a parte pode aguardar, sob pena de simplesmente lhe ser impingida a subtração do próprio direito. Outros direitos, como aqueles sem conteúdo patrimonial, necessitam às vezes de uma tutela rápida, sob pena de uma forçada conversão pecuniária que em nada guarda consonância com os fundamentos e objetivos do Estado de Direito, repisando-se aqui aquilo que já foi escrito no tópico anterior quanto às tutelas adequadas.

A efetividade da jurisdição demanda prestação jurisdicional expedita e eficaz, incluindo a concessão de tutelas de urgência e juízos de cognição sumária<sup>368</sup>,

---

<sup>367</sup> No procedimento monitório há duas fases distintas. Expedido o mandado de pagamento ou de entrega da coisa, poderá o réu oferecer embargos que suspendam o mandado inicial. Inaugura-se, com a interposição dos embargos, a fase de conhecimento do processo. Se os embargos não forem opostos ou, se opostos, forem rejeitados, converte-se de pleno direito o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se no mesmo processo os atos de penhora e expropriação de bens (art. 1102a, 1102b, 1102 do CPC).

determinando aos Poderes a otimização do direito ao acesso à justiça e a busca por uma correspondência entre as realidades almejada e estabelecida processualmente, substituindo, se necessário, paradigmas e dogmas na condução, administração e julgamento dos processos.

### Subseção 2.5 – Prestação jurisdicional tempestiva

Nem toda prestação jurisdicional tempestiva é eficaz, porém toda prestação jurisdicional, para ser eficaz, precisa ser tempestiva.

O tempo do processo tem sido muito discutido no direito processual civil<sup>369</sup>. Nunca se escreveu ou se deu tanta importância à duração do processo como nos dias de hoje, principalmente naqueles Países em que a duração dos litígios foge do razoável, como no caso do Brasil. Parafraseando notória expressão das academias de direito, a prestação tardia da justiça nada mais é do que injustiça qualificada.

Segundo a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, o Poder Judiciário que não cumpre com suas funções dentro de *um prazo razoável* é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível<sup>370</sup>. Segundo Luiz Guilherme Marinoni a “morosidade gera descrença do povo na justiça; o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento de sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência”<sup>371</sup>. Em outras palavras, a duração desmedida do tempo do processo, além de violar o acesso à justiça, desrespeita a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>368</sup> MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Efetividade da jurisdição e princípio da eficiência na administração pública*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. Volume 3. São Paulo: Dialética, 2003. p. 87.

<sup>369</sup> Sobre o assunto vide: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>370</sup> Neste sentido: CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1988. p. 20-21.

<sup>371</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 32.

É claro que a duração do processo esbarra em uma série de problemas de difícil solução e que nem sempre se apresentam de modo uniforme. Concluir definitivamente sobre as razões que determinam a ineficiência de um sistema judicial por não prestar uma tutela tempestiva seria imprudente sem uma análise aprofundada de dados e números que representassem a realidade operativa nos diferentes órgãos do Poder Judiciário. A extensão continental do Brasil, por sua vez, e a incrível miscigenação de costumes desautorizam afirmar que as causas da morosidade da Justiça são as mesmas em todo o País. A própria estrutura funcional e financeira são diferentes nos diversos Estados da Federação.

Atendendo um critério meramente exemplificativo, é possível, contudo, a identificação de alguns pontos de estrangulamento do processo entre outras deficiências operacionais que definem, de um modo geral, a ineficiência do Judiciário. O número insuficiente de juízes, a gestão das serventias, normalmente ultrapassada e sem instalações físicas adequadas às reais necessidades, principalmente na Justiça de 1º grau, denunciam uma estrutura administrativa deficiente. O número limitado de recursos humanos, de juízes e serventuários, se confrontado com o crescente aumento do número de processos, colocam teoricamente em xeque a qualidade dos serviços e das decisões judiciais. A implantação e o estímulo a programas de constante aperfeiçoamento para administrar a escassez de material humano e de tempo, o aprimoramento de conhecimento e de técnicas de gestão (não somente para aqueles que dirigem os órgãos do Poder, mas para todos os juízes e serventuários), são medidas necessárias para a melhoria qualitativa do serviço prestado.

Não adianta o legislador, por exemplo, instituir uma audiência preliminar com a finalidade de conciliação, saneamento e fixação de pontos controvertidos, ou mesmo a previsão de antecipação de tutela como mecanismo de distribuição do ônus do tempo do processo, sem que os juízes entendam a utilidade, amplitude e efetiva aplicação que se lhes deve oferecer. O comportamento dos litigantes e a complexidade do assunto

tratado na causa também são fundamentais para apreciar se processo se desenvolveu dentro de um espaço de tempo razoável<sup>372</sup>.

A criação de mecanismos processuais aptos à evolução do direito material, e com vistas a outorgar uma maior efetividade ao processo, sem perder o valor da segurança jurídica, também são necessários. Quanto a este ponto os juristas brasileiros são testemunhas do empenho e das grandes inovações formuladas e conquistadas na última década. Mas propostas não bastam. De nada adianta a fixação de prazos no Código de Processo Civil sem a imposição de sanções para o descumprimento. É preferível a omissão de prazos a seu constante descumprimento. A (in)tempestividade deve ser auferida de acordo com a realidade e segundo a razoabilidade, pois assim como seria demais exigir, no Brasil, uma prestação jurisdicional nos padrões norte-americanos<sup>373</sup>, injusto seria permitir uma dilação ilimitada do tempo de duração do processo. Somente sob o prisma da razoabilidade, e com o exame, como já dito, da complexidade do assunto em causa, do comportamento dos litigantes e da atuação do órgão jurisdicional, é que se faz possível emitir um juízo de valor sobre uma desproporcional e indevida dilação do processo, cujos danos podem ser suportados até mesmo pelo próprio Estado, na medida<sup>374</sup> de sua participação<sup>375</sup>.

---

<sup>372</sup> Neste sentido a orientação da Corte Européia no que tange à apreciação da duração dos processos, como retrata Giuseppe Tarzia: “*La Corte europea há ritenuto che, per il rispetto della garanzia del ‘termine ragionevole’, occorra tener conto di entrambe le fasi – di conizione e di esecuzione – soppesando, in questa valutazione complessiva, tutti gli elementi da essa individuati: la complessità del caso, che può verificarsi anche in materia esecutiva, specialmente di fronte alle integrazioni del titolo per la determinazione delle modalità delle esecuzione in forma specifica; il comportamento dell’istante, che abbia prolungato la durata del procedimento; il comportamento delle autorità nazionali*” (In *Il giusto processo di esecuzione*. Rivista di Diritto Processuale. Aprile-Giugno 2002. Padova: Cedam. p. 349). Vide ainda, sobre este ponto: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 239.

<sup>373</sup> Segundo Cruz e Tucci a *American Bar Association* publicou pesquisa apontando que um processo tem duração razoável: a) nos casos cíveis em geral 90% dos processos são iniciados e concluídos dentro de 12 meses e os 10% restantes, excepcionalmente, em 24 meses; b) nos casos perante os juizados especiais os processos forem finalizados no prazo máximo de 30 dias de seu início. (In *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 249).

<sup>374</sup> Somente na medida de sua responsabilidade, pois, como já foi dito, as partes podem ser também responsáveis pela dilação indevida do processo. Enrique García Pons, auxiliando-se de dados jurisprudenciais, faz menção a diversas situações de responsabilidade das partes e cujo tempo deve ser descontado do período total do processo: “*En el de solicitudes del proprio recurrente de aplazamientos injustificados de audiencias em el procedimiento. En el de reiteradas peticiones de*

O prenúncio de uma Justiça mais rápida e eficiente, e em razão disso mais legítima, só será factível depois das mudanças necessárias<sup>376</sup>, tanto no âmbito estrutural, financeiro e comportamental, quanto no de mecanismos processuais mais efetivos. A execração das dilações indevidas no processo, entretanto, não pode fulminar com os demais direitos fundamentais. Processo rápido não equivale a processo sem garantias, cuja inobservância reproduz injustiça tão danosa quanto a própria intempestividade<sup>377</sup>.

Neste contexto, a tempestividade como uma posição jurídica sob o âmbito de proteção do direito fundamental do acesso à justiça cumpre um importante papel, possibilitando uma maior conformação dos atos judiciais (no sentido de procurar atribuir uma eficácia máxima a tal direito), sob a incumbência de todos os Poderes e de todas aquelas pessoas com participação no processo. Essas medidas esbarram, obviamente, nas existentes e sólidas limitações no campo fático, principalmente de falta de estrutura e recursos, como também em limitações jurídicas, pois nem sempre é possível ou seguro prestar uma tutelar tempestiva. Nada disso deve constituir obstáculo intransponível à realização do próprio acesso à justiça, devendo o operador do direito, como já mencionado, valer-se dos critérios de ponderação e de

---

*reenvio. En el frecuentes câmbios de abogados. En el de multiplicidad de incidentes de procedimiento. En el de no presentarse injustificadamente a revisiones médicas. En el de no personarse ante el Tribunal competente estando debidamente citado. En el de recusaciones reiteradas. En el de iniciativas manifestamente obstruccionistas. En el de fuga del imputado. En el de no ejercicio razonablemente diligente de los propios derechos procesales que son responsabilidad de las partes em la conducción del proceso” (In *El periodo a considerar en el derecho a um juicio justo*. Revista de Derecho Procesal. Madrid: Rustica, 2001. p. 179-180).*

<sup>375</sup> Sobre a possibilidade de medidas ressarcitórias, em face do Estado, pelos danos sofridos pela duração indevida do processo vide: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 105-110. SACCUCCI, Andrea. *In tema di durata ragionevole dei processi (a margine di una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura)*. Rivista di Diritto Processuale. Gennaio-Marzo 2000. Padova: Cedam. p. 210-221.

<sup>376</sup> Como assinala Nicolò Trocker “*L’efficienza del processo, notavamo, postula azitutto la possibilita di disporre di efficienti sevizi di base: di mezzi materiali ma anche di ausiliari da porre al servizio degli operatori e da questi ultimi da gestire al meglio*” (In *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giugno 2001. Milano: Giuffrè. p. 406).

<sup>377</sup> Pertinente a afirmação de Canotilho, quando diz que a “aceleração da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta”. (In *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 487).

proporcionalidade na busca de uma harmonização e otimização dos diversos direitos que acabam se confundindo na procura por uma Justiça mais expedita e eficiente.

### Subseção 2.6 – Processo justo

A idéia de um processo justo vem se disseminando com rapidez em inúmeros ordenamentos jurídicos nacionais. Uma recente reforma da Constituição Italiana, por exemplo, incorporou ao seu texto um enunciado normativo que assegura explicitamente a garantia de um processo justo<sup>378</sup>.

Apesar da inexistência da expressão “direito a um processo justo” na Constituição brasileira, parece ser possível identificar a referida garantia no âmbito de proteção do direito fundamental do acesso à justiça. Se a jurisdição não deve permitir lesão ou ameaça de lesão a direito, e se há a garantia daí decorrente, de uma tutela processual destes direitos, seria inadmissível aceitar que o desenvolvimento da atividade jurisdicional se realize de forma injusta. Mas qual seria o conteúdo de um processo justo?

Segundo Bedaque, processo justo é aquele concebido politicamente pela Constituição como o instrumento que a sociedade entende por necessário para assegurar uma adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios<sup>379</sup>. Processo justo, portanto, não é aquele positivado com tal denominação, mas aquele desenvolvido com respeito aos direitos fundamentais processuais e à Constituição de

---

<sup>378</sup> Como afirma Trocker: “*Il 7 gennaio 2000 è entrata in vigore la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 intitolata ‘inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111 della costituzione’.* [...]il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile, saranno gli enunciati distribuiti sui primi due commi: ‘La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata’”. (In *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giugno 2001. Milano: Giuffrè. p. 381). Sobre o justo processo civil na Itália e no direito comparado vide: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*. Rivista do Diritto Processuale. Luglio-Settembre 2002. Bologna: Cedam. p. 702-758.

<sup>379</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 59.

um modo geral<sup>380</sup>. O resultado é importante. A justiça na decisão, porém, é identificável mais pela análise do procedimento adotado pelo juiz em sua elaboração do que pelo exame do conteúdo propriamente dito. É comum que a decisão cause uma sensação de injustiça e de frustração à parte derrotada. O conformismo, entretanto, pode ser encontrado (ao menos por alguns) mediante a constatação de que o processo observou todas as garantias pertinentes à espécie (principalmente as constitucionais) e de que a decisão se pautou em uma fundamentação coerente, jurídica e razoável, ou seja, dentro do livre convencimento motivado.

Ao escrever sobre a justiça nas decisões, Michele Taruffo afirma que deve haver coexistência e observância cumulativa de três etapas distintas: a) correta escolha da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) apuração racional e verdadeira dos fatos relevantes do caso; c) emprego de um procedimento válido e justo para a obtenção da decisão<sup>381</sup>. Segundo o autor, nenhuma decisão pode ser reputada justa quando fundada em norma jurídica inaplicável ao caso, ou em interpretação inválida ou incorreta da regra jurídica. Do mesmo modo, o procedimento pelo qual o juiz extrairá sua decisão também deve revestir-se de todos os requisitos mínimos que possam assegurar às partes a zela das garantias processuais fundamentais (contraditório, imparcialidade, etc.), através de um raciocínio juridicamente válido e razoável. Quanto aos fatos relevantes da causa, não haveria como se outorgar o qualificativo de justiça às decisões fundamentadas em fatos inexistentes, ou cuja reconstrução se deu erroneamente. A própria aplicação da norma ao caso concreto, nestes moldes, será arbitrária, pois incidente em suporte fático diferente daquele previsto na própria norma<sup>382</sup>.

---

<sup>380</sup> “Giusto non è qualunque processo che si limiti ad essere ‘regolare’ sul piano formale. Giusto è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi dalla collettività.” (TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giugno 2001. Milano: Giuffrè. p. 386)

<sup>381</sup> TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Número 2. Giugno 1997. Milano: Giuffrè Editore. p. 319.

<sup>382</sup> TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Número 2. Giugno 1997. Milano: Giuffrè Editore. p. 320.

A questão da justiça nas decisões, como lembra Marinoni, busca apoio na existência de um juiz participativo e sensível aos valores do seu tempo, não somente quando decide, mas ao apreciar a prova, enquadrar fatos, normas e categorias jurídicas quando interpreta o direito<sup>383</sup>.

O devido processo legal (e constitucional) e o acesso à justiça implicam um processo justo que, por sua vez, implica a observância concreta daqueles e dos outros direitos fundamentais processuais<sup>384</sup>, sem prejuízo da necessária conjugação com os ditames do Estado de Direito e demais fundamentos e valores constitucionais. O processo integra a ordem jurídica de uma sociedade. Assim, não há ordem jurídica justa sem a observância e existência de um processo justo.

Ao reclamar a observância de todos os direitos fundamentais, sem distinção, exige-se do legislador, como do operador do direito, sensibilidade para harmonizar as diversas posições jurídicas sob o âmbito de proteção destes direitos, e ousadia para alcançar uma concretização otimizada. Neste processo de harmonização e de concretização, devem o juiz e o legislador se imbuir da missão de promover os ajustes e conformações necessárias, tanto na decisão judicial, a cargo do primeiro, quanto na elaboração de normas procedimentais e de tutelas adequadas para tratar com efetividade os diferenciados direitos, tudo mediante o uso das técnicas da ponderação e da proporcionalidade. Advirta-se, contudo, que o próprio grau de generalidade dos direitos fundamentais implica uma elasticidade na aplicação e formatação do direito fundamental a um processo justo, podendo variar segundo o caso que está sendo tratado mediante uma argumentação jurídica consistente e *jusfundamentalmente* adequada, preservando-se sempre o núcleo essencial dos direitos.

---

<sup>383</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo : Malheiros. 1996. p. 71.

<sup>384</sup> Como se pode auferir do artigo de Luigi Paolo Comoglio, o conteúdo do direito ao processo justo no direito comparado costuma tratar, com uma ou outra exceção, das mesmas garantias processuais constitucionais previstas no texto fundamental brasileiro, como o direito de ação e ao contraditório, de igualdade das partes, do juiz natural, da publicidade, da independência dos juizes, incluindo, entre outras, até aquelas que exigem uma fundamentação mais ampla, como a duração razoável do processo ou a tempestividade da tutela jurisdicional. (In *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*. Rivista do Diritto Processuale. Luglio-Settembre 2002. Bologna: Cedam. p. 702-758).

### Seção 3 – Núcleo Essencial

Quais posições jurídicas fazem parte do núcleo essencial do acesso à justiça? Quais direitos compõem aquele mínimo indispensável à própria compreensão do acesso à justiça? O que o justifica?

Num primeiro passar de olhos tudo que foi dito parece se enquadrar em sua esfera essencial e mínima de proteção, apresentando um valor correspondente que justifica o direito. É nos casos de conflitos entre direitos que realmente se pode determinar, reconhecer com mais facilidade, seu núcleo essencial, atividade que reserva uma série de levantamentos e exercícios mentais hipotéticos, passíveis de infindável adição de elementos ou detalhes específicos ligados a uma situação concreta. Não obstante, qualquer ato tendente a impedir absolutamente e compulsoriamente o acesso à jurisdição viola o núcleo essencial do acesso à justiça. A posição mais explícita e descritiva, constante do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, é aquela que garante o direito a inafastabilidade da jurisdição. O Estado tem o dever de apreciar lesão ou ameaça a direito e, quando assim não o faz, viola o núcleo essencial do acesso à justiça.

Nem sempre a apreciação se faz por intermédio da ação. Se o Poder Judiciário aprecia a afirmação de ameaça ou lesão do direito em resposta à petição inicial, não haveria uma infração ao núcleo essencial do acesso à justiça. Eventualmente, e dependendo de uma hipótese concreta (ou abstrata constante de uma norma legal específica) poder-se-ia chegar à conclusão de que a subtração do direito de ação violaria o núcleo essencial do direito fundamental constante do inciso XXXV da Constituição. Salvo nestas situações, o direito de ação encontra-se dentro do âmbito de proteção, configurando um mandado de otimização que recomenda a sua máxima aplicação (sempre), e isto é o suficiente para assegurar a sua realização plena, pois eventual subtração dependeria da incidência de outro direito fundamental que merecesse, a partir da incidência de ponderação e proporcionalidade, uma proteção maior para aquele caso concreto ou específico.

Uma tutela adequada também não é a expressão mínima do direito ao acesso à justiça, mas sim um direito fundamental que está sob o âmbito de sua proteção. O Estado pode apreciar como também afastar a ameaça de lesão, ou até mesmo restabelecer o direito mediante a utilização de um meio que nem sempre é o mais adequado para tutelar o direito material objeto da lide. Deve fazê-lo sempre por intermédio da tutela mais adequada. Se o direito substancial ficou, porém, assegurado jurisdicionalmente por intermédio de outra, não tão adequada ou até mesmo aparentemente inadequada, seria questionável afirmar que o núcleo essencial do acesso à justiça fora violado. Tratar-se-ia de uma violação a uma posição jurídica sob o seu âmbito de proteção, mas não de sua niilificação.

A tempestividade ou uma rápida prestação jurisdicional nem sempre se coaduna com as demais garantias processuais. Aliás, freqüentemente entram em choque quando da necessidade da conjugação da celeridade com a segurança jurídica, da necessidade de juízos de cognição sumária com o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, entre outras situações conflituosas que, direta ou indiretamente, envolvem a questão do tempo do processo. Uma duração razoável, no entanto, está condicionada a uma série de limitações fáticas e jurídicas que impediriam tratá-lo como elemento constitutivo do núcleo essencial do direito fundamental do acesso à justiça. Não se advoga aqui, e acredita-se que isto ficou claro quando tratado especificamente este ponto, que uma duração razoável do processo ou uma tutela tempestiva devam ser abolidas. Ao contrário, trata-se de um direito que se encontra sob a esfera de proteção do acesso à justiça e que, por este motivo, deve ser aplicado imediatamente, produzindo uma eficácia que atinge não só o legislador como também aqueles que participam de uma relação processual.

Quanto à efetividade do processo há dois desdobramentos. Se o resultado da prestação jurisdicional não consegue ser eficaz na defesa do direito substancial e não dá ao titular do direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele teria caso a norma tivesse sido voluntariamente observada, ou seja, se a efetividade concreta não estiver sendo observada, estar-se-á violando o núcleo essencial do acesso à justiça. Não basta apreciar a afirmação de lesão ou de ameaça de lesão a direito, é preciso garanti-lo de

forma eficiente e eficaz, sob pena de simplesmente não tutelá-lo. Se o direito demanda uma proteção preventiva sob pena de anulá-lo ou de converter-se em outro direito, o acesso à justiça somente poderia ser observado se, ao final do processo, ele se mostrasse integralmente preservado ou reintegrado. Sob este prisma a efetividade deve ser examinada relacionando-se o bem protegido direito substancial e o resultado da prestação jurisdicional, avaliando-se se este conseguiu tutelá-lo, ou seja, que o direito proporcionava e o que ficou assegurado pela decisão judicial. Inexistindo correspondência o acesso à justiça foi violado em seu núcleo essencial.

Numa segunda hipótese, a efetividade do processo encontra-se ligada a outros fatores, podendo-se falar na eficácia institucional na previsão de instrumentos processuais adequados, e na tempestividade com que o direito é tutelado. A efetividade depende, em determinados momentos, de meios adequados para tutelar os direitos com eficácia, cuja ausência a subutilização podem culminar em uma tutela de eficácia relativa. Em outras palavras, poderia ter sido asseguradas uma melhor proteção e realização do direito substancial. A violação, nestes casos, não seria do núcleo essencial, mas do âmbito de proteção do acesso à justiça. O mesmo ocorre quando a efetividade é analisada sob a dimensão de tempo em que é prestada. É possível assegurar provisoriamente a integridade de um direito material em um processo de duração exagerada. A dilação indevida do processo não assegura a efetividade natural a que se esperaria de uma concretização ou observância espontânea do direito. A fruição plena e a segurança que se espera realmente estariam condicionadas ao final do processo, mas a eficácia das medidas protetivas do direito, mesmo que provisórias (como as proferidas em sede de tutelas de urgência) permitem dar ao titular do direito, ainda que sem um caráter de definitividade, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele gozaria com a realização do direito. Nesta perspectiva também não haveria uma violação ao núcleo essencial do acesso à justiça, admitindo-se, portanto, restrições *jusfundamentadas*.

Quanto ao processo justo, por fim, repete-se o que foi antecipado a respeito do direito fundamental ao devido processo legal, na medida em que há uma interação entre ambos.

Assim como a violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais importa na violação do devido processo legal, haverá violação ao núcleo essencial do acesso à justiça quando em um processo é subtraída, de forma absoluta, qualquer uma das garantias processuais estabelecidas na Constituição. Não se trata de violação de uma posição sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais, mas sim a inobservância de sua esfera mínima que culmina na ofensa ao processo justo e, por conseqüência, ao acesso à justiça. O modelo processual constitucional deve ser preservado, e a observância de suas posições mínimas permite conduzir a atividade jurisdicional por um caminho de legitimidade e em busca de justiça. O contrário leva ao exercício de arbitrariedades e de desrespeito ao sistema de proteção e de tutela dos direitos escolhido democrática e politicamente quando da elaboração da Constituição. Não há, por exemplo, acesso à justiça em processo sem oportunidades mínimas de exercício do contraditório, como também não há acesso à justiça em processo que tramita em juízos de exceção especialmente constituídos para julgar uma determinada pessoa e um fato já ocorrido. É a inobservância plena do modelo processual constitucional e a subtração absoluta de uma de suas garantias num caso concreto que permite concluir pela violação ao núcleo essencial do acesso à justiça sob o ângulo de um processo justo. Soma-se a tudo isto, como já foi observado, que o núcleo essencial do acesso à justiça sofre um constante processo de reconstrução e de reconhecimento em razão da estrutura aberta e principiológica dos direitos fundamentais. A cada caso concreto a tensão entre os direitos pode levar à descoberta de um novo elemento constitutivo do núcleo essencial que, em outra hipótese, não se apresentaria na mesma condição. São nas intervenções e limitações dos direitos que o núcleo essencial emerge e apresenta seu valor, cumprindo uma função protetora mínima de valores que justificam o próprio direito.

Até este ponto todas as posições jurídicas encontram-se apenas sob o âmbito de proteção, inexistindo uma maior ou menor eficácia que permita um tratamento distinto entre elas. A inafastabilidade da jurisdição, o direito de ação, a busca por tutelas adequadas e aderentes ao direito material, a efetividade processual, a duração razoável do processo, uma prestação jurisdicional tempestiva e, finalmente, o

estabelecimento de um processo justo não demandam um tratamento diferenciado em sua aplicação já que, por integrarem o âmbito de proteção do direito fundamental do acesso à justiça, exigem o máximo aproveitamento de sua capacidade, admitindo-se restrições somente mediante a aplicação de outros direitos fundamentais e após uma metódica argumentação jurídica *jusfundamentalmente* adequadas.

### CAPÍTULO III – CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

#### Seção 1 – O contraditório e a ampla defesa como direitos fundamentais principais

Não são poucos os que aduzem que o contraditório e a ampla defesa são corolários do direito de ação. Na medida que como a pretensão do autor é formulada em face de alguém, em respeito ao princípio da igualdade e da dialética processual, deve ser-lhe assegurado o direito de se manifestar. Apesar do relacionamento existente entre ação e defesa, ação e contraditório, a Constituição não recomenda o tratamento de um como corolário do outro, constituindo garantia autônoma que permite uma análise distinta.

Numa visão mais coloquial, poder-se-ia afirmar que contraditar é permitir que se diga o contrário. Processualmente, é graças a esta garantia que o réu pode se opor aos fatos constitutivos do direito, alegando outros que lhes sejam impeditivos, modificativos ou extintivos, como também é por ela que qualquer parte tem o direito de ser informada sobre pedido formulado pelo outro. É com fundamento no contraditório que a parte contrária encontra espaço para resistir à pretensão e demonstrar a inexistência do direito da outra ou de causa que exclua sua aplicação, como também é por ele que cada parte tem o direito de se manifestar sobre as alegações da outra. O contraditório assegura a igualdade e o conhecimento das razões de ambas as partes, colocando o juiz em melhores condições de decidir<sup>385</sup>. Trata-se de um direito que vai além de uma simples exigência de justiça<sup>386</sup>. Ele é um constitutivo da democracia e do Estado de Direito.

---

<sup>385</sup> Sobre o princípio do contraditório na doutrina clássica vide: PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Seconda edizione. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 224. Mais especificamente sobre a evolução do contraditório vide: PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-Settembre 1998. Padova: Cedam. p. 673-681.

<sup>386</sup> Como sustenta Liebman “O juiz não pode processar nem julgar sem ter chamado diante de si todas as partes, para ouvir suas razões (...). É uma elementar exigência de justiça dar a todas as partes a ocasião e possibilidade de defender-se antes que o juiz pronuncie o seu julgamento” (In *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 11.

Para que o processo possa se legitimar em um ambiente democrático, a igualdade de oportunidades deve ser de alguma forma assegurada. Processos desenvolvidos com a participação de apenas uma das partes na formação do convencimento do juiz constituem um ambiente propício para a produção de decisões autoritárias e arbitrárias<sup>387</sup>. O funcionamento do contraditório, como revela Bedaque, “é a maior arma contra o arbítrio do julgador”<sup>388</sup>. O contraditório auxilia na legitimação do poder emanado na atividade jurisdicional, sobremaneira quando exauriente. Além disto, é um essencial instrumento para alcançar a verossimilhança máxima, na medida em que permite ao juiz conhecer os diferentes pontos de vista e versões dos sujeitos que litigam no processo<sup>389</sup>.

Dirigida uma pretensão por intermédio da ação, o réu poderá resistir e se defender, valendo-se da garantia da ampla defesa. Tratando-se de direito fundamental, seria desnecessária a utilização da expressão *ampla*. Como mandado de otimização seria suficiente a afirmativa de que aos litigantes são assegurados o contraditório e a defesa, pois demandaria por uma aplicação máxima que já denota amplitude.

Compete ao legislador, no processo de criação de normas jurídicas, estabelecer meios e recursos para o seu exercício e, indiretamente, ao magistrado, na decisão judicial, quando aplica o direito nas relações concretas. Contudo, basta sua previsão como “direito fundamental” para que daí surta uma eficácia apta a dar a maior amplitude possível à sua concretização por todos os poderes.

Como lembra Ovídio, o contraditório dá expressão ao direito de defesa<sup>390</sup>. A defesa, por sua vez, também implica o contraditório. Contudo, apesar de algumas distinções qualitativas entre os bens que estariam sob sua proteção, o relacionamento

---

<sup>387</sup> Segundo Cretella Neto o “contraditório viceja em sociedades que efetivamente reconhecem a igualdade entre os cidadãos. Debater e contraditar não se admitem em sociedades autoritárias, ou somente são tolerados dentro de limites demasiado estreitos” (In *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 74).

<sup>388</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 184.

<sup>389</sup> Neste sentido vide: BRAGHITTONI, Rogério Ives. *O princípio do contraditório no processo: doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 33.

<sup>390</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Volume 1. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 68-69.

entre ambos permite um tratamento sistêmico da matéria. Assim, tratar-se-á especialmente do contraditório, alertando, todavia, que aquilo que for escrito estende-se ao direito de defesa.

Há quem defenda que o processo, conforme informa Willis Santiago Guerra Filho, é um procedimento caracterizado pelo contraditório, e que cada um, para sê-lo, implica a existência válida do outro<sup>391</sup>. Sem adentrar nesta calorosa discussão, basta afirmar que o contraditório e a ampla defesa são indispensáveis para o processo e para o Estado Democrático de Direito. São autênticos direitos fundamentais de ordem processual de aplicabilidade e incidência imediata, que constituem, ao lado de outras garantias, o modelo processual constitucional brasileiro.

## Seção 2 – Âmbito de Proteção

### Subseção 2.1 – Bilateralidade de audiência e a igualdade das partes

A concepção do contraditório que tradicionalmente mais se difundiu revela a necessidade do desenvolvimento bilateral do processo, através da participação facultativa dos sujeitos da relação processual no curso do procedimento. Ambas as partes deverão ser ouvidas, como recomenda o brocardo *audiatur et altera pars*. Curiosamente, o direito ao contraditório não está positivado constitucionalmente num grande número de Constituições. No Brasil, o contraditório restringia-se, na Constituição anterior, ao processo penal. Os processualistas deviam buscar no direito de igualdade a legitimidade para estender sua aplicação ao processo civil.

A identidade de fins de cada disciplina jurídica, apesar dos diferentes objetos, e a isonomia dos sujeitos do processo, seriam argumentos suficientes para que o operador do direito oportunizasse a manifestação das partes, tanto no âmbito penal quanto no civil. Em verdade a bilateralidade da audiência guarda, atualmente, profunda ligação com o direito de igualdade de oportunidades processuais,

---

<sup>391</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 40.

identificável através da garantia de que todos os sujeitos integrantes da relação processual devem ter oportunidades idênticas no processo para expor suas razões, requerer a produção de suas provas e influenciar na decisão a ser proferida. Para a Corte Constitucional Italiana, segundo Andrea Proto Pisani, a relevância constitucional do contraditório é expressão, antes de tudo, do princípio da igualdade entre as partes<sup>392</sup>.

Da tese de uma parte a outra poderá articular uma antítese para que o Estado-juíz, ao final, possa resumi-las em uma síntese que sagra alguém vencedor na demanda, num típico procedimento dialético. Não se concebe o processo com um monólogo no sentido de que somente a uma das partes é permitida a manifestação. Ordinariamente as decisões devem ser proferidas quando ambos os sujeitos do processo esgotaram sua faculdade para expor suas razões de modo crítico e construtivo. Excepcionam-se apenas alguns casos nas tutelas de urgência. O diálogo recomendado pela dialética, como lembra Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”<sup>393</sup>.

Num primeiro momento, seria possível pensar-se que o contraditório é uma garantia exclusiva do réu, aplicável sobremaneira naqueles processos em que o juiz é chamado para entregar a mais típica prestação jurisdicional que se desenvolve nos processos de conhecimento. A isonomia, entretanto, abrange todos as modalidades de processo, judiciais ou administrativos, de conhecimento, execução ou cautela. A bilateralidade da audiência se estende a ambos os integrantes da relação processual, estejam na condição de autor ou de réu, de credor ou de devedor, de recorrente ou de recorrido, como também terceiros passíveis de serem afetados pela decisão. A igualdade das partes, entretanto, não deve ser processada somente no campo formal. Dependendo das circunstâncias de fato e do direito material supostamente violado, a igualdade material autoriza o juiz a tomar medidas hipoteticamente desiguais em casos

---

<sup>392</sup> PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Seconda edizione. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 224.

<sup>393</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Garantia do contraditório*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139.

específicos quando um tratamento isonômico meramente formal poderia refletir uma prestação jurisdicional injusta<sup>394</sup>. Não mais se admite um juiz inerte e passivo ao que se passa na realidade. A iniciativa probatória e a inversão do ônus da prova, por exemplo, são medidas sensatas para se buscar uma decisão que considere a desigualdade que se passa na realidade. O processo também é um mecanismo para tutelar os cidadãos materialmente.

É mediante uma participação efetiva do juiz, sobretudo nas atividades instrutórias, probatórias e quando instado a (in)deferir pedidos de prestação jurisdicional antecipatória (o que possibilita a distribuição equânime do ônus do tempo do processo), que se garante uma paridade efetiva de armas e um contraditório equilibrado e aderente às desigualdades que se passam no plano real, promovendo o indispensável equilíbrio entre as partes. É eliminando os fatores de desigualdade que se propicia um equivalente exercício das razões e uma tutela mais adequada e justa dos direitos.

A postergação do contraditório para um momento posterior a uma decisão de cognição sumária, como se sucede no deferimento liminar de tutelas de urgência, também é um reflexo da busca da justiça e de um tratamento que considera a distribuição do ônus do tempo do processo sob uma perspectiva de tratamento isonômico substancial das partes. Tendo em vista a morosidade da prestação jurisdicional, aquele que aparentemente tem o direito deve receber um tratamento diferenciado com a preservação dos bens em sua esfera patrimonial no curso do processo.

A harmonização necessária entre os direitos fundamentais e a necessidade de conferir, num caso específico, uma eficácia maior ao direito de acesso à justiça, legitima o adiamento do contraditório. Não se trata da invalidação do direito, como normalmente se faz com as regras, mas de um balanceamento dos bens que estão em

---

<sup>394</sup> Como exemplifica Bedaque “Considerando que a parte mais fraca não tem as mesmas possibilidades que a mais forte, de trazer para os autos as provas necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz corresponde a alguém assistir passivamente a um duelo entre o lobo e o cordeiro. A igualdade substancial deve prevalecer sobre a formal” (In *Garantia da amplitude de produção probatória*. In José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 177).

jogo no caso concreto para fundamentar uma decisão provisória que confere uma eficácia maior a um dos direitos em conflito. Há apenas uma precedência de um direito em relação a outro. O direito restringido naquela situação concreta não é suprimido, pois deve ser observado em outro momento, desde que antes da decisão definitiva<sup>395</sup>. A possibilidade de revogação das medidas após seu (in)deferimento assegura que o contraditório se dê com alguma medida e determinada eficácia (em grau menor, é claro) do contraditório. Trata-se tão somente da postergação do contraditório ou, na expressão de Proto Pisani, de seu diferimento<sup>396</sup> e não de sua eliminação.

O juiz não deve ter receio de deferir medidas cautelares e antecipatórias, mas deve fazê-lo observando rigorosamente uma necessária harmonização entre os direitos do acesso à justiça e do contraditório, utilizando-se das técnicas da ponderação de bens e da proporcionalidade para intervir no âmbito de proteção de um deles. Como regra geral deverá primeiro intimar a parte contrária sobre o pedido para que este possa deduzir suas razões e com elas influenciar no conteúdo da decisão a ser proferida. Somente em casos excepcionais, quando qualquer demora na prestação implicaria em prejuízo irreparável ou de difícil reparação (ou ainda quando o próprio conhecimento da potencial medida pode frustrar sua futura eficácia), é que o magistrado deverá analisá-la mediante a postergação da audiência da parte contrária. Como adverte Carlos Alberto Álvaro de Oliveira “só se poderá adiar o contraditório para um momento posterior na justa medida em que o provimento judicial, emitido inaudita altera parte, seja idôneo para atingir a finalidade a que se propõe a lei e em consonância com os pressupostos nela estabelecidos”<sup>397</sup>. Poupa-se provisoriamente o

---

<sup>395</sup> É o que defende Eduardo Melo de Mesquita, para quem a legislação infraconstitucional está autorizada a traçar o modo de atuação do contraditório, mas está proibida, de igual modo, a vedá-lo ou estabelecer condições desproporcionalmente exíguas (In *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91).

<sup>396</sup> PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Seconda edizione. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 229.

<sup>397</sup> E continua o processualista: “Quando a urgência não se revele com todas as galas da evidência, quando o direito alegado não for suficientemente evidente e débil se apresente a prova trazida pelo requerente da antecipação e principalmente não houver perigo a prevenir, a postergação do contraditório não está autorizada, ilação que naturalmente não desautoriza o deferimento da antecipação em momento posterior, se surgirem elementos novos para tanto” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do contraditório*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 146-147).

direito mais provável e ameaçado (e aqui se incluem tanto o direito material como em alguma medida o próprio acesso à justiça) em detrimento do direito ao exercício antecipado do contraditório. A tudo isto, é claro, soma-se a importância dos bens processuais e principalmente materiais que estão em jogo. Se a morosidade na prestação jurisdicional representa uma desigualdade de armas, adiar o contraditório para depois do exame de um pedido liminar de tutela antecipatória permite a correção, e quem sabe até a inversão, na hipótese de deferimento da medida, de uma vantagem que na verdade detém aquele que justamente se beneficiaria do contraditório antecipado<sup>398</sup>.

Uma verdadeira paridade de armas utilizada no processo inibe, assim, decisões arbitrárias, e, ao lado do direito à motivação das decisões, contribui para preservar um mínimo de neutralidade e imparcialidade (ao menos formal) do magistrado. É um procedimento que permite o controle formal da imparcialidade do juiz, pois assegura que todos os partícipes do processo tenham as mesmas oportunidades de influenciar na decisão, embora não assegure sua imparcialidade material ou seu conteúdo. Não há instrumentos capazes de identificar até onde o magistrado consegue colocar-se equidistante das partes e, principalmente, dos argumentos de fato e de direito constantes do processo. É inerente ao ser humano a parcialidade ideológica, de crenças, paixões e valores. Se conhecer a si mesmo já é atividade difícil, o que dirá a capacidade de decidir de forma imparcial e com renúncia a todos aqueles valores que até inconscientemente conduzem as pessoas a um agir. Com isto pretende-se dizer que o contraditório é incapaz de assegurar uma imparcialidade absoluta, pois apenas garante sua dimensão formal na medida em que não há acesso ao que se passa na mente do juiz quando ele toma a decisão. O que é

---

<sup>398</sup> Como assinala R. Ives Braghittoni “a demora processual representa uma desigualdade de armas. A própria situação fática já nasce ‘desigual’ e reflete essa desigualdade dentro do processo – o problema original é todo do autor; o ônus da demora, também. Assim, supondo-se que o autor tenha razão, sem a hipótese da tutela antecipada não existe igualdade de armas: os ônus da desigualdade intrínseca da situação fática e a posterior desigualdade quanto ao decorrer do tempo do processo implicam vantagens desleais para o réu. Contudo, a tutela antecipada, alterando o fardo do tempo do processo, e alterando também a posse do bem da vida durante o decorrer do processo, tem o condão de corrigir a ambos, se o autor fizer por merecê-la. Em uma palavra: o instituto da tutela antecipada fez mais do que simplesmente ‘não desrespeitar o contraditório’ - ele o melhorou” (In *O Princípio do contraditório no processo: doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 119-120).

passível de ser objeto de investigação é o resultado da atividade jurisdicional, mas não o processo mental decisório em si com todos os complexos elementos que se estabelecem. Trata-se, assim como a ampla defesa, de posição jurídica de direito fundamental que objetiva não só assegurar uma paridade de armas aos seus titulares, mas também auxiliar na obtenção de uma decisão e de um processo mais justos através da participação isonômica de todos os sujeitos na formação do convencimento do magistrado.

### Subseção 2.2 – Contraditório efetivo

O contraditório pode ser exercido formal ou materialmente. Diz-se que foi observado formalmente quando seu exercício é oportunizado à parte, no início do processo, o que se dá através de um dos principais momentos do procedimento que é a citação. Entretanto, o desenvolvimento do contraditório é observado materialmente quando se passa a assegurar às partes uma participação efetiva em todo o desenvolvimento do processo, proporcionando a dedução de suas razões e realização das provas necessárias, relevantes e pertinentes para demonstrar a verossimilhança de suas alegações<sup>399</sup>. Em poucas palavras se quer dizer que a paridade de armas deve ser assegurada de forma efetiva. A mera proclamação da garantia é insuficiente. Durante todo o curso do procedimento o contraditório deve ser assegurado e facultativamente exercido, competindo ao magistrado o dever, como observa Nicoló Trocker, de provocar de ofício o debate das partes sobre as questões de fato e de direito que serão

---

<sup>399</sup> Muito adequada e pertinente o entendimento de Comoglio escrito em artigo próprio e repetido em obra coletiva: *“dalla mera inviolabilità di un contraddittorio statico o formale, nel momento costitutivo iniziale del giudizio, si passa all’esigenza di consacrare forme adeguate di compartecipazione o di collaborazione dinamica delle parti nel corso dell’intero processo, talché sia sempre loro accordata, su base paritarie, una possibilità effettiva di influire, con le proprie attività di difesa, sulla formazione del convincimento del giudice (e, quindi, sull’iter formativo della decisione giurisdizionale)”* (In *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Dicembre 1994. Milano: Giuffrè. p. 1.084; COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 68).

posteriormente alvo de reflexão na decisão<sup>400</sup>. Ele deve informar a ambas as partes, mas não o de exigir a manifestação. O exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes não é obrigatório no processo civil. A reação é facultativa e deve ser orientada por critérios éticos e concordes com a função e importância do processo para o Estado.

O contraditório apresenta um dever ao juiz de informar, mas sem a imposição de um dever para o sujeito agir. Seu exercício, pelo sujeito do processo, somente é útil quando existirem razões pertinentes, relevantes e necessárias. Articular uma defesa ou petição com alegações meramente vazias ou protelatórias é um obstáculo para o processo e desserviço para a sociedade, devendo eticamente ser evitado<sup>401</sup>. Em outros casos, não se trata propriamente da falta de razões, mas de um silêncio a serviço de uma estratégia jurídica. Apesar de a omissão acarretar graves consequências jurídicas em alguns casos, como, por exemplo, a falta de apresentação de contestação nas hipóteses definidas em lei, reagir ou não à informação é, na perspectiva constitucional, uma faculdade da parte.

Dentro do âmbito de proteção, o direito em pauta seria formado, assim, por um amplo feixe de posições jurídicas orientadas a promover uma participação democrática das partes e com aptidão para influir eficazmente nas decisões que possam atingir, de alguma forma, sua esfera de interesses. Ele pressupõe, na visão de Leonardo Greco, o conhecimento de todos os atos processuais importantes, com a faculdade de impugná-los perante o juiz da causa, o direito à prova e à participação na instrução probatória, a existência de prazos razoáveis para a realização dos atos

---

<sup>400</sup> Segundo o mestre de Florença “*il contraddittorio coinvolge in un complesso gioco di interazioni anche il giudice. [...] nei confronti delle parti, si convertono pure in un dovere-onere del giudice, cui spetta non soltanto di far osservare, ma di osservare egli stesso il fondamentale principio, sì da provocare anche d'ufficio il preventivo dibattito delle parti su ogni questione di fatto o di diritto, la cui risoluzione sia determinante nella decisione della controversia*” (TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giugno 2001. Milano: Giuffrè. p. 394).

<sup>401</sup> Como assinala Nicola Picardi: “*il contraddittorio è uno strumento utile del processo, quando vi sono ragioni per contraddire, se non ve sono, è un ingombro*” (In *Il principio del contraddittorio*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-Settembre 1998. Padova: Cedam. p. 677).

processuais, o debate preventivo à decisão (admitindo-se sua postergação somente em casos excepcionais) e, por fim, o pleno exercício do direito de defesa<sup>402</sup>.

O contraditório implica, assim, comandos positivos que obrigam o juiz a informar e comandos negativos que lhe vedam decidir se as partes não foram previamente ouvidas, ou de considerar provas ou questões de fato ou de direito a que somente a um dos sujeitos processuais foram ofertadas chances para se pronunciar e influir num convencimento a seu favor<sup>403</sup>.

O objeto do contraditório também merece destaque. A proibição de o juiz conhecer fatos principais<sup>404</sup> não alegados pelas partes é ponto pacífico. Problema que costuma se apresentar é o conhecimento, de ofício, de fundamentos jurídicos não tratados no processo. Teria a parte contrária direito ao contraditório de todas as questões jurídicas do processo? As questões jurídicas trazidas ao processo após a petição inicial e a contestação exigem um debate em contraditório? O juiz pode conhecer de ofício uma questão jurídica não ventilada no processo, lançando-a como fundamento da decisão sem submetê-la previamente ao debate entre as partes? As respostas a estes questionamentos podem partir do conteúdo que compete à parte se manifestar no exercício do seu direito ao contraditório.

Sabe-se que é possível identificar uma ação mediante a análise das partes, do pedido e da causa de pedir, sendo esta última formada pelos fundamentos de fato e

---

<sup>402</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos Estudos Jurídicos. Revista do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: Univali, 2002. p. 23.

<sup>403</sup> CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 70.

<sup>404</sup> Os fatos principais (ou essenciais) seriam aqueles constitutivos do direito que embasa a causa de pedir do autor, e os extintivos, modificativos e impeditivos aduzidos na defesa pelo réu. Os fatos secundários (ou instrutórios) seriam todos os que, insuficientes para, de forma autônoma, constituir, extinguir, modificar ou impedir direitos, ou seja, para constituírem por si só a causa de pedir do autor ou uma defesa apta a articular uma fundada resistência pelo réu, apresentam aptidão para, extraindo indiretamente a verossimilhança, veracidade ou falsidade dos fatos principais, auxiliar no convencimento do juiz. O julgador estaria autorizado a levá-los em conta, independente de invocação pelas partes. Neste sentido vide: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363*. Volume 5. Tomo I. Coordenação de Ovídio Baptista da Silva. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2000. p. 187. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 154. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In “Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil”. Coordenação de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38.

jurídicos que dão amparo à pretensão. Estes três elementos formam a impressão digital da ação e permitem distingui-la de outras aparentemente semelhantes. Se as partes, o pedido ou a causa de pedir, próxima ou remota, são diferentes, não há identidade de lides à luz do ordenamento processual vigente<sup>405</sup>. Proposta a ação, cumpre ao réu, no exercício do contraditório e da ampla defesa, expor todas as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor. Assim fazendo, estabelecem-se a controvérsia e os limites da lide.

Considerando que a resolução do conflito pressupõe o conhecimento das questões de fato e de direito que fundamentam a pretensão e a resistência, é natural que o juiz se desincumba de sua função, analisando-as. Ao se debruçar sobre os fundamentos, há quem entenda que compete a ele o exame das questões de fato e de direito trazidas aos autos, com a ressalva de que quanto às últimas pode utilizar uma fundamentação jurídica diferente e independente de manifestação no processo à luz dos difundidos brocardos *iura novit curia e dahi mihi factum dabo tibo jus*. A importância e eficácia do direito fundamental ao contraditório, todavia, exigem que esta conduta seja reavaliada.

Quando o autor resolve propor uma ação, há, inicialmente, uma seleção de fatos que, enquadrados numa moldura jurídica abstrata escolhida, permite ao advogado estabelecer os efeitos jurídicos pretendidos com um hipotético êxito da demanda. Na hipótese de ter havido a celebração de contrato entre duas pessoas, por exemplo, em que uma delas consentiu de forma viciada, procurar-se-á a anulação do negócio jurídico através de uma ação vazada nestes fatos e num efeito jurídico resultante da norma que trata de um vício de consentimento. Os fundamentos de fato recairão sobre o contrato e as condições em que foi exercida a vontade. Os fundamentos jurídicos, por sua vez, se subsumirão aos efeitos jurídicos direta ou indiretamente ligados aos fatos, mas que apontam para uma direção normalmente estabelecida no pedido. Não se trata de descrever a fundamentação legal ou o dispositivo normativo abstrato, mas sim de dar uma qualificação jurídica aos fatos principais da causa, com vistas a extrair daí

---

<sup>405</sup> Art. 301. [...].

§2º. Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

o efeito jurídico pretendido. É no fundamento jurídico, pois, que se procura um contorno aos efeitos jurídicos pretendidos no processo pelo autor.

O mesmo raciocínio se aplica à resposta do réu que, ao impugnar os fundamentos de fato e de direito, pode atuar em busca de uma decisão que não reconheça a existência daqueles fatos, ou que reconheça a existência de outros capazes de impedir, modificar ou extinguir os efeitos jurídicos pretendidos ou, ainda, que entenda que tais efeitos reclamados pelo autor não mereçam a proteção jurisdicional naquela hipótese concreta.

O fundamento jurídico seria, nas lições de José Roberto dos Santos Bedaque, “a atribuição aos fatos da vida de determinada consequência estabelecida no ordenamento”, onde “ao descrever o fato e pleitear o efeito jurídico a ele inerente, já estaria o autor deduzindo o fundamento jurídico”<sup>406</sup>. O fundamento legal, por sua vez, consistiria em regra aplicável ao caso e que serve de moldura aos fatos alegados pela parte. O efeito jurídico pretendido, em resumo, seria o ponto apto a estabelecer os limites para uma atividade capaz de possibilitar uma diferente aplicação de uma regra jurídica com respeito ao contraditório daquela atividade, em que a referida garantia constitucional é suprimida mediante a escolha de um dispositivo que, apesar de aplicável, teria que ser submetido ao debate entre as partes. Não há problemas, assim, em conhecer regra jurídica diferente da alegada pelos sujeitos do processo em seus articulados. Inadequado seria, em verdade, a escolha de uma norma jurídica, para fundamentar a decisão, capaz de produzir um efeito jurídico até então não debatido pelas partes, pois estaria configurada uma infração ao contraditório.

Não se pretende ameaçar a importância do poder, conferido ao magistrado, de aplicar a regra que entende mais pertinente ao caso, mas sim assegurar a aplicação da norma em um ambiente verdadeiramente democrático e igualitário. Se assim não fosse, bastariam as afirmativas fáticas para que o juiz, sem um debate entre as partes a respeito dos efeitos jurídicos estabelecidos pelas normas que entendem violadas, pudesse utilizar a regra que acreditasse ser mais pertinente, mas que nem sempre é

---

<sup>406</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In “Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil”. Coordenação de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

capaz de guardar relação com os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes<sup>407</sup>, nem com os limites deduzidos na ação. Resguardar os jurisdicionados de surpresas é, também, uma missão de um Estado de Direito. Razão assiste a Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, para quem “a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório”<sup>408</sup>.

O mesmo ocorre quanto às questões de ordem pública. Submetê-las à apreciação prévia das partes não significa subtrair do juiz a capacidade de conhecê-las de ofício, ou seja, sem provocação<sup>409</sup>. Conduz, sim, ao dever de instaurar de ofício o debate para que ambas as partes possam influir eficazmente na decisão. A título de ilustração, suponha-se que um cliente de um banco proponha uma ação sustentando que durante a contratualidade a instituição financeira cobrou-lhe juros superiores a 12% ao ano, e que esta prática seria abusiva por ofensa ao disposto no §3º do art. 192 da Constituição Federal<sup>410</sup>, razão pela qual requer redução. Nesta hipótese a ré poderia simplesmente alegar que a referida norma constitucional não é auto-aplicável. O contraditório, até então, não teria sido violado. Prosseguindo o procedimento, suponha-se que o magistrado, conhecendo uma questão que entende de ordem pública, julga procedente o pedido sob o fundamento de que a cláusula que institui os juros violou normas do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual seriam abusivos. E mais, além de enquadrar os fatos naquele diploma legal, condenou a instituição financeira a repetir em dobro os valores indevidamente cobrados, com base no mesmo diploma legislativo. Houve, neste caso, violação do contraditório, pois sobre o debate

---

<sup>407</sup> Para Bedaque, a prévia manifestação das partes, inclusive quanto à norma jurídica não invocada por elas, mas utilizada pelo juiz, é um imperativo constitucional, pois “muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica conseqüências jamais imaginadas pelas partes” (In *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. E in “Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil”. Coordenação de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42).

<sup>408</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Garantia do contraditório*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 143.

<sup>409</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os Elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In “Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil”. Coordenação de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

sobre tais questões em nenhum momento foi instaurado. A instituição financeira, por exemplo, poderia ter alegado que a relação jurídica mantida não era de consumo, e que os valores disponibilizados ao mutuário se destinaram ao incremento da atividade profissional do pretense consumidor, razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria à espécie. A decisão, neste caso, surpreenderia ilegitimamente as partes. Observe-se que a fundamentação possibilita, igualmente, que da decisão sejam eventualmente interpostos recursos diferentes (Recurso Especial ou Recurso Extraordinário) para Tribunais diferentes (Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal), que nem sempre comungam de um mesmo entendimento (vide, por exemplo, a notória divergência sobre a questão relativa à possibilidade de prisão civil do devedor fiduciário).

O princípio dispositivo possibilita às partes delimitarem fática e juridicamente a demanda, restringindo a atuação do juiz. Não se trata de supressão da possibilidade de conhecer questões de ofício, mas sim de possibilitar a instauração do contraditório antes do julgamento, o que reflete uma preocupação com a eficácia máxima e aplicabilidade no maior grau possível do direito fundamental sob exame.

Instaurar o contraditório, como já anteriormente mencionado, é um dever do juiz, exercitável a qualquer momento, inclusive de ofício, quando assim entender possível e necessário. A garantia do contraditório, nesta perspectiva, conduz a uma releitura do brocardo *iura novit curia*, sobretudo quanto ao modo e tempo de seu exercício<sup>411</sup>, já que em decorrência da complexidade do direito, da crescente expansão da produção legislativa, das freqüentes colisões normativas e das diversas

---

<sup>410</sup> O referido dispositivo, atualmente, foi revogado por emenda constitucional.

<sup>411</sup> Conforme Luigi Montesano: “*La garanzia costituzionale del contraddittorio certamente non elimina e neppure attenua il principio fondamentale iura novit curia, cioè il potere-dovere officioso del giudice di individuare la norma applicabile in causa (art. 113 c.p.c.) e quindi il suo non essere vincolato alle impostazioni della causa ‘in diritto’ ad opera della parti. La garanzia in discorso incide tuttavia fortemente sui modi e sui tempi dell’esercizio di quel potere-dovere e dovrebbe condurre, si spera, la giurisprudenza a mutare la linea – da essa costantemente seguita, nonostante non poche critiche dottrinali – di totale libertà di applicare norme giuridiche in tutto estranee al dibattito tra le parti, anche con improvviso rovesciamento, solo all’atto della conclusiva sentenza di merito, di quelle che sono state le impostazioni della causa in diritto per tutto il corso del giudizio, e, se tale mutamento non avvenga, la Corte costituzionale ad intervenire in materia com sentenza interpretativa di accoglimento, eliminativa, cioè, come dirò ancora in seguito, di un ‘diritto vivente’ incostituzionale*”. (In *La Garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di ‘terza via’*. Rivista di Diritto Processuale. Ottobre-Dicembre 2000. Bologna: Cedam. p. 931).

interpretações jurídicas existentes, é importante vê-lo assegurado quando se tratar de questões de direito (e não só de fato)<sup>412</sup>.

O Código de Processo Civil alemão (ZPO), como relata Trocker, determina, a partir da reforma de 1976, que o contraditório aplica-se e deve ser instaurado quando do exercício, pelo juiz, da função de “dizer o direito”<sup>413</sup>. O mesmo ocorre com o Código de Processo Civil português, que determina ao juiz o dever de “observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”<sup>414</sup>.

Ao juiz compete, em resumo, assegurar o *status jusfundamental* e a aplicabilidade máxima do contraditório, provocando o debate efetivo entre as partes e informando-as para que possam, se assim quiserem, reagir mediante a dedução de suas razões a respeito de questões levantadas até mesmo de ofício pelo magistrado<sup>415</sup>.

### Subseção 2.3 – O direito à prova

Não há propriamente um direito à prova expresso na Constituição brasileira de 1988. Há, sim, um direito à não utilização de provas ilícitas, mas não uma garantia

---

<sup>412</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 145.

<sup>413</sup> TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giugno 2001. Milano: Giuffrè. p. 395.

<sup>414</sup> CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiologicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 74.

<sup>415</sup> Segundo Comoglio, Ferri e Taruffo, tratando da indicação das questões de ofício prevista no art. 183 do Código de Processo Civil Italiano, afirmam que o juiz tem o dever “*di provocare comunque, di propria iniziativa, il preventivo contraddittorio delle parti su qualsiasi questione (di rito o di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare), avente una rilevanza decisoria determinante. Ciò significa sancire l’invalidità assoluta delle pronunzie fondate su questioni che, per quanto rivelabile d’ufficio, non siano state comunque sottoposte al contraddittorio delle parti, acollando in tal modo allo stesso giudice una responsabilità nuova – da noi ancora poço sentita – nella prevenzione di quel deprecabile fenomeno che, perlopiù com il fraintendimento del principio jura novit curia, sfocia nelle c.d. ‘sentenze a sorpresa’*”. (In *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 71).

fundamental expressa capaz de assegurar aquele que deduz uma pretensão ou faz uma afirmação fática garantias quanto aos meios e condições para efetivar a prova.

Apesar de a regulamentação sobre o direito probatório encontrar-se no direito infraconstitucional, é possível buscar no modelo processual constitucional um autêntico direito à prova capaz de legitimar um tratamento constitucionalmente mais adequado. Como já visto anteriormente todos os que participam de um processo têm assegurado, dentre as garantias fundamentais processuais que compõem o modelo processual constitucional, os direitos ao devido processo legal, ao acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa.

Em razão de o devido processo legal encampar as garantias fundamentais processuais, o direito à prova, como posição jurídica *jusfundamental* merece um tratamento mais adequado no tópico sobre o direito de ação ou aqui, quando se discute o direito ao contraditório e à ampla defesa. Por mera opção metodológica, e desvinculada de outras pretensões, tudo aquilo que ficar aqui consignado pode ser lido à luz do direito de ação, na medida em que a prova se destina a verificar a existência ou inexistência de fatos alegados, tanto pelo autor como pelo réu, ou qualquer outro terceiro interessado na causa.

É necessário retomar a configuração político jurídica do Estado para afirmar que, em razão da base democrática e do ideal de justiça em que ele encontra assento, o exercício arbitrário do poder é proibido. Para evitar a arbitrariedade no campo judicial procurou-se estabelecer um modelo processual constitucional constituído de uma série de direitos e garantias processuais de aplicabilidade imediata e ampla eficácia.

O processo se desenvolve, entretanto, mediante alegações realizadas por todos os sujeitos processuais envolvidos, a maior parte delas deduzindo matéria fática alheia ao conhecimento do juiz. Ao apresentar uma pretensão em juízo, o autor o faz descrevendo fatos que, qualificados juridicamente, apontam para um efeito jurídico. O mesmo ocorre quando o réu resiste à pretensão do autor alegando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de seu direito, sobre os quais o juiz se pautará para prestar uma tutela jurisdicional apta a compor a lide.

Para que isto se torne possível, deverá o magistrado “tirar seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual julgará”<sup>416</sup>, pois ser-lhe-ia impossível conhecer e presenciar tudo aquilo que se passa no mundo.

Segundo Malatesta o espírito humano pode apoderar-se da verdade de forma subjetiva (através da intuição e reflexão) ou objetiva (através de dados físicos, históricos ou puramente lógicos)<sup>417</sup>. Cada um destes métodos pode importar num maior ou menor grau de proximidade à verdade.

Se pensarmos na intuição, por exemplo, como método para conhecer a existência ou de determinado fato, certamente concluiremos que se trata de critério eminentemente subjetivo, discricionário e difícil de ser controlado e sujeito, portanto, à falhas e a maiores possibilidades de arbitrariedade, o que é incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Uma prestação jurisdicional definitiva, em verdade, necessita da verificação da existência ou inexistência dos fatos articulados pelas partes. Não basta, ao juiz, a narração mais bela ou erudita dos fatos relevantes e possíveis de serem provados, ou mesmo aquela que lhe pareça intuitivamente mais convincente<sup>418</sup>. É salutar que as alegações das partes sejam dotadas de uma veracidade mínima e provas que possam fundamentar a decisão judicial e, com isto, minimizar a possibilidade de arbitrariedade.

É claro que nem todos os fatos devem ser provados, o que leva à conclusão de que o direito à prova não é absoluto ou incondicional<sup>419</sup>. Segundo o sistema processual brasileiro, somente os fatos relevantes, pertinentes e controversos da causa devem ser provados, aplicando-se ainda, quando forem necessárias, as regras inerentes ao ônus da prova como critério último para se chegar a um resultado. A dispensa de provas,

---

<sup>416</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume III. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 43.

<sup>417</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A logica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. Volume 1. Campinas: Bookseller Editora. 1996. p. 19-42.

<sup>418</sup> TARUFFO, Michele. *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Número 3. Settembre 1997. Milano: Giuffrè Editore. p. 568.

<sup>419</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

contudo, deve revestir-se de muita cautela para não culminar no cerceamento do direito de defesa da parte<sup>420</sup>.

Não basta, pois, assegurar o direito de ação, de ampla defesa e de contraditório sem permitir, à parte que deduz suas afirmações, o direito de provar os fatos que alega<sup>421</sup>. A prova tem a finalidade de conferir às alegações ou afirmações a verossimilhança ou veracidade jurídica necessária a uma prestação jurisdicional mais justa e legítima. O direito à prova, assim, decorre e ao mesmo tempo constitui os direitos de ação, de defesa e do contraditório, razão pela qual pode-se tratar dele como uma posição jurídica *jusfundamental* dentro do âmbito de proteção destes direitos<sup>422</sup>.

Como direito fundamental compete, ao autor, réu e terceiro trazer todas as provas referentes aos fatos alegados, utilizar todas as provas para demonstrar o contrário do que a parte adversa pretende demonstrar, produzir as provas propostas e admitidas pelo juízo e, por fim, receber uma valoração adequada do juiz<sup>423</sup>. Os magistrados, como lembra João Batista Lopes, também têm íntima relação também com o direito à fundamentação das decisões judiciais<sup>424</sup>. Em resumo, o direito à prova, assim como o direito ao contraditório, deve se fazer presente durante todo o desenvolvimento do processo, antes, durante e depois de sua produção e, sempre que

---

<sup>420</sup> Como adverte Bedaque: “as regras que permitem ao juiz dispensar prova desnecessária devem ser aplicadas com extremo cuidado, pois podem representar violação a um dos componentes do contraditório e da ampla defesa” (In *Garantia da amplitude de produção probatória*. In José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 170).

<sup>421</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 163.

<sup>422</sup> Sobre o direito à prova como direito processual fundamental vide: CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>423</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 513-514. Sobre este ponto vide também: TARUFFO, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale. Gennaio-Marzo 1984. Padova: Cedam. p. 74-120.

<sup>424</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 164.

possível<sup>425</sup>, mediante uma dialética que permita a todas as partes influir eficazmente na decisão, pois a prova a tal fim também se destina.

A prova deve ser produzida, salvo quando não for possível, em um ambiente marcado pelo contraditório em todos os momentos, desde sua dedução até a sua manifestação pelas partes e valoração pelo juiz. Inexistindo razões para afastar o contraditório com fundamento em outros direitos fundamentais, ele deverá ser observado rigorosamente em todas as etapas da produção da prova, sob pena de torná-lo ineficaz para o processo<sup>426</sup>.

#### Subseção 2.4 – O contraditório no processo de execução

O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal prevê, claramente, que a garantia do contraditório deve se fazer presente nos processos judiciais e administrativos, sem distinção. Em todos os processos, judiciais ou administrativos, e em todos os procedimentos, ordinários ou sumários, inclusive os recursais, é assegurado aos litigantes o direito ao contraditório. Excepcionam-se apenas alguns processos em que, em razão dos interesses tutelados e da relatividade dos efeitos que deles se originam, permite-se um procedimento diverso sem a instauração do contraditório, como em alguns casos de jurisdição voluntária. A natureza e os objetivos destes processos, contudo, justificam em tese a medida, por inexistir atividade jurisdicional propriamente dita, mas um conjunto de atos procedimentais

---

<sup>425</sup> Segundo Eduardo Cambi todas as modalidades de produção antecipada de provas devem observar o contraditório (In *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 156). Esse entendimento, entretanto, excluiria a produção daquelas provas onde sequer há tempo para uma produção com a participação da parte, o que não é raro e até mesmo previsto no ordenamento (art. 804 do Código de Processo Civil). Na hipótese de produção de prova antecipada sem a presença do contraditório, o próprio acesso à justiça impediria que a ela fosse simplesmente descartada. A solução mais adequada é dar-lhe um peso menor e mais próximo à realidade do caso concreto, tornando relativa sua eficácia ao invés de simplesmente excluí-la, possibilitando, inclusive, a postergação do contraditório pela parte adversa para depois da prova, mas antes da sentença definitiva. Além disso, o magistrado pode se servir de outros fatos (indiciários e que possibilitem a extração de presunções), das máximas de experiência e do senso comum para extrair seu convencimento.

meramente judiciais e de caráter não contencioso. A atenção maior concentra-se na possibilidade ou não de aplicação desta garantia nos processos executivos.

Não mais se questiona o caráter jurisdicional do processo de execução em sistemas jurídicos assemelhados ao vigente no Brasil. Entretanto, dúvidas persistem quanto à observância do contraditório nestes processos, especialmente por falta de previsão do exercício de uma defesa típica, como é a contestação no processo de conhecimento. O procedimento executivo desenvolver-se-ia de modo unilateral e sem a manifestação do devedor, observando-se meramente uma seqüência de atos coordenados para expropriação de bens e satisfação do crédito. O processo seria orientado exclusivamente pelos interesses do credor.

Não há argumentos *jusfundamentais* suficientes, contudo, para simplesmente restringir o contraditório do processo de execução. É certo que não há porque se observá-lo nos moldes do processo de conhecimento, mas daí a suprimi-lo vai uma distância enorme.

A execução realmente deve desenvolver-se em atendimento aos interesses do credor para atender a necessidade de proteção de um bem de direito material que obriga o Estado, no cumprimento da garantia do acesso à justiça, a oportunizar soluções adequadas, tempestivas e efetivas para a satisfação da obrigação. Por outro lado, a execução forçada implica uma expropriação compulsória de bens do devedor, que recomenda o atendimento à garantia do devido processo legal (e constitucional) e, em conseqüência, de todos os direitos fundamentais constitutivos do modelo processual constitucional, inclusive o contraditório.

Em inúmeros momentos do processo de execução surgem situações que demandam decisões nem sempre compatíveis com o natural desenrolar de atos procedimentais. As medidas executivas podem realizar-se em dissonância com o procedimento, ou até mesmo ao arrepio de alguns requisitos e pressupostos capazes de pôr em dúvida a legitimidade e legalidade do futuro ato expropriatório. A própria regra que determina o processamento da execução pelo modo menos gravoso ao devedor

---

<sup>426</sup> Sobre a ineficácia da prova por inobservância do contraditório na instrução do processo: TARZIA, Giuseppe. *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*. Rivista di Diritto Processuale. Ottobre-Dicembre 1984. Padova: Cedam. p. 656.

implica, em certas circunstâncias, uma dialética processual apta a permitir que os atos executivos se realizem de maneira a harmonizar os direitos do credor e do devedor.

Ao receber o mandado de citação para pagamento ou nomeação de bens à penhora, o executado tem o primeiro contato com o contraditório executivo. Poderá, então, verificar a natureza do título, se ele está revestido dos atributos de liquidez, certeza e exigibilidade, se o exequente realmente se apresenta na qualidade material de credor e se o demonstrativo de cálculo permite-lhe analisar a composição do débito. Tendo sido nomeado um bem à penhora pelo devedor, o contraditório inverte-se em benefício do autor, que deverá ser informado para, eventualmente, reagir e indicar outros bens conhecidos de melhor conversão em dinheiro. Da avaliação e designação das datas de praça ou leilão ambas as partes deverão ser intimadas, o mesmo ocorrendo, ainda, quanto a outros atos processuais. Em todas estas situações alguns incidentes processuais podem dar azo a decisões judiciais com objetivo de restabelecer a ordem como, a título de exemplo, na interposição de petições sustentando a nulidade da execução ou impugnando uma avaliação. Nestas hipóteses seria inegável o exercício, em algum grau, do contraditório.

Giuseppe Tarzia tem razão quando afirma haver, processos de execução, um contraditório parcial pela limitação do objeto de discussão, atenuado em prol da efetividade e celeridade na atuação jurisdicional, especialmente imprescindível nestes casos<sup>427</sup>. Como direito fundamental que admite uma aplicação em diferentes graus, é plenamente justificável o dever do magistrado de propiciar o contraditório nos processos de execução, porém de forma limitada e atenuada em razão do respeito ao acesso à justiça do credor e satisfação do direito de crédito, já reconhecido em título executivo.

---

<sup>427</sup> TARZIA, Giuseppe. *Il contraddittorio nel processo esecutivo*. Rivista di Diritto Processuale. Aprile-Giugno 1978. Padova: Cedam. p. 247.

### Seção 3 - Núcleo Essencial

Adverte-se, mais uma vez, no início de uma exposição sobre o núcleo essencial de um direito fundamental, que a verdadeira descoberta desta área, merecedora de substancial proteção, se dá quando do choque das restrições e limitações, ocasionada pela incidência de dois ou mais direitos, em uma determinada hipótese. Por este motivo, o núcleo essencial está sempre aberto a interpretações e alterações, ganhando novas configurações na medida em que a solução do conflito de normas aponta em uma ou outra direção.

É certo, todavia, que o direito fundamental do contraditório admite limitações ou restrições *jusfundamentadas*. Ao limitar-se o exercício da defesa e do contraditório a uma determinada matéria, como no caso das ações de desapropriação, não se está restringindo totalmente aquele direito. O direito às tutelas adequadas e efetivas recomenda, por exemplo, a criação de procedimentos com cortes de cognição e combinação diversos. O legislador dispõe de mecanismos, através da técnica da cognição, para criar procedimentos à luz das necessidades e especificidades dos direitos a serem tutelados. Kazuo Watanabe afirma que a técnica da cognição admite uma variação num plano horizontal (onde a cognição sobre as questões processuais, as condições da ação e as questões de mérito podem ser plenas ou limitadas) e num plano vertical (onde a cognição se dá na profundidade com que será tratada a matéria, ou seja, de modo sumário ou exauriente)<sup>428</sup>.

O processo típico e mais comum é aquele que busca uma prestação jurisdicional assentada numa cognição plena e exauriente. Com ele privilegia-se o fator segurança em detrimento de outros como, por exemplo, o tempo. Algumas situações, entretanto, demandam uma redução das matérias possíveis de serem argüidas no processo, ou ainda no grau de profundidade de exame a ser realizado pelo magistrado, em razão da natureza do direito e da pretensão material, ou mesmo por motivos de política legislativa. Não se trata de subtrair, nestes casos, a inafastabilidade

---

<sup>428</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 2000. p. 111-113.

da jurisdição, pois o conhecimento da lesão ou ameaça de lesão continua sendo possível em momentos diferentes no mesmo processo ou por intermédio de ação autônoma, ambos dependendo de cada caso em particular. A redução do módulo de conhecimento permite, por exemplo, procedimentos de cognição parcial e exauriente caracterizados por uma limitação no plano horizontal sem interferência no plano vertical, como no caso, por exemplo, da busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente (Decreto nº 911/69) ou dos embargos do devedor nas execuções, ou de procedimentos de cognição limitada ou plena, porém sumária, como nas ações cautelares.

Há uma variedade de construções que utilizam a técnica de cognição sem que tais procedimentos, ao proibir ou limitar determinada conduta, acarretem violação ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Como afirmam Arenhart e Marinoni, “pode a lei, em certos casos, limitar a extensão de tais garantias (e, conseqüentemente, o âmbito dessas atitudes do réu), tendo em vista algum outro princípio constitucional da mesma hierarquia (como o art. 5º, XXXV da Lei Maior)”<sup>429</sup>. O contraditório e a ampla defesa não são direitos absolutos, admitindo limitações a posições jurídicas sob o seu âmbito de proteção desde que *jusfundamentadas*, proporcionais e razoáveis.

Um mínimo essencial, entretanto, deve ser respeitado. Apesar de o direito fundamental do contraditório apontar para a necessidade de informação prévia das partes, nem sempre as peculiaridades do caso concreto o permite ante a incidência, como já dito, de outros direitos de igual ou maior importância para aquela situação específica. O contraditório antecipado nas decisões interlocutórias, deste modo, nem sempre é a medida mais adequada, pois o acesso à justiça pode recomendar a precedência de uma tutela qualitativamente mais efetiva e tempestiva em detrimento de outra mais segura e democrática. Se a situação propicia um debate antecedente, o direito à informação da parte, para que ela possa influenciar eficazmente na decisão, deve ser assegurado, admitindo-se, todavia, restrições em casos excepcionais (que não são raros).

---

<sup>429</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 117.

O que faz parte do núcleo essencial, hipoteticamente, é a imprescindibilidade do possível exercício do contraditório em algum momento anterior à sentença definitiva. Em resumo, admitem-se restrições do contraditório durante o processo quando o acesso à justiça e à proporcionalidade assim o recomendarem, mas somente na modalidade de postergação ou adiamento de seu exercício. Subtraí-lo integralmente do processo é que deve ser proibido.

O direito à participação implica a informação da parte para que ela possa facultativamente reagir deduzindo suas razões. Dentro do âmbito de proteção do direito fundamental deve-se propiciar a informação para a reação em todo o desenvolvimento do processo e sobre todas as questões (de fato e de direito). Entretanto, outros direitos fundamentais podem também restringir estas posições, sendo que em alguns casos pode inexistir um prejuízo à parte que teve esta garantia processual subtraída. A bilateralidade da audiência durante todo o processo e o ensejo à informação para uma facultativa reação (que possibilite influir eficazmente na decisão) é um direito fundamental que admite restrições lastreadas na proteção a ser conferida a outros direitos fundamentais quando uma argumentação jurídica e uma metódica adequada assim o indicar.

O contraditório e a ampla defesa devem ser assegurados em todos os processos capazes de produzir alguma consequência ou efeito na esfera de interesses e de bens da pessoa, seja o processo de conhecimento ou de execução, jurisdicional ou administrativo. Os atos normativos ou jurisdicionais que simplesmente suprimem a totalidade das posições jurídicas *jusfundamentais* quando o processo pode irradiar algum efeito ou consequência, direta ou indireta, sobre a esfera de bens ou interesses da parte contrária, ferem o núcleo essencial deste direito.

O direito à dedução de provas no processo faz parte do núcleo essencial do contraditório e da ampla defesa. É inadmissível restringir o direito de propor as provas necessárias para a comprovação dos fatos alegados. A admissão, realização e valoração das provas, todavia, admite restrições e limitações, especialmente porque uma prestação jurisdicional efetiva e justa prescinde de uma paridade de armas. Com ela, pode o ordenamento jurídico se valer de mecanismos aptos a tratar de forma

desigual os desiguais, inclusive no tocante à produção e inversão do ônus da prova, dando uma nova conformação ao direito à prova como um todo, visando a harmonização dos direitos que incidem em uma determinada hipótese.

Concluindo, a defesa e o contraditório devem ser assegurados em algum grau no processo, nem sempre de forma plena e exauriente, pois são admitidas restrições e limitações no sentido de proporcionar, em alguns procedimentos, somente uma manifestação limitada ou até mesmo sumária. Entretanto, para que tais intervenções ocorram, é necessário que haja um outro direito fundamental merecedor de uma proteção maior para uma determinada espécie de situação.

## CAPÍTULO IV – JUIZ NATURAL

### Seção 1 – O juiz Natural como Direito Fundamental Principal

Dois enunciados constitucionais refletem o conteúdo da garantia que se costumou designar juiz natural. Segundo o que dispõe o inciso XXXVII do art. 5º da Constituição Federal não pode haver, no Brasil, juízo ou tribunal de exceção. Ainda no mesmo artigo, segundo o inciso LIII, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Dando os contornos de como não deve ser prestada a jurisdição, dos enunciados normativos mencionados é que se acaba extraindo um feixe de posições jurídicas de direito fundamental de especial importância para o Estado de Direito.

Como assinala Canotilho, a segurança jurídica e a proteção da confiança depositada pelas pessoas são elementos com um significado especial para o Estado de Direito, servindo como dois dos vários componentes que o constituem<sup>430</sup>. Todo e qualquer ato estatal deve proporcionar uma segurança aos indivíduos sob o seu jugo, de forma que eles possam depositar confiança no sistema jurídico no qual estão inseridos. Dentro do contexto desta segurança e confiança, o Estado deve proporcionar instrumentos para a realização da justiça, que tem como atributo, para sê-lo, uma dose de imparcialidade.

Neste contexto sobressai-se uma identificação entre a garantia em tela com o direito à igualdade, de modo que todas pessoas, em igual situação, possam ser submetidas a julgamento pelo mesmo órgão, e não por juízes *ad hoc*, escolhidos em razão da pessoa ou de fato individualizável<sup>431</sup>.

Daí a importância do juiz natural como garantia de fomento à imparcialidade e à justiça, e, dentro deste contexto, como direito fundamental, formal e material, que auxilia no constante processo de legitimação do Estado de Direito.

---

<sup>430</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256.

## Seção 2 – Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial

A prestação da tutela jurisdicional é uma atividade pública. A sociedade e o Estado, como um todo, sofrem prejuízos quando ocorrem injustiças ou arbitrariedades na consecução daquela atividade. Os interesses no bom funcionamento e na distribuição da Justiça não são exclusivos dos litigantes ou interessados diretos no resultado de uma demanda. Há um interesse difuso, assim, de evitar juízos ou tribunais de exceção para julgar uma determinada pessoa ou um fato individualizável<sup>432</sup>, sendo esta uma das conotações conferidas ao juiz natural, que proíbe a instalação de órgãos para julgamento *ex post facto* e *ad hoc*.

Tanto órgãos de primeiro como de segundo grau, qualquer que seja a denominação ou a composição que tenham, estão proibidos de atuar legitimamente julgando causas que constituíram o motivo de sua criação sem previsão constitucional. A proibição de juízos ou tribunais de exceção não deve ser assegurada somente para o fim de impedir que alguém seja condenado ou privado de sua liberdade ou de seus bens, mas também para coibir o recebimento de benefícios indevidos. Não deve ser descartada a hipótese da criação de um órgão concebido para beneficiar uma pessoa que, talvez, pudesse encontrar um julgamento mais (ou menos) rigoroso por outros órgãos previamente competentes para apreciar um determinado conflito.

O juízo natural é aquele criado para, de forma natural, apreciar as questões sob sua jurisdição. Esta atribuição deixa de ser natural quando, posteriormente, se designa alguém ou um órgão para julgar uma causa ou um conjunto de causas concretas e individualizáveis, sem uma prévia investidura ou previsão constitucional, com objetivos escusos ou discordantes da lei, de maneira a tratar de forma diferenciada

---

<sup>431</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos Estudos Jurídicos. Revista do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: Univali, 2002. p. 20.

<sup>432</sup> Segundo Nelson Nery Júnior “Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a existência prévia do tribunal. Diz-se que o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado *ex post facto*, para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado previamente. Enquanto o juiz natural é aquele previsto abstratamente, o juízo de exceção é aquele designado para atuar no caso concreto ou individual”. (In *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 67)

e pré-concebida uma das partes e que, em conseqüência, foge do âmbito da esperada isonomia constitucional. A competência deve ser abstrata e determinada para todos os que se encontram em igualdade de condições.

Não há porque confundir, por outro lado, juízos de exceção com juízos especiais ou especializados, aptos a apreciar uma determinada matéria ou processos envolvendo uma determinada classe de pessoas mediante lei abstrata e de acordo com os ditames constitucionais. Não há inconstitucionalidade ou violação ao juiz natural, assim, quando uma determinada lei dispõe que uma espécie de litígio seja apreciada por um outro órgão, pois se trata de simples repartição de competência jurisdicional como um todo e em sua unidade<sup>433</sup>. É constitucional o ato normativo que define a medida da jurisdição de um determinado órgão, desde que esta atribuição, além de abstrata, impessoal e geral, atenda aos demais direitos e garantias constitucionais.

Outro enfoque conferido ao juiz natural envolve uma questão da competência propriamente dita, sendo fundamental o direito de ser processado ou sentenciado somente pela autoridade competente. Mas quem é a autoridade competente? Há violação ao juiz natural quando alguém é julgado por juiz absoluta ou relativamente incompetente?

Se for considerado que o direito fundamental deve ser interpretado e aplicado da forma mais ampla possível, todo ato judicial proferido por juiz absoluta ou relativamente incompetente constituiria uma violação ao princípio do juiz natural. Alargar o espectro de incidência a este ponto não é, talvez, a melhor solução, pois uma simples incompetência territorial, deste modo, refletiria uma infração ao importante direito que é o juiz natural.

Dada a importância da delimitação de competências pela Constituição, a primeira conclusão a que se pode chegar, com base no enunciado constante do inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal, é a de que ninguém poderá ser processado nem sentenciado a não ser pela autoridade constitucionalmente competente. Apesar de a jurisdição ser una, a atribuição, divisão e distribuição de competências entre os órgãos

---

<sup>433</sup> Neste sentido vide: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 67-68. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 123.

do Poder Judiciário se dá em primeiro lugar pela Constituição. Não é possível, em nosso ordenamento jurídico, legitimar um ato jurisdicional em desacordo com a divisão e atribuição de jurisdição prevista pela Carta Fundamental. A Constituição tem a aptidão de qualificar o juiz como competente ou não, pois ela está autorizada a organizar a estrutura jurídica básica de uma sociedade. Como visto no início deste trabalho, a Constituição estabelece a função e o limite de cada Poder, e mais especificamente quanto ao Judiciário, investe-o de jurisdição. Como é a Constituição quem a atribui, o juiz natural deve ser concebido a partir da ótica da autoridade constitucionalmente competente. Toda e qualquer distribuição de competência por normas infraconstitucionais deve ser precedida de exame rigoroso e formal, de modo a evitar os riscos de lesão aos direitos e garantias do homem<sup>434</sup>.

Passando às normas hierarquicamente inferiores à Constituição, sabe-se que a competência pode ser absoluta ou relativa segundo a possibilidade de derrogação pela vontade das partes. A competência relativa admite modificação e prorrogação, já que prepondera o interesse das partes na sua fixação. Neste caso, não cabe afirmar que o juiz relativamente incompetente viola a garantia do juiz natural, principalmente face à possibilidade da modificação de competência e da qualidade dos interesses em jogo. A vontade das partes deve prevalecer quando da eleição da arbitragem para decidir conflitos sobre direitos disponíveis, não ocorrendo violação ao juiz natural nestes casos.

O mesmo, todavia, não parece ocorrer nos casos de incompetência absoluta, pois o que determina que um determinado órgão seja qualificado como incapaz de apreciar uma determinada demanda é o interesse público. Em razão dos objetivos deste trabalho, não cabe discorrer sobre os interesses públicos que fundamentam a escolha político legislativa quando da fixação da medida jurisdicional a um determinado órgão. É suficiente afirmar que a competência absoluta não pode ser modificada pela vontade das partes, e que o interesse público eleva a competência (absoluta) a verdadeiro

---

<sup>434</sup> Como assinala Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a garantia do juiz natural “compõe uma importante faceta do formalismo processual”, que recomenda um extremo rigor na regulação de tal matéria (In *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 87-88).

pressuposto de validade do processo, cuja ausência é passível de ser alegada pelas partes a qualquer momento, e mesmo conhecida de ofício pelo juiz.

O juiz absolutamente incompetente, destarte, não é o juiz natural ou a autoridade competente para prestar a tutela jurisdicional válida, de modo que decisão eventualmente proferida pelo mesmo viola o inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal<sup>435</sup>. Em resumo, há violação ao juiz natural quando é criado ou indicado um juízo ou tribunal de exceção, e quando não são observadas as regras de competência absoluta ou as fixadas na Constituição, atributivas de medidas de jurisdição a um determinado órgão jurisdicional.

Todas estas posições jurídicas *jusfundamentais*, aliás, dificilmente admitem a possibilidade de cumprimento em um grau menor para prestigiar a concretização de outro direito fundamental que, num caso concreto, aponte para uma precedência deste último em relação àquelas.

O juiz natural está intimamente vinculado à jurisdição em si, de modo que os direitos ao acesso à justiça, ao contraditório, à ampla defesa ou à publicidade dos atos judiciais, para citar este exemplo, não conseguem encontrar um ambiente adequado para o desenvolvimento e concretização em processos em curso que implicam a violação ao juiz natural. Sua inobservância afeta sobremodo a atividade jurisdicional, apresentando-se mais como uma razão definitiva do que *prima facie*, estruturando-se mais como regra do que como princípio.

Na dimensão do juiz natural, o juiz é competente ou incompetente. A harmonização com outros direitos fundamentais, assim, pode levar em consideração não a preservação do juízo em si, mas de alguns dos atos do juiz e, mesmo assim, após uma análise dos prejuízos apresentados. Admite-se até que o processo não seja extinto ou anulado como forma de preservar alguns atos já praticados, prestigiando-se, assim, a instrumentalidade do processo. Entretanto, a prorrogação da jurisdição para uma

---

<sup>435</sup> Neste sentido Nelson Nery Júnior, para quem “o princípio do juiz natural, como mandamento constitucional, aplica-se, no processo civil, somente às hipóteses de competência absoluta, já que preceito de ordem pública” (In *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 69).

harmonização com outros direitos fundamentais afrontaria o interesse público e a constante legitimação do Estado de Direito.

## CAPÍTULO V – DIREITO À NÃO UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

### Seção 1 – O âmbito de Proteção do Direito à Não Utilização de Provas Ilícitas no Processo

Dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, a Constituição proíbe que sejam utilizadas, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI). O próprio Código de Processo Civil de 1973 já apresentava disposição no mesmo sentido ao prescrever que todos os meios legais, incluindo os moralmente legítimos, mesmo os não especificados, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. Dada a aparente similitude das diferentes expressões adotadas, convém tecer alguns esclarecimentos conceituais.

Para Marinoni e Arenhart a prova moralmente ilegítima é uma espécie do gênero provas lícitas, na medida em que “se a prova for ilícita não há que se falar em prova moralmente legítima ou ilegítima”<sup>436</sup>. Partindo desta premissa, a prova ilícita seria aquela que viola qualquer norma, seja de natureza material ou processual. Este entendimento não é, entretanto, uniforme.

Para outros autores a prova ilegítima seria ~~uma~~ aquela decorrente de violação de normas processuais<sup>437</sup>, como a produção de prova com ausência do contraditório, ficando reservada ao âmbito das provas ilícitas as obtidas através da violação de normas de direito substancial. Prova ilícita seria aquela contrária ao direito material vigente. Como a ilicitude é a ausência de licitude, e tendo em vista que o que não for proibido é permitido, a prova ilícita é aquela que a lei proíbe expressamente, ou é obtida com a violação de algum outro direito vigente no ordenamento jurídico.

---

<sup>436</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 303.

<sup>437</sup> Neste sentido vide: GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 113. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 44-45. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 201.

A Constituição assegura, por exemplo, a inviolabilidade de correspondência, de dados, de comunicações, do domicílio, da vida privada, da honra, etc. Inúmeras normas infraconstitucionais também asseguram uma série de direitos e garantias, como por exemplo, o sigilo médico e profissional. Ao se obter uma prova, objetivando comprovar a existência ou inexistência de um determinado fato, mediante a violação de qualquer um destes direitos de natureza material, diz-se que é ilícita ou obtida de forma ilícita. Enquanto que nas provas ilícitas a transgressão ocorre de forma externa ao processo, na prova ilegítima a violação ocorre dentro do processo.

Considerando que tanto as provas ilícitas como as ilegítimas não devem ser admitidas no processo, deve-se permitir um tratamento das duas ocorrências de forma mais isonômica ou equiparada, pois ambos os casos não deixam de ser transgressões contrárias ao direito num sentido mais amplo<sup>438</sup>. Nesta perspectiva há violação ao direito fundamental previsto no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal quando, no processo, forem utilizadas provas que violem direitos tanto de natureza substancial quanto de ordem processual.

A extensão dos efeitos da prova ilícita sempre provoca alguma polêmica, sobretudo quando as provas são produzidas ou derivadas dela mesma, mas com aparente e formal licitude. Imputa-se à Suprema Corte norte-americana a elaboração da teoria dos *frutos da árvore envenenada* (fruits of the poisonous tree), segundo a qual o vício existente na planta transmite-se aos seus frutos. De acordo com esta teoria, se a prova originária for ilícita, as provas dela derivadas o serão também, mesmo que aparentem licitude. Referida doutrina, aplaudida por assegurar de forma mais ampla as garantias da pessoa humana<sup>439</sup>, vem sendo parcialmente criticada e remodelada para admitir a validade da prova em alguns casos concretos, mediante a utilização das

---

<sup>438</sup> Concluindo o seu raciocínio Marinoni e Arenhart afirmam que o art. 332 do CPC tornou ilícitas as provas moralmente ilegítimas, motivo pelo qual ambas as categorias, agora, equiparam-se. (In *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 303.)

<sup>439</sup> “Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são assim igualmente banidas do processo” (GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 116).

técnicas da proporcionalidade e da ponderação de bens que estão em jogo<sup>440</sup>. O direito à não utilização da prova ilícita (originárias e derivadas) admite restrições em seu âmbito de proteção, desde que observada um rigoroso método de intervenção e de argumentação jurídica, ambos constitucionalmente adequados.

No caso de a prova ser obtida por meio ilícito, a Constituição determina que não seja admitida no processo. Trata-se, nesta hipótese, de uma não prova, ou de um ato inexistente, como afirma Avolio<sup>441</sup>, e certamente com sua eficácia comprometida, nas lições de Dinamarco<sup>442</sup>. Por um ou outro ângulo o juiz não poderá valer-se da prova para concluir como existente ou inexistente o fato controverso que as partes gostariam de comprovar, devendo preferencialmente, e inclusive, determinar o desentranhamento dos autos, devolvendo-as a quem as tiver produzido.

A consequência jurídica da prova ilícita recomenda sua estrita observância em todos os momentos processuais (desde a sua proposição, passando pela admissão e produção, e concluindo pela valoração a ser realizada quando do julgamento pelo Juiz ou Tribunal). O reconhecimento da ilicitude deve se dar o quanto antes, a fim de impedir a realização de qualquer uma destas atividades em sua presença. Todas as

---

<sup>440</sup> “não é de se descartar, também aqui, quando a prova for a única capaz de demonstrar uma alegação, a aplicação do princípio da proporcionalidade, balanceando-se os direitos ou valores em jogo, e permitindo-se afastar, no caso concreto, o princípio da contaminação da prova derivada da ilícita” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 307).

<sup>441</sup> “Trata-se de não ato, não prova, de um nada jurídico, que as remete à categoria da inexistência jurídica. A consequência da inexistência jurídica consiste em que o ato, carecendo dos elementos que o caracterizariam como ato processual, é ineficaz desde a sua origem. As provas ilícitas, portanto, devem ser consideradas como inexistentes e totalmente ineficazes, retroagindo a sua ineficácia ao momento do seu nascedouro” (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 94). No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 121.

<sup>442</sup> “O reflexo processual da ilicitude na obtenção ou manipulação das fontes de prova é a absoluta ineficácia da prova realizada através delas, conforme resulta da disposição constitucional” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 50).

providências aptas a promover a *descontaminação do julgado*<sup>443</sup> devem ser levadas a efeito de modo a garantir a proteção dos direitos em questão como também uma decisão imparcial. Além disto, dependendo das circunstâncias, o infrator poderá estar sujeito às sanções civis e processuais que a lei estabelecer e a ressarcir perdas e danos (materiais ou morais) em razão de sua conduta.

O âmbito de proteção da garantia fundamental de não utilização de provas ilícitas no processo contra si estende-se a todas as espécies de processos. Sua aplicação, como direito fundamental, deve ser otimizada, admitindo-se, contudo, restrições.

## Seção 2 – Restrições ao Direito

Freqüentemente a questão das provas ilícitas remete o operador do direito à solução de conflitos entre direitos. Nem sempre o legislador tem condições de identificar e enumerar todas as hipóteses em que se estará diante de uma prova ilícita. Aliás, a descoberta da ilicitude está, na maior parte dos casos, na comparação que se faz entre a própria prova ou o meio de sua obtenção e o âmbito de proteção de algum outro direito.

Ao violar a correspondência, a casa ou a vida privada de alguém para obter, por exemplo, um documento que se destine a comprovar um determinado fato, a (i)licitude da prova dar-se-á mediante uma análise dos direitos supostamente infringidos. Não há enunciados normativos capazes de descrever todas as situações em que uma prova é ilicitamente obtida. Por outro lado, sempre existirá uma dose de tensão entre a garantia de não utilização da prova ilícita e a dignidade do próprio

---

<sup>443</sup> Segundo Marinoni e Arenhart, na hipótese de a ilicitude ser reconhecida pelo Tribunal, caber-lhe-á anular a sentença e enviar o processo novamente ao juízo de 1º grau, para que outra decisão sobre o mérito seja proferida com base, exclusivamente, nas provas consideradas lícitas. Para assegurar um grau maior de imparcialidade e evitar uma certa dose de inquisitividade, recomendam os juristas paranaenses que se afaste do julgamento o juiz que considerou lícita a prova (In *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 308; In *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363*. Volume 5. Tomo I. Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 181).

processo, especialmente quando se parte da premissa de que ele deve descobrir a verdade e distribuir justiça eliminando os conflitos e tutelando os direitos.

Segundo Dinamarco, a observância absoluta ao direito à não utilização de provas ilícitas transgride inúmeros princípios constitucionais do processo, ferindo de morte o acesso à justiça e comprometendo a promessa de tutela jurisdicional à quem tiver razão<sup>444</sup>. O juiz, em nome de uma prestação jurisdicional justa, não poderia fingir desconhecer fatos seguramente comprovados. A busca da verdade e de uma prestação da tutela jurisdicional justa para quem realmente tem razão não deve ser afastada, mas incentivada. Todavia, não se pode esquecer que, no mesmo patamar, encontram-se inúmeros outros direitos e garantias, razão pela qual se deve dar preferência às alternativas que busquem uma harmonização entre os direitos, mediante a precedência de um frente ao outro à luz das circunstâncias de cada caso concreto e de uma ponderação dos bens em jogo<sup>445</sup>. A isto deve ser somada, ainda, a aplicação das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a tentar, ao mesmo tempo, assegurar a realização dos direitos e evitar a utilização de expedientes reprováveis e ilícitos sob o falso fundamento de que o fim justifica todos os meios.

Diante da prova ilícita deve o julgador, deste modo, verificar se sua obtenção ou ela própria viola ou não o âmbito de proteção de algum outro direito. Se a resposta for positiva, deverá investigar se a medida pretendida tem fundamento ou é compatível com a Constituição. Competirá ao magistrado verificar, ainda, se existiam outros meios para se alcançar o fim pretendido pela prova ilícita, e se o núcleo essencial do direito violado foi ou não preservado. Existindo outros meios, ou se, hipoteticamente permanecer violado o núcleo do direito restringido, a prova não deve ser admitida. Ela

---

<sup>444</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 50-51.

<sup>445</sup> Lúcio Grassi de Gouveia, em artigo publicado em revista especializada, sugere um exemplo em forma de pergunta que talvez dimensione a importância do assunto: “numa ação de guarda de menor movida pelo pai, deve ser julgado procedente o pedido quando houver prova nos autos, obtida através de gravação clandestina, de que o menor sofria abusos sexuais por parte do pai, um desequilibrado mental, mesmo esse genitor tendo sido considerado normal por testes psicológicos realizados por ordem judicial e demais meios de prova utilizados?” (In *O Princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil*. Revista Dialética de Direito Processual. Volume 7. Outubro de 2003. São Paulo: Dialética, 2003. p. 50).

também não poderá ser desproporcional ou excessiva em relação aos resultados que se procura obter. A razoabilidade da medida deve ser verificada e fundamentada.

A garantia da não utilização das provas ilícitas está ligada à própria proteção dos direitos que possibilitam a compreensão e distinção do que é lícito e do que é ilícito. Seu núcleo essencial é constantemente remodelado de acordo com o âmbito de proteção e núcleo essencial dos direitos que visa proteger. Assim, como o processo é um instrumento de tutela dos direitos, a proibição de provas ilícitas também o é, porém com um sentido um pouco diferente, pois destinada a protegê-los. Não é incomum, assim, que o conflito saia do campo processual para invadir a dimensão dos direitos materiais objeto de proteção e de tutela. Desta feita, a proibição de provas ilícitas tem a conotação de defender e preservar os direitos instrumentalmente ligados a esta garantia, de modo que, na dúvida, a opção a ser tomada deve dar preferência a sua não utilização no processo, mantendo-se, assim, a integridade dos direitos. Como todo direito fundamental, as restrições à garantia da proibição de provas ilícitas devem ser excepcionais, justificando-se somente quando da existência de razões *jusfundamentais* para tanto.

## CAPÍTULO VI – DECISÕES FUNDAMENTADAS

### Seção 1 – O Direito Fundamental à Fundamentação das Decisões

Como visto anteriormente, direitos e garantias fundamentais podem ser principais ou adstritos, e formalmente ou materialmente fundamentais. A Constituição de 1988, no capítulo que trata do Poder Judiciário, dispõe que o Estatuto da Magistratura observará, dentre inúmeros princípios, o de que todos os julgamentos dos órgãos daquele Poder serão públicos e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX).

Apesar de não estar situada topograficamente no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, o direito à motivação das decisões judiciais apresenta uma *fundamentalidade* suficiente para que se possa concluir que se trata de autêntica garantia fundamental. Embora não se enquadre formalmente naquela categoria, a adstrição aos demais direitos fundamentais e sua importância para o Estado Democrático de Direito impelem o reconhecimento do dever de motivação das decisões como um direito fundamental material e adstrito.

Como afirma Nelson Nery Júnior, a referida garantia é uma “manifestação do estado de direito”<sup>446</sup>. Na verdade a fundamentação das decisões judiciais é um autêntico consectário natural do Estado Democrático de Direito, tendo em vista as importantes funções que desempenha no ordenamento jurídico.

O direito à fundamentação das decisões corresponde a um dever a ser cumprido pelo Estado-juiz, servindo como ferramenta importante para se auferir a neutralidade da decisão. A ausência do dever de demonstrar as razões que levam alguém a tomar uma decisão em favor de uma ou de outra parte incentiva a arbitrariedade, na medida em que dificulta qualquer atividade de controle pelos sujeitos do processo, terceiros, pelo próprio Estado e por toda a sociedade. Nas palavras de Ignacio Colomer Hernández, a motivação converteu-se num requisito

imprescindível da atuação jurisdicional que não quer ser chamada de arbitrária<sup>447</sup>. Não mais se admite uma prestação jurisdicional irresponsável e alheia aos compromissos constitucionais assumidos quando da formação e reafirmação do modelo de Estado e de sociedade na Carta de 1988, especialmente aqueles constantes de seu preâmbulo, como a justiça e a segurança, e de todos os seus dispositivos. A atividade judicial pode e deve ser fiscalizada como qualquer outra atividade estatal em respeito à democracia e cidadania. E para que este controle seja adequado e eficiente, o dever de fundamentação das decisões é indispensável<sup>448</sup>.

O controle da decisão judicial não se restringe às partes. Ao contrário, estende-se a toda a sociedade pelo caráter político<sup>449</sup> e pedagógico de que se revestem as decisões. Ademais, a constante submissão ao Judiciário dos institutos e ferramentas jurídicas, bem como da própria lei, redundam, em tese, num aperfeiçoamento que deve ser gozado por todos.

Para se fiscalizar a justiça de uma decisão, e por consequência do processo, a fundamentação é imprescindível, razão pela qual não seria de todo errado afirmar que

---

<sup>446</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 180. No mesmo sentido as lições de Sérgio Nojiri, para quem o conceito de Estado Democrático de Direito e a idéia do dever de fundamentar as decisões judiciais misturam-se. (In *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 64).

<sup>447</sup> “*El juzgar no es ya un simple acto de autoridad, sino que es necesario dar cuenta a los destinatarios (las partes y la sociedad) sobre la decisión adoptada. La motivación se ha convertido en un requisito imprescindible de toda actuación jurisdiccional que no quiera ser tachada de arbitraria, hasta el punto que, en la actualidad, no es concebible un concepto de jurisdicción sin la obligación de motivar, ya que ‘em un mundo sin certezas, el único antídoto frente a la arbitrariedad es motivar’*” (HERNÁNDEZ, Ignacio Colomer. *La Motivación de las sentencias: aproximación a un modelo*. Revista de Derecho Procesal. Números 1-3. Madrid: Rústica, 2001. p. 131-132).

<sup>448</sup> Conforme Ignacio Colomer Hernández: “*La consagración constitucional del principio de obligatoriedad de la motivación es el instrumento necesario para garantizar el control democrático de la jurisdicción. La sociedad en general renuncia al uso de la fuerza y se somete a la jurisdicción, si bien como contrapartida exige la posibilidad de controlar la administración de la justicia; de donde se deduce que una configuración democrática de la jurisdicción tiene como presupuesto el control externo de su ejercicio. El papel que la motivación desarrollará em dicho control externo es de una relevancia fundamental, dado que permite controlar la justicia de toda resolución’*” (In *La Motivación de las sentencias: aproximación a un modelo*. Revista de Derecho Procesal. Números 1-3. Madrid: Rústica, 2001. p. 165).

<sup>449</sup> “*Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas quisquis de populo, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões’*” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 69). Sobre o controle popular da decisão vide ainda: CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. São Paulo: Forense, 2002. p. 109.

a motivação das decisões judiciais encontra uma fundamentalidade adstrita ao acesso à justiça e ao devido processo legal. Isto porque é a fundamentação que demonstra o percurso do raciocínio utilizado pelo juiz e as razões que o levaram a decidir. Através deste substrato é que a parte pode convencer-se de que seus argumentos foram apreciados adequadamente e de que realmente talvez não tivesse razão<sup>450</sup>. Na hipótese de inconformismo, porém, é sobre a motivação que o prejudicado com a decisão poderá elaborar suas razões, apontando exatamente onde o juiz se equivocou ou não observou o ordenamento jurídico vigente. Sem uma fundamentação, as próprias razões do recurso perdem sua razão de ser, pois se trataria de mera repetição dos argumentos deduzidos e já apresentados ao juiz. É por intermédio da fundamentação que se permite verificar até que ponto o contraditório cumpriu seu objetivo de influenciar eficazmente na decisão.

A partir do momento em que ninguém pode ser privado de seus bens ou de sua liberdade sem um devido processo legal, a intromissão estatal é legítima quando da existência de razões para tanto, que devem, nos processos, encontrar-se de forma explícita através de fundamentação coerente, razoável, lógica e jurídica. Em resumo, o dever de fundamentação das decisões corresponde a um direito do jurisdicionado e da própria sociedade, apresentando uma fundamentalidade que permite sua alocação material (e não formal) dentro do rol das garantias fundamentais processuais.

## Seção 2 – Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial

Todas as decisões judiciais dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas. À vista do preceito estatuído na Constituição, não há maiores

---

<sup>450</sup> Como assinala Edgard Taborda Lopes “quando se sabe o porquê de se optar por uma ou outra das versões, por relevar mais este ou aquele testemunho, é natural que as pessoas aceitem melhor o que se decidiu (isto sem que seja necessário que se convençam – o que seria talvez pedir demais), mas, quando a decisão aparece sem uma motivação clara, fácil é que a indignação e a revolta surjam e progridam (porque permite a suspeita de puro arbítrio, capricho, irracionalidade ou subjectividade)”. (LOPES, Edgard Taborda. *Motivação da decisão de facto: uma visão da prática*. In *Direito Processual Civil: estudos sobre temas do Processo Civil*. Coordenado por Rui Manuel de Freitas Rangel. Lisboa: SFN Editores, 2001. p. 166-167).

ressalvas quanto aos atos que necessitam de fundamentação. Tanto as decisões proferidas em processos administrativos quanto as proferidas em processos jurisdicionais devem apresentar uma motivação sob pena de nulidade. Não há limitação constitucional quanto a espécies de decisões ou órgãos eximidos deste dever. A opção do constituinte é a de impedir qualquer tipo de julgamento sem a exposição das razões da decisão.

Por outro lado, não se deve confundir decisão com atos do juiz, resultado com atividade. Segundo o art. 162 do Código de Processo Civil, os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos de mero expediente cujas definições se encontram expressamente delineadas nos parágrafos do referido dispositivo. Outros atos também podem ser praticados pelo magistrado, como a tomada de depoimentos de testemunhas, o interrogatório das partes e a inspeção judicial.

Nem todo ato do juiz deve ser fundamentado, pois nem todos os atos possuem carga decisória. Os despachos de mero expediente, por se tratarem de atos ordinatórios do processo, sem carga lesiva, portanto, não precisam ser fundamentados. Não se trata de julgamentos propriamente ditos, mas de atos de simples impulso processual.

É claro que em algumas ocasiões o ato que poderia ser tido como despacho de mero expediente pode causar algum gravame à parte ou terceiro interessado. Estando apto a causar prejuízo, o ato deixa de ser despacho de mero expediente para ser tratado como decisão interlocutória. É necessário realizar, assim, uma investigação no campo da potencialidade de efeitos do ato para saber se ele estará apenas impulsionando o processo ou causando algum prejuízo. Assim, todos os atos com conteúdo decisório, e aqui se incluem as sentenças e as decisões interlocutórias, no juízo de primeiro grau de jurisdição, bem como os acórdãos e/ou outras decisões, incidentais, terminativas ou

definitivas, no âmbito dos Tribunais, devem ser fundamentadas sob pena de nulidade<sup>451</sup>, que é a sanção constitucional para o descumprimento.

É insuficiente, entretanto, obrigar o juiz a fundamentar a decisão. Para que possam ser atingidos os fins a que se destina este dever, a fundamentação deverá ser a melhor dentro das possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas. Decidir não é ato composto exclusivamente de sentimento ou vontade<sup>452</sup>. É ato volitivo, mas racional, em que o juiz se comunica com as partes e com a sociedade demonstrando as razões que o levaram a decidir de uma determinada forma. Se até o momento da decisão o juiz era o sujeito a ser convencido, dali em diante passa a ser o sujeito que deve convencer<sup>453</sup> as partes e a sociedade que o conflito de interesses foi resolvido de forma justa e de acordo com o ordenamento jurídico, realizando adequadamente o direito.

A decisão deve apresentar toda uma argumentação jurídica<sup>454</sup> capaz de persuadir a todos e de conquistar sua adesão, e não de simplesmente justificar uma tomada de posição sem compromisso. A personalização do processo civil exige uma

---

<sup>451</sup> Nelson Nery Júnior afirma que a “falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica da elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade”. (In *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 184). Há controvérsia sobre a adequação desta sanção às decisões não fundamentadas. Segundo Nojiri “as decisões judiciais com vícios ligados à fundamentação são anuláveis (não nulas ou inexistentes!), até que se escoo o prazo definitivo previsto para o recurso cabível ou para a propositura de ação rescisória, conforme o caso” (In *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 109). Entretanto, não se pode perder de vista que a construção esbarra na própria previsão constitucional.

<sup>452</sup> Como adverte Ignacio Colomer Hernández, “*si la sentencia se configura como un acto de sentimiento, implícitamente se está aceptando la imposibilidad de cualquier control por tratarse de una actuación de pura voluntad, de manera que resultará imposible justificar la decisión dada la inexistencia de un modelo lógico y racional de decisión que sirva de parangón. Es mayoritaria la postura que considera la sentencia un acto racional, es decir, el resultado de una operación lógica, lo que implica también reconocer la existencia de un método jurídico racional y lógico de decisión sobre la quaestio facti y sobre la quaestio iuris*” (In *La Motivación de las sentencias: aproximación a un modelo*. Revista de Derecho Procesal. Números 1-3. Madrid: Rústica, 2001. p. 132-133).

<sup>453</sup> Neste sentido: LOPES, Edgard Taborda. *Motivação da decisão de facto: uma visão da prática*. In *Direito Processual Civil: estudos sobre temas do Processo Civil*. Coordenado por Rui Manuel de Freitas Rangel. Lisboa: SFN Editores, 2001. p. 172.

<sup>454</sup> Sobre a argumentação jurídica vide especialmente: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia k. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2000.

mudança de mentalidade de modo que haja uma maior preocupação com as pessoas, interessadas direta ou indiretamente, na decisão.

Esta argumentação deve desenvolver-se sobre as questões de fato e de direito trazidas pelas partes, e até mesmo sobre aquelas passíveis de conhecimento de ofício, analisando-as substancialmente e não só formalmente. Se o contraditório assegura a informação para que a parte possa influenciar eficazmente na decisão, é através da fundamentação que se poderá verificar se o juiz realmente considerou os argumentos relevantes submetidos a sua apreciação<sup>455</sup>. As provas também devem ser alvo da fundamentação através de uma abordagem que possa permitir saber como elas foram avaliadas e valoradas. O convencimento é livre, porém fundamentado. A falta de fundamentação, como dito, acarreta a nulidade. A fundamentação insuficiente, do mesmo modo, também deve ser sancionada de forma idêntica.

Muitas vezes a decisão não guarda correspondência com fundamentação. Em alguns casos argumenta-se de uma maneira e julga-se de outra, demonstrando que ou a fundamentação foi insuficiente ou a decisão era contraditória. Em tantas outras situações a fundamentação cinge-se a expressões vazias do tipo “presentes os pressupostos legais defiro”, ou “não configurados os requisitos legais indefiro”. Em todas estas situações há violação ao dever de motivação das decisões judiciais. De nada adianta, da mesma forma, fundamentar a decisão tratando somente de questões jurídicas após dizer de forma simplista que os fatos apresentados foram devidamente provados. A fundamentação deve ser, convém insistir, consistente, coerente, lógica, jurídica, clara, razoável e racional.

É evidente que tal direito admite restrições. As decisões interlocutórias e as sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito, por exemplo, permitem que a fundamentação seja concisa, não representando, assim, aquela aplicação máxima do referido direito. Entretanto, o elevado número de processos recomenda que tal prática seja levada a efeito como forma de auxiliar a efetivação do acesso à justiça. Há, assim, uma precedência deste direito frente ao que recomenda

---

<sup>455</sup> Neste sentido: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos Estudos Jurídicos. Revista do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: Univali, 2002. p. 32.

uma aplicação mais reduzida. Fundamentação sucinta, contudo, não é sinônimo de ausência de fundamentação, sob pena de violação do núcleo essencial do direito em comento. A deficiência na motivação da decisão, concisa ou não, reclama pelo reconhecimento e aplicação da sanção constitucional estabelecida para garantir a regular aplicação da ordem jurídica.

Como direito fundamental, recomenda-se um aproveitamento segundo sua máxima capacidade e dentro das possibilidades jurídicas e fáticas apresentadas em cada caso concreto. Admitem-se, todavia, restrições *jusfundamentais* a este direito, desde que preservado um conteúdo que dá significado àquela garantia, devendo todas as decisões judiciais apresentar uma fundamentação mínima que possibilite dar conhecimento dos motivos que convenceram o juiz a decidir daquela maneira.

## CAPÍTULO VII – PUBLICIDADE

### Seção 1 – A Publicidade dos Atos Processuais como Direito Fundamental

A publicidade dos atos processuais encontra abrigo constitucional em dois dispositivos distintos. Primeiro no inciso LX do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; segundo no inciso IX do art. 93, segundo o qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

A simples previsão da garantia de publicidade dos atos processuais no art. 5º é suficiente para indicar que se trata de um direito fundamental principal. Todavia, mesmo que inexistisse o referido enunciado normativo, a previsão contida no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal também recomendaria um *status jusfundamental* à publicidade dos atos processuais dadas as relevantes funções que desempenha no ordenamento.

Não obstante qualquer outra missão que lhe possa ser atribuída, como a de educar<sup>456</sup>, o papel mais importante desempenhado pela publicidade é o de permitir a fiscalização da prestação jurisdicional, pelas partes e pela sociedade, dos atos praticados pelos magistrados, promotores públicos, advogados e serventuários da justiça<sup>457</sup>.

Em razão da atribuição da prestação jurisdicional ter sido conferida pelo povo por intermédio da Constituição, nada mais natural que seja possível o exercício de um controle externo geral a cada ato processual praticado através de um acesso facilitado

---

<sup>456</sup> Segundo Rui Portanova, a publicidade dos atos processuais cumpre também uma função educativa quando divulga idéias, incentiva o interesse pela justiça e eleva a confiança das pessoas no Poder Judiciário (In *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 168).

<sup>457</sup> Vide: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 69. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edição. Buenos Aires: Depalma Editora, 1993. p. 192. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 12-13. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 79.

de todos os documentos e audiências do processo. Prestigia-se, com isto, a soberania e a própria democracia, concedendo a cada pessoa o papel de funcionar como um juiz dos juízes, nas palavras de COUTURE<sup>458</sup>.

Desta forma, a publicidade encontra no Estado Democrático de Direito a fundamentalidade material que a legitima como autêntica garantia ou direito fundamental, pois uma configuração democrática de jurisdição, como afirma HERNÁNDEZ, tem como pressuposto a possibilidade de controle externo de seu exercício<sup>459</sup>.

## Seção 2 – Âmbito de proteção e núcleo essencial

Para o exercício da fiscalização popular, o processo deve ser transparente. Todos os atos processuais, e não só os julgamentos, devem ter o acesso facilitado a qualquer pessoa que nela tenha comprovado interesse ou não. Para a segurança e confiabilidade da atividade jurisdicional, este acesso não deve dar o direito a terceiros de indiscriminadamente retirar o processo dos cartórios e secretárias judiciárias para exame. É suficiente, para controle popular, o simples acesso aos autos e às certidões sobre a realização ou descrição de algum ato processual, reservando-se sua retirada aos advogados em razão de seu indispensável papel na administração da justiça, consoante expressa previsão constitucional contida no art. 133. Fere o direito fundamental da publicidade a proibição irrestrita da retirada dos autos pelo advogado para obtenção de fotocópias ou mesmo para uma análise mais detida. Esta decisão, todavia, pode ser restringida para assegurar o direito de igualdade (quando da publicação de uma decisão de conteúdo comum às partes) ou qualquer outro interesse relevante que indique a necessidade de os autos permanecerem no cartório ou secretaria.

---

<sup>458</sup> “La publicidad del proceso es, a nuestro modo de ver, de la esencia del sistema democrático del gobierno. [...] Em último término, el pueblo es el juez de los jueces”. (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edição. Buenos Aires: Depalma Editora, 1993. p. 192-193).

<sup>459</sup> HERNÁNDEZ, Ignacio Colomer. *La Motivación de las sentencias: aproximación a un modelo*. Revista de Derecho Procesal. Números 1-3. Madrid: Rústica, 2001. p. 165.

Como garantia fundamental a publicidade dos atos processuais deve buscar uma harmonização com os outros direitos fundamentais, de modo que entre eles haja uma relação de precedência condicionada de um sobre o outro, atendidas as necessidades do caso concreto. Baseada nestas intervenções admite-se que o processo se desenvolva em segredo de justiça, impedindo o acesso dos autos a terceiros e, em alguns casos, até mesmo às partes, conforme previsão constitucional contida nos dois enunciados normativos que tratam da matéria. Assim, quando a intimidade, vida privada ou dignidade da pessoa humana demandarem proteção, pode a garantia da publicidade ser limitada para impedir que se tornem públicos os atos processuais.

As mesmas restrições podem ser impostas em razão de interesses sociais ou públicos, como no caso de processos envolvendo interesses de menores ou em causas envolvendo direito de família. O sigilo processual pode ser decretado sempre que se mostrar medida adequada, proporcional e razoável quando a publicidade pode potencialmente ameaçar a integridade de outros bens, mesmo sem uma expressa previsão legal, pois o interesse social ou público não se limita a um número determinado de situações previstas pelo legislador<sup>460</sup>. Nestas situações, como adverte Leonardo Greco, a “decisão que impõe o segredo de justiça deve ser precisamente motivada, com fundamento em circunstâncias especiais claramente identificadas e estritamente necessárias”<sup>461</sup>.

O direito de acesso do advogado ao processo, todavia, ante sua indispensável participação na administração da justiça é impossível de ser subtraído. O sigilo absoluto do processo ou o impedimento de participação do advogado nas audiências ou sessões (para instrução ou julgamento) fere o núcleo essencial da garantia fundamental da publicidade dos atos processuais, inviabilizando, indiretamente, a

---

<sup>460</sup> “Alguns temas costumam ensejar a exceção ao princípio da publicidade. São exemplos: a defesa nacional, a ordem pública, a intimidade dos interessados, a moral, os bons costumes e a defesa da família. Busca-se, com a restrição da publicidade, evitar a curiosidade geral, as conseqüências desastrosas, a perturbação da ordem, a apreensão do povo, o alarme, o tumulto, o apavoramento, a marca negativa e a afronta à dignidade das pessoas físicas e jurídicas, sejam de direito privado ou público” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 169).

<sup>461</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos Estudos Jurídicos. Revista do Curso de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: Univali, 2002. p. 41.

fiscalização da atividade jurisdicional, o que é arbitrário e inconcebível num Estado que se diz democrático e de direito.

Como mandados de otimização, os direitos fundamentais recomendam uma aplicação máxima desde que respeitados os outros direitos, com os quais deve conviver de forma harmônica. Assim, redobrados devem ser os cuidados não só com a falta, mas também com o excesso de publicidade, mormente nos dias de hoje em que a informação é quase instantânea e universal<sup>462</sup>. Ele pode violar a intimidade, a vida privada e a dignidade das pessoas, motivo pela qual deve haver prudência na divulgação de dados processuais, em especial aqueles ainda não consolidados, lastreados em cognição sumária ou constantes de decisão não transitada em julgado. A divulgação de nomes, imagem ou reputação das pessoas, dado o caráter não patrimonial e de difícil, senão impossível, reparação em caso de lesão, deve ser limitada. A publicidade típica dos atos processuais não é sinônima de veiculação ampla de informações através dos meios de comunicação de massa como a televisão e o rádio<sup>463</sup>. Mesmo no caso dos bancos de dados gerenciados pelo próprio Poder Judiciário, que permitem a consulta às movimentações processuais pela internet, se a preservação da intimidade ou de outro interesse social ou público indicar, devem ser tomadas precauções de forma a resguardar os direitos em risco, como acontece, por exemplo, com a substituição do nome e prenome das partes pelas respectivas iniciais. Se há interesse social numa ampla fiscalização da atividade jurisdicional pelo povo, há também igual interesse na preservação da dignidade da pessoa humana e de tantos outros direitos a ela ligados, o que reclama por um equilíbrio e avaliação constante de acordo com os interesses em jogo em cada caso concreto.

---

<sup>462</sup> Segundo Eduardo Couture “*la televisión de audiencias há provocado em algunos países profundas reacciones de protesta. No sólo los jueces ven perturbada su acción por una malsana curiosidad, sino también las propias partes y los testigos son sometidos a graves excesos de publicidad que violan el derecho a la intimidad, a la disponibilidad de la propia persona, el chamado the right of the be alone, el derecho a que lo dejen a uno solo y em paz*” (In *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edição. Buenos Aires: Depalma Editora, 1993. p. 192-194).

<sup>463</sup> Sobre os perigos do excesso de publicidade vide ainda: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 71.

## CAPÍTULO VIII – IGUALDADE DE OPORTUNIDADES PROCESSUAIS

### Seção 1 – Direito Fundamental de Igualdade Processual

A igualdade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Além de constar no preâmbulo da Constituição, a expressão é utilizada em pelo menos três oportunidades já no início do seu art. 5º. As duas primeiras no *caput*, quando dispõe que todos são iguais perante a lei e que a igualdade constitui uma das garantias invioláveis dos brasileiros e estrangeiros residentes no País. A terceira já no primeiro inciso do art. 5º, segundo o qual os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos fixados na Constituição.

Inúmeras são os campos de aplicação do direito à igualdade. Fala-se em isonomia sem distinção de sexo, de cor, de raça, de idade, de trabalho, de crença, etc. nos mais diversos campos, como civil, penal, tributário, constitucional, administrativo e também processual, sem prejuízo de outros fatores de não menor importância. Mais especificamente no regime dos direitos fundamentais, assume a condição de princípio estruturante dada sua importância e magnitude<sup>464</sup>.

Nos limites deste trabalho, o interesse se restringe ao direito fundamental à igualdade processual, extraído também dos enunciados normativos acima mencionados.

### Seção 2 – Âmbito de Proteção e Núcleo Essencial

Por mais paradoxal que possa ser a verdadeira identidade da igualdade reside no reconhecimento de que nem tudo ou todos são iguais, e que, por isto, a desigualdade deve ser também aplicada. Se há um direito à igualdade formal, há, também, o direito a um tratamento desigual para se alcançar uma igualdade material.

---

<sup>464</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 416.

Superioridades ou hipossuficiências econômicas, processuais ou sociais, v.g., recomendam uma compensação no tratamento recebido pelo Estado.

Afirmar que devem ser asseguradas condições isonômicas formais perpetua as desigualdades reais existentes. A criação de um ambiente propício a proporcionar um equilíbrio dos “pratos da balança” é uma necessidade imprescindível nos dias atuais.

Basta pensar naquelas situações em que a parte não detém condições econômicas, nem acesso às informações necessárias, para se desincumbir dos ônus que normalmente lhe seriam atribuídos em um processo civil. Numa perspectiva meramente formal as partes deveriam ser tratadas de forma idêntica, impedindo, assim, eventual inversão na distribuição do ônus que incumbe a cada parte provar o que alega (o autor, os fatos constitutivos do direito; o réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do mesmo direito). Não são raros os casos em que a hipossuficiência da parte é um significativo entrave à produção da prova, podendo culminar, em tese, na rejeição dos pedidos. O que pode ser uma atividade fácil para um pode apresentar uma grande dificuldade para outro.

O reconhecimento de que nem todas as pessoas estão em condições materialmente iguais permite a formulação e aplicação do direito de forma desigual, na medida exata, porém, das desigualdades que devem lhe servir de limite. Destinatário primeiro do direito, assim sendo, é o legislador, que deverá procurar criar procedimentos e institutos que proporcionam uma isonomia material e processual entre as partes. Por esta razão, para citar a título de exemplo, é que vige norma possibilitando que dá poderes ao juiz de inverter o ônus da prova nas relações de consumo, quando forem verossímeis as alegações ou hipossuficiente o consumidor (art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078). A própria natureza do direito tutelado também pode servir como fundamento para a elaboração de procedimentos diferenciados, para assegurar tanto o acesso à justiça quanto o próprio direito à igualdade.

Questiona-se a constitucionalidade de algumas normas jurídicas concebidas originariamente para dar um tratamento diferenciado em razão da qualidade da parte envolvida. É o caso dos processos envolvendo a Fazenda Pública ou o Ministério

Público<sup>465</sup>. O artigo 188 do Código de Processo Civil dispõe que os prazos serão computados em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. A mesma previsão pode ser catalogada também no art. 277 do mesmo diploma normativo, como no §5º do art. 5º da Lei nº 1.060, esta última, porém, quanto ao estabelecimento de prazos para o defensor público. Todos estes direitos costumam encontrar fundamento na prevalência do interesse público aliado à impossibilidade, daqueles entes, de recusar trabalho que, por sua vez, seria e realmente é excessivo.

Para Nelson Nery Júnior o benefício de prazo concedido pelas referidas normas é constitucional, pois “trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial”<sup>466</sup>. Não se filiando a esta linha de pensamento, Paulo Henrique dos Santos Lucon defende que tais benefícios são inadmissíveis, pois “nos dias de hoje, com o uso em larga escala do computador, não pode mais prevalecer o entendimento de que o Estado necessita de privilégios inconstitucionais”, que a seu ver violam a igualdade das partes no processo<sup>467</sup>.

Há outros assuntos polêmicos e de constitucionalidade discutível, como a das normas que prevêm a condenação em honorários por equidade quando a Fazenda Pública é vencida (art. 20, §4 do CPC), a inexistência de sucumbência nas hipóteses de reconhecida violação a direito nos mandados de segurança (em razão da ausência de disposição exigindo aplicação, quanto a este ponto, do CPC) e a remessa obrigatória (art. 475 do CPC)<sup>468</sup>. São benefícios que visam, em tese, proteger o interesse público e, indiretamente, a sociedade como um todo.

---

<sup>465</sup> A expressão é utilizada, aqui, em sentido amplo, englobando a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e autarquias.

<sup>466</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 48.

<sup>467</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 119.

<sup>468</sup> Sobre o assunto vide: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 57-62. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 118-126.

A previsão de prazos em dobro, porém, o reexame necessário, a redução de sucumbência e um sistema de pagamento ineficiente através de precatórios, podem, ao menos em tese, sugerir que os motivos para a formulação e aplicação destes direitos têm outros interesses que não o de buscar um tratamento desigual em razão de uma desigualdade, especialmente em razão da insuficiência da justificativa pautada exclusiva e abstratamente na expressão interesse público<sup>469</sup>. Os constantes problemas de caixa e o fato de a Fazenda Pública ser habitualmente o maior litigante do País são indícios que podem levar à conclusão de que se os privilégios seriam indevidos.

Para confirmar a constitucionalidade destas medidas, sob o ângulo da isonomia, deve o operador do direito se valer do maior número possível de ferramentas e de uma análise minuciosa das diferenças fáticas que dão sustentação ao tratamento diferenciado, justificando detida e concretamente qual o *interesse público* que as legitima.

Segundo Canotilho, algumas decisões do Tribunal Constitucional Português têm na proibição do arbítrio o enunciado revelador da inconstitucionalidade, existindo “observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais”<sup>470</sup>. Quando o tratamento desigual é fruto de uma vontade infundada, sem lastro sério, razoável e um sentido legítimo, a violação à isonomia estaria consumada.

Robert Alexy também relaciona o direito fundamental de igualdade com a proibição de tratamento arbitrário. Para ele, se não houver razão suficiente para um tratamento desigual, a paridade deve ser obrigatoriamente observada. Existindo uma razão suficiente para o tratamento desigual, este deverá ser obrigatoriamente observado<sup>471</sup>.

Há um deslocamento da decisão para a argumentação jurídica, persuadindo a sociedade de que a razão apresentada para justificar o tratamento desigual é razoável,

---

<sup>469</sup> “Justificar os privilégios da Fazenda Pública no ‘interesse público’ não convence”. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p 125).

<sup>470</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 419.

séria, jurídica e tem um objetivo legítimo. Entram em cena, aqui, as mesmas técnicas destinadas à resolução de conflitos entre direitos fundamentais como instrumentos úteis para verificar se o tratamento atende a igualdade substancial ou não se trata de mera arbitrariedade, e se há ou não violação de seu núcleo essencial que, a bem da verdade, é desvendado a cada verificação.

O Estado-juiz, por sua vez, não pode esquivar-se à observação do direito à igualdade quando presta a atividade jurisdicional, condição *sine qua non* para a aspiração a um processo justo<sup>472</sup>. O próprio direito ao contraditório, como visto anteriormente, tem como fundamento a isonomia entre as partes, devendo o juiz assegurar-lhes chances iguais de influenciar eficazmente sua decisão. A isonomia assegura uma paridade de armas<sup>473</sup> e de oportunidades processuais, além de um tratamento neutro por parte do juiz proporcional às igualdades e diferenças entre as partes. Existindo desigualdades, vale repisar, poderá o magistrado, nas lições de Lucon, tomar medidas compensatórias de modo a permitir a efetiva, adequada e tempestiva defesa dos direitos em juízo<sup>474</sup>.

O direito à paridade de armas deve ser otimizado, de modo a afastar os inconstitucionais ônus e privilégios processuais arbitrários e baseados em razões insuficientes para um tratamento distinto. Omitindo-se o legislador, compete ao magistrado tomar as providências necessárias para tutelar adequadamente o direito à

---

<sup>471</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 395-418.

<sup>472</sup> TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giugno 2001. Milano: Giuffrè. p. 381. TARZIA, Giuseppe. *Le Garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-Settembre 1998. Padova: Cedam. p. 660.

<sup>473</sup> Conforme Jorge Miranda: “O princípio da igualdade das armas significa equilíbrio entre as partes na apresentação das respectivas teses na perspectiva dos meios processuais de que para o efeito dispõem e, sem implicar embora uma identidade formal absoluta dos meios, exige que o autor e o réu tenham direitos processuais idênticos e estejam sujeitos também a ônus e cominações idênticos, sempre que a sua posição no processo for equiparável” (*In Manual de direito constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 273).

<sup>474</sup> Segundo o autor, estas medidas refletem a igualdade real e proporcional, em que o “tratamento desigual deve ser dispensado aos substancialmente desiguais na exata medida da desigualdade. Neutralizando carências culturais e econômicas, estará o juiz demonstrando consciência da realidade na qual está inserido e promovendo a verdadeira igualdade substancial” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 111).

igualdade substancial, através de uma conformação procedimental que atenda o modelo processual constitucional e as normas infraconstitucionais compatíveis.

## 4ª PARTE – DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

### CAPÍTULO I - PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESENVOLVIMENTO JUDICIAL (“CRIAÇÃO” E “RECONSTRUÇÃO”) DE DIREITOS

Antes de se ingressar no cerne da prestação da tutela jurisdicional e a concretização de direitos fundamentais, é oportuno esclarecer o posicionamento do ordenamento brasileiro frente aos dois maiores sistemas jurídicos vigentes, o *common law* e o romano-germânico.

O sistema jurídico da *common law* é adotado em países onde, ao longo da evolução histórica do direito, a conduta foi sendo regulada por regras não escritas, que reconhecem a jurisprudência como fonte do direito. Nos termos da classificação proposta por Luiz Alberto Warat, o sistema jurídico da *common law* é inspirado numa ideologia realista, em que a responsabilidade pela criação do direito passa da figura do legislador para a do julgador o qual, diante de uma controvérsia, enuncia a regra para regular aquele caso e que poderá servir de precedente para outros. Tendo em vista que o juiz exerce papel de criação do direito, seus atos de interpretação assumem uma identidade constitutiva, representando verdadeiros atos de vontade<sup>475</sup>.

Fazendo frente ao sistema da *common law*, desenvolveu-se no continente europeu o sistema romano-germânico, também denominado *direito continental* ou *civil law*. Tendo como berço a codificação do Direito Romano, suas características acompanharam a própria evolução do Estado que, seguindo a distinção e separação dos poderes propugnada por Locke e Montesquieu, atribuiu exclusivamente ao legislador a função de elaborar as leis e de *criar o direito*, reservando ao Judiciário a tarefa de aplicar este direito, de prestar a tutela jurisdicional. Os juízes cumprem a

---

<sup>475</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito – interpretação da lei - temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. p. 52.

função de pronunciar as palavras da lei, através de exercícios silogísticos cuja única função seria o de aplicar o direito. Não há, em tese, espaço para julgamentos baseados tão somente no critério da justiça (equidade), como também não existe possibilidade de o magistrado atuar como legislador, criando o direito para um caso concreto. Para Luiz Alberto Warat o sistema jurídico romano-germânico tende ao formalismo, em que a atividade de criação do direito pode ser realizada exclusivamente através do Poder Legislativo<sup>476</sup>. Em razão da auto-suficiência e da plenitude hermética, todas as espécies de conflitos possuem suas soluções nos enunciados legais abstratos e inflexíveis, produzidos pelo Legislativo. O ato de interpretação pelo juiz não admite uma participação inovadora ou modificativa. É mero ato silogístico que subordina os fatos ao enunciado abstrato disposto em lei.

Os Estados cujos sistemas jurídicos são de origem romano-germânica encontram-se, sem dúvida, umbilicalmente ligados à clássica teoria de separação de Poderes de Montesquieu. Contudo, como salientado anteriormente, este autêntico dogma vem sendo alvo de um contínuo processo de questionamento sobre a exclusividade funcional de cada poder.

Quando se fala na possibilidade de criação do direito através da atividade jurisdicional reabre-se, invariavelmente, a discussão sobre o papel do Poder Judiciário dentro de um Estado Democrático de Direito. Esta estruturação do modelo de Estado brasileiro - democrático de direito, constitucional e voltado ao social – permite, todavia, uma revisão para adequar as funções estatais às necessidades concretas da atualidade. Não se deve perder de vista que o Estado, a lei, o direito, enfim, todas as categorias e institutos jurídicos em geral, devem servir ao homem e suas necessidades, motivo pelo qual a atividade jurisdicional dentro da originária concepção da separação de poderes deve ser reavaliada.

Segundo Fikentscher, citado por Karl Larenz, o resultado da atividade jurisdicional é a verdadeira norma que regula o caso concreto, a autêntica fonte do direito, devendo o juiz vincular-se exclusivamente à lei quando ela estabelece limites

---

<sup>476</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito – interpretação da lei - temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. p. 52.

numéricos ou de prazo. Em qualquer outra hipótese, a lei apenas estabelece parâmetros para a obtenção da verdadeira norma, que resulta da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado<sup>477</sup>. Posicionamentos radicais, contudo, produzem insegurança jurídica que, em um sistema e País como o Brasil, pode tornar insustentável o convívio harmônico em sociedade.

Em tom mais brando, para Friederich Müller<sup>478</sup> e Mauro Cappelletti<sup>479</sup>, a lei só é completa quando decide um caso concreto, pois serve apenas como *ponto de partida* para a construção da verdadeira norma reguladora do caso concreto. A norma jurídica, segundo eles, seria incompleta, passando a ter significado quando extraída a argumentação jurídica, base da atividade decisória capaz de descobrir o seu verdadeiro sentido. O processo de concretização, entendido aí como produção da norma através da incidência e valoração da lei perante um caso concreto, faria brotar o direito.

Assim, partindo da premissa de que a decisão acaba construindo uma *norma* específica para a situação de fato, todo direito aplicado por um órgão jurisdicional pode ser designado como *direito judicial* resultante da aplicação daquele direito num suporte fático determinado<sup>480</sup>. Sob esta ótica, se toda atividade judicial pressupõe interpretação, e se toda interpretação pressupõe a adição dos elementos e variantes que cercam a figura do intérprete, toda atividade judicial pode ser tida como um procedimento criativo<sup>481</sup>, o que exige reflexão.

Apesar da difusão da idéia de que toda atividade de interpretação dos juízes apresenta momentos de criação de direito<sup>482</sup>, deve ser realizada uma distinção a partir

---

<sup>477</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 198.

<sup>478</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 183 e ss.

<sup>479</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1988.

<sup>480</sup> Neste sentido a posição de FRIEDERICH MÜLLER, *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 185.

<sup>481</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 197.

<sup>482</sup> CHIARLONI, Sergio. *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*. Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile. Marzo. Milano: Giuffrè, 2002. p. 1.

de um sentido amplo de criação judicial<sup>483</sup>, da qual são espécies a criação judicial de direito em sentido estrito e a interpretação de direitos propriamente dita. Enquanto nesta os elementos adicionados pelo intérprete não ultrapassam as fronteiras da regra jurídica já elaborada pelo legislador, na criação judicial de direito em sentido estrito a prestação jurisdicional culminaria na concretização de direitos, deveres ou obrigações não constantes de regras jurídicas específicas.

Mas em que casos o magistrado estaria apto a desenvolver o direito mediante uma atividade criativa e reconstrutora dos direitos? É certo que a ingerência do Poder Judiciário, em função que não lhe é própria, causa polêmica e origina críticas profundas. Capitaneando a corrente denominada procedimentalista, Habermas, segundo Streck, critica a ingerência do Poder Judiciário nos campos da política e da imposição de regulamentos na sociedade, aduzindo ser aquele Poder desproporcional no pós-guerra<sup>484</sup>. Atribuindo aos juízes a possibilidade de criação do direito, haveria um enfraquecimento da democracia representativa e um descompasso nas relações de poder próprias das democracias contemporâneas<sup>485</sup>.

A teoria substancialista, por outro lado, que se contrapõe a procedimentalista, atribui ao Poder Judiciário o exercício da prestação da tutela jurisdicional com a possibilidade de incorporar, no sistema político vigente, garantias e direitos aos grupos sociais excluídos que, em razão da marginalidade, não têm voz ativa no sistema no em que estão inseridos<sup>486</sup>. Este modelo tem por fundamento o constitucionalismo dirigente dos ordenamentos jurídicos que autoriza o Poder Judiciário a assumir uma postura mais ativa na sociedade, centralizando ao seu redor os focos de tensão e servindo como instrumento para o cumprimento dos ditames do Estado Democrático de Direito<sup>487</sup>, em especial para a concretização e atuação dos direitos que o sistema jurídico qualifica como fundamentais.

---

<sup>483</sup> Para Michele Taruffo a existência do poder criativo dos juízes constitui um enunciado genérico e de difícil compreensão. (*In Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Marzo. Milano: Giuffrè, 2001. P. 11/12.)

<sup>484</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 40.

<sup>485</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 41-42.

<sup>486</sup> Neste sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1988. p. 99.

<sup>487</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 45.

O argumento de que a criação do direito através da decisão judicial seria inaceitável, porque antidemocrática, é, de fato, um argumento poderoso. Entretanto é sustentar que o desenvolvimento judicial é imprescindível para a concretização dos direitos fundamentais, não devendo ser admitida ao que respeita às regras jurídicas, com exceção, neste caso, da declaração de sua inconstitucionalidade quando o juiz constitucionalmente estaria autorizado a atuar como legislador em sentido negativo. O exercício de função legislativa pelo Poder Judiciário, no campo das regras jurídicas em geral, certamente deve ser classificado como atividade antidemocrática, não lhe cabendo ao mesmo fazer com que elas sejam cumpridas de modo diferente ante a definitividade de suas razões e sua aplicação segundo o “tudo ou nada”. O desenvolvimento judicial do direito deve restringir-se ao campo dos direitos fundamentais, dos princípios jurídicos e das lacunas existentes no ordenamento jurídico.

E aqui a estrutura da norma de direito fundamental, e mais especificamente a distinção entre princípios e regras, constitui um importante critério distintivo que permite a construção dos direitos pelo Poder Judiciário. Tendo em vista a aplicabilidade imediata e otimizadora das normas de direito fundamental, compostas de razões *prima facie*, a atividade jurisdicional em torno desta categoria jurídica possibilita uma maior discricionariedade judicial. O conteúdo principiológico dos direitos fundamentais, aplicados como mandados de otimização, reclama por uma prestação jurisdicional construtivista em substituição ao método subsuntivo<sup>488</sup>. É esta discricionariedade judicial própria da necessidade de construir conceitos e delimitar a aplicação da norma que permite, no entendimento de Mauro Cappelletti, o dinamismo e a criatividade dos juízes em nossa época, sobretudo por se tratar de um efeito natural da nova concepção de Estado<sup>489</sup>.

Ao se apresentarem preponderantemente - e num primeiro plano - como princípios, os direitos fundamentais exigem uma maximização de resultados em que as

---

<sup>488</sup> QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 128.

<sup>489</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 42.

normas devem ser cumpridas em diferentes graus, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas e em harmonia com outros direitos de igual hierarquia em conflito. Por não se tratar de uma razão definitiva, de um “tudo ou nada”, a atividade judicial, quando estão em jogo os direitos fundamentais, não se resume ao mero silogismo de submissão dos fatos às regras jurídicas. Há uma margem a ser trabalhada que, somente com a agregação de elementos adicionais, pode buscar a melhor ou mais adequada solução para o caso concreto, o que exige, como ressalva Zagrebelsky, uma tomada de posição no caso concreto<sup>490</sup>. A inserção destes elementos adicionais (ou esta tomada de posição), faz com que a prestação da tutela jurisdicional vá além da mera aplicação da regra<sup>491</sup>. A atividade jurisdicional, nestes casos, não se limita à revelação e aplicação do direito. O Judiciário, ao se desincumbir de sua atividade nestas hipóteses, reconstrói o direito para o caso concreto, atuando como verdadeiro legislador e referendando uma nova concepção da teoria da separação dos poderes, admitindo uma atividade judicial criadora de cunho suplementar e ampliativa<sup>492</sup>. Não há razões suficientes, como entende Sérgio Moro, para se aguardar intermediação legislativa para a concretização dos direitos fundamentais, inclusive os expostos em normas-princípio ou normas-programa, uma vez que a supremacia da Constituição e o princípio da aplicabilidade imediata autorizam uma tutela jurisdicional concretizadora<sup>493</sup>. Desta forma, restaria aberta a possibilidade de (re)construção e (re)dimensionamento do conteúdo e

---

<sup>490</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 111.

<sup>491</sup> LÊNIO STRECK, valendo-se das lições de GADAMER, aduz que a simples adição a uma lei já existente, de novos elementos ligados à figura do intérprete, acaba conduzindo ao reconhecimento de que um novo texto foi produzido (In *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 194-197).

<sup>492</sup> Quanto a este ponto vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.136-140.

<sup>493</sup> MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 79.

aplicação de direitos fundamentais quando do exercício da prestação da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário no caso concreto<sup>494</sup>.

A estrutura normativa dos direitos fundamentais, com suas razões *prima facie* e sua efetividade máxima segundo as possibilidades jurídicas e fáticas, permite a criação judicial do direito e do ativismo judicial. O próprio exercício de fundamentação das posições jurídicas ligadas aos direitos fundamentais, bem como a resolução dos conflitos e colisões de bens *jusfundamentais* mediante a utilização de ponderação de bens e do critério da proporcionalidade, implicam em atividade que não é de mera subsunção, apresentando um conteúdo criativo e em constante mutação.

Adverte-se desde logo, mais uma vez, que a criação judicial do direito deve ser legitimada somente nos casos envolvendo direitos fundamentais, ficando defeso, ao juiz, uma atuação criativa quando estão em jogo regras jurídicas<sup>495</sup>. Tendo em vista que elas prevêm condutas ou situações individualizadas seria preocupante admitir-se criatividade jurisdicional nesses casos, pois o resultado seria um ambiente de total insegurança jurídica e imprevisibilidade. Quanto aos princípios e direitos fundamentais, todavia, a relação é diferente. Se para as regras aplica-se a subsunção, aos princípios adiciona-se, além deste, a necessidade de argumentação e constante (re)construção, dada suas razões *prima facie* e sua concretização em diferentes graus. É uma atividade que se resume ao caso em que foi analisado e concretizado o direito fundamental. A extensão de seus efeitos a outros casos depende de argumentação jurídica. Como afirma Sérgio Chiarloni, a Constituição é o caminho pelo qual deve transitar o juiz em sua atividade criadora de direito, constituindo-se, os direitos

---

<sup>494</sup> O que engloba tanto os direitos fundamentais principais quanto os adstritos pois, segundo Jorge Miranda, os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem outros, que podem ser extraídos de forma indireta pelos órgãos de execução do direito (tribunais), uma vez que a enumeração constitucional acolhe outros direitos ao invés de restringi-los (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 11/12). Isto parece ocorrer, como antes mencionado, também na Constituição brasileira (art. 5º, §2º).

<sup>495</sup> No mesmo sentido são as ponderações de GUSTAVO ZAGREBELSKY (In *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 152).

fundamentais, a estrela guia na tarefa de integração do ordenamento jurídico e concretização dos direitos<sup>496</sup>.

O mesmo processo de criação do direito pode ocorrer sob o manto de integração de lacunas da lei<sup>497</sup>. Deparando-se com a tarefa de deduzir um direito para uma pretensão que não encontra abrigo explícito na lei, o juiz pode suprir o silêncio do legislador. É claro que em alguns casos é o juiz quem, na verdade, cria a pretensa lacuna, identificando uma nova necessidade para poder satisfazer a pretensão da parte sem precisar admitir que criou o direito<sup>498</sup>. O magistrado tem a possibilidade de se colocar, segundo sua vontade, de um ou de outro lado da linha divisória entre a submissão à lei e a inventividade judiciária<sup>499</sup>. Nesta hipótese seria admissível buscar uma concretização procedimental, por exemplo, para tutelar de forma adequada e efetiva os direitos, dando vazão à aplicabilidade máxima e posição normativa superior das garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais constitucionais, deste modo, devem ser reconhecidos e aplicados em grau máximo pelo Judiciário, mesmo nos casos em que a lei prevê alguma conduta em sentido contrário às posições *jusfundamentais*. Trata-se de uma mudança paradigmática que outorga ao Judiciário o exercício de uma função contra-majoritária ao Legislativo em defesa dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito, constitucionalmente voltado ao bem estar social, à justiça, proteção e plena aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, exige um novo modo de olhar o direito. Mais do que isso, os valores, os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais (incluindo os processuais), fornecem novas ferramentas para o operador do direito em

---

<sup>496</sup> CHIARLONI, Sergio. *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*. Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile. Marzo. Milano: Giuffrè, 2002, p. 4.

<sup>497</sup> Segundo KARL LARENZ, toda vez que o juiz é chamado para preencher as lacunas da lei desenvolvimento judicial de algum direito. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 519.

<sup>498</sup> Neste sentido: RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 323.

<sup>499</sup> RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 326.

busca de soluções mais adequadas aos conflitos de interesses. Há, como afirma Lorenzetti, uma responsabilidade social de que o juiz não pode se esquivar<sup>500</sup>.

Por outro lado, Hart lembra que não há um número finito de aspectos fáticos que permitem estatuir previamente cada possibilidade<sup>501</sup>. O mundo se moderniza, formam-se novas maiorias e minorias, as necessidades mudam, a sociedade marginaliza, surgem novos valores e direitos que exigem um novo paradigma de democracia, que permita a legitimação dos atos de todos os poderes em prol da dignidade da pessoa humana e da efetivação dos direitos fundamentais, inclusive os processuais que, dada sua função, dão vida e constituem instrumentos para a concretização de todos os demais direitos. Quando a Constituição é prolixa como a brasileira, na hipótese de alterações dos interesses da sociedade prefere-se, segundo Hesse, uma interpretação construtiva à revisão constitucional como forma de assegurar sua estabilidade e força normativa<sup>502</sup>.

A organização plural da sociedade, a exclusão e marginalização de grupos sociais e os novos direitos exigem um tratamento efetivo e concreto pelo Estado que se afirma democrático e de direito. O Poder Judiciário, através da atividade jurisdicional, tem a possibilidade de incorporar, ao sistema político vigente, garantias e direitos aos excluídos ou marginalizados, proporcionando uma prestação jurisdicional concretizadora dos direitos fundamentais.

O próprio quadro deficitário e crítico dos Poderes Legislativo, que não legisla, e do Executivo, que não observa satisfatoriamente a Constituição, acaba sedimentando e legitimando o Poder Judiciário quando realiza e até mesmo desenvolve alguns direitos partindo de outros, sobremaneira no campo dos direitos e garantias

---

<sup>500</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 75.

<sup>501</sup> HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 141.

<sup>502</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 23.

fundamentais<sup>503</sup>. Na falha de um dos poderes, não deve o Judiciário fechar os olhos e simplesmente avalizar a omissão. Os direitos fundamentais formam o rol das exigências básicas da Constituição e do ordenamento jurídico e, por este motivo, devem ser efetivados por todos os poderes, estejam eles, ou não, no exercício de suas atribuições principais<sup>504</sup>. A atividade jurisdicional, diante deste quadro, estaria apta a criar o direito, mas desde que em limites definidos e de acordo com critérios dogmáticos, jurídicos e gerais consolidados<sup>505</sup>, e mediante métodos argumentativos e de convencimento adequados.

Aliás, sob este último aspecto é importante alertar que o desenvolvimento judicial dos direitos pode esconder decisões arbitrárias. Segundo Michele Taruffo, o risco de que uma decisão discricionária (e criativa) se traduza em uma escolha subjetiva e arbitrária é uma possibilidade cotidianamente presente na realidade forense<sup>506</sup>, mas a arbitrariedade deve ser a todo custo evitada. Isto não significa tratá-la como sinônimo da discricionariedade ou de tomada de posição. Nesta seara, a busca de limites para a criação judicial de direitos e um controle da fundamentação das decisões judiciais<sup>507</sup> são instrumentos essenciais para o exercício efetivo do controle de legitimidade da própria atividade jurisdicional.

---

<sup>503</sup> É claro que, em se tratando de direitos que culminam em prestações materiais, deve o juiz de direito avaliar as conseqüências de sua decisão, inclusive em seu aspecto financeiro. As que conferem prestações materiais submetem-se ao princípio da reserva do possível, pois não há como determinar que um Poder faça algo quando sequer existem meios materiais disponíveis para sua concretização.

<sup>504</sup> Segundo Sérgio Fernando Moro: “O princípio da supremacia da Constituição exige o comprometimento de todos os poderes públicos com as normas constitucionais. Isto significa que, caso um deles não cumpra suas tarefas e deveres constitucionais, os demais podem e devem agir, sob pena de deixar a Constituição, que, ressalte-se, corporifica a vontade constituinte, à disposição do poder omissor” (In *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 23).

<sup>505</sup> Karl Larenz afirma que “tal desenvolvimento do Direito tem que permanecer em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a ordem de valores conforme à Constituição; mais, só pode ser justificado mediante essa consonância” (In *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 588).

<sup>506</sup> TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Marzo. Milano: Giuffrè, 2001. p. 15.

<sup>507</sup> Para Michele Taruffo no momento em que se reconhece a natureza criativa da decisão judicial, emerge a necessidade de que esta criação se efetive segundo critérios de racionalidade e dentro de todo um contexto do ordenamento (In *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Marzo. Milano: Giuffrè, 2001. p. 30).

O atual modelo constitucional e de Estado autoriza o Poder Judiciário a assumir uma postura mais ativa na sociedade, auxiliando os demais poderes na eliminação de focos de tensão e fiscalizando o cumprimento dos ditames do Estado Democrático de Direito<sup>508</sup> e a observância dos direitos fundamentais. Houve, como ressalta Zagrebelsky, uma evolução do papel a ser cumprido pelo juiz ao longo do tempo:

*Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son señores del derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil<sup>509</sup> coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier 'señor del derecho' hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.<sup>510</sup>*

Ademais, ao apreciar os conflitos, o Judiciário também desempenha um papel de filtragem das necessidades sociais, avaliando cotidianamente o desempenho da lei<sup>511</sup>. Dada sua importância no sistema jurídico brasileiro, bem como sua estrutura e função, os direitos fundamentais inspiram mais concretização e menos interpretação<sup>512</sup>. Não se pode olvidar, porém, que todo ato de concretização deve ser realizado respeitando a preservação máxima dos outros direitos fundamentais em colisão.

<sup>508</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 45.

<sup>509</sup> A palavra utilizada na versão original em italiano é “mitte”. Na versão para o espanhol utilizou-se a expressão “dúctil”. Analisando o contexto, e servindo-nos das anotações do tradutor da obra para o espanhol, utiliza-se a expressão no sentido de moderado. Vide: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 19.

<sup>510</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999. p. 153.

<sup>511</sup> Mauro Cappelletti faz importante afirmação a respeito da propriedade com que o Poder Judiciário poderia “legislar”, através da prestação de uma tutela jurisdicional criadora e concretizadora de direitos processuais: “Não vejo por que razão se deveria excluir, a priori, que os próprios tribunais sejam, ou tenham a possibilidade de ser, os melhores legisladores possíveis na determinação e constante adaptação das regras técnicas do processo, regras com as quais, dia após dia, devem trabalhar” (In *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 80).

<sup>512</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 592.

Oportuno, também, lembrar que os direitos fundamentais, de um modo geral, apresentam comandos que requerem uma concretização em face de suas razões *prima facie*. O acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade de oportunidades, a fundamentação das decisões, a publicidade dos atos processuais e a igualdade de oportunidades recomendam a interpretação e, sobretudo, uma concretização judicial, autorizando o Judiciário a proceder de forma ativa e criativa na busca de uma máxima otimização das posições *jusfundamentais* sob o seu âmbito de proteção.

## CAPÍTULO II - HARMONIZAÇÃO E CONFORMAÇÃO PROCEDIMENTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

Nem sempre o procedimento delineado pela lei infraconstitucional está de acordo com o modelo processual estabelecido na Constituição ou com as garantias fundamentais. Além disso, com o surgimento de novas necessidades e o interesse pela proteção dos mais diversos bens (como os não patrimoniais, por exemplo), os procedimentos previstos no ordenamento jurídico não apresentam aptidão para tutelar de forma adequada e efetiva boa parte destes novos direitos. A dinamicidade das relações sociais exige uma dinamicidade ainda maior de um processo civil que pretende servir de instrumento de tutela dos direitos.

Ao estabelecer uma série de garantias e direitos de ordem processual, a Constituição Federal de 1988 deu um importante passo para a fixação de um modelo capaz de orientar os processualistas e operadores do direito na reconstrução de um método adequado que resolvesse os conflitos e realizasse os direitos, tudo de acordo, é claro, com os valores constitucionais positivados e estampados em seus enunciados normativos. Para encontrar legitimidade e condições de validade, os atos procedimentais e institutos processuais devem concordar com os preceitos processuais estabelecidos na Constituição, especialmente os marcados pela fundamentalidade. O processo civil deve submeter-se à Constituição, e não a Constituição ao processo civil.

Não se pode perder de vista as diferentes funções que as normas constitucionais desempenham no sistema jurídico, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento. No plano funcional objetivo, o legislador é orientado a elaborar leis e procedimentos obedecendo rigorosamente aos ditames processuais constitucionais. Ainda numa dimensão objetiva, os poderes estatais (inclusive o Judiciário), têm o dever de observar a Constituição, proporcionando uma especial concretização das normas fundamentais ante sua aplicabilidade imediata. O jurisdicionado tem o direito de exigir meios para a efetivação das garantias processuais constitucionais e procedimentos adequados para a realização do direito substancial.

Diante de uma situação concreta, o operador do direito tem a inarredável obrigação de primeiro fazer cumprir a norma constitucional para, somente num segundo momento, verificar se há ou não alguma outra norma jurídica que disponha sobre a matéria examinada, quando avalia, também, se esta viola ou não a primeira. Ao empregar o processo para a resolução de um conflito de interesses e realização de um direito, compete ao magistrado, preliminarmente, cumprir a missão de observar a Constituição e, dentro dela, os direitos fundamentais com incidência no caso. Se há um direito ao devido processo legal, hierarquicamente e essencialmente maior há um direito ao devido processo constitucional. Inexistindo correspondência entre o procedimento oferecido pela legislação infraconstitucional e o modelo processual constitucional, é necessário que se leve a efeito uma atividade de validação das normas e conformação dos direitos fundamentais processuais, para que o conflito possa ser eliminado com justiça mediante a realização da ordem jurídica.

Proibir essa conformação compromete a eficácia dos direitos fundamentais processuais, hipótese inaceitável. Em caso de inexistência de procedimento apto a eliminar os conflitos de modo adequado, efetivo e tempestivo, tem o magistrado o dever de concretizar as garantias processuais fundamentais através de um processo que respeite o modelo constitucionalmente estabelecido. Não pode, o magistrado, é recusar a tutela jurisdicional constitucionalmente prometida. O mesmo ocorre nas situações em que o próprio procedimento é inconstitucional por violação às garantias processuais fundamentais.

A possibilidade de desenvolvimento judicial dos direitos fundamentais processuais, como ventilado no tópico anterior, permite a conformação procedimental para uma melhor e mais justa tutela dos direitos. A prevalência de razões *prima facie*, somada a sua estrutura normativa, tornam possível uma constante reconstrução consoante às necessidades de cada caso concreto, respeitando as possibilidades fáticas e jurídicas, e sem invalidar os demais direitos fundamentais eventualmente colidentes. Não seria lícito, cabe insistir, que a criação e desenvolvimento se dê para e a partir de regras jurídicas ou de normas infraconstitucionais. A conformação procedimental

encontra respaldo na necessidade de concretização dos direitos fundamentais e dentro da moldura jurídica do modelo processual constitucional.

Mesmo nesta atividade não se descarta a colisão entre direitos fundamentais processuais. Se forem utilizadas, adequadamente, as técnicas para a resolução de choques entre direitos fundamentais, como a ponderação de bens, a proporcionalidade, a razoabilidade e a precedência condicionada, aliada a uma argumentação jurídica esmerada, isso não será um problema.

A conformação procedimental, por outro lado, deve guardar correspondência com uma logicidade cronológica, com início, meio e fim. Seria inadmissível, por exemplo, oportunizar ao autor, réu ou terceiros a possibilidade de produção probatória somente após a sentença, ou mesmo negar eficácia a um dos direitos fundamentais processuais sem uma restrição legítima. A conformação deverá guardar correspondência com o modelo processual assegurando-se, conjunta e cumulativamente, em grau máximo, porém harmônico, todos os direitos fundamentais processuais.

Em resumo: a norma processual que viola a Constituição não deve ser aplicada. Neste caso, como também no de ausência de norma ou procedimento aptos a concretizar um direito fundamental, o magistrado e o processualista estão autorizados a buscar soluções para o caso concreto, e sem eficácia vinculante, que complemente, concretize e realize o referido direito e o modelo processual constitucional, dada a aplicabilidade imediata e otimizadora que os caracteriza.

## CONCLUSÃO

Como dito na introdução, esta pesquisa é obra aberta, a ser constantemente reconstruída e redimensionada ante o contexto em que estão inseridos os direitos fundamentais. Com a pretensão de estudar as garantias processuais constitucionais a partir de referentes de uma teoria dos direitos fundamentais, foram apresentados diversos argumentos que, tratados de forma incidental ou complementar ao tema, podem ser resumidos às notas abaixo lançadas.

1. O estudo de uma determinada classe de direitos deve partir do modelo de Estado em vigor.

2. Num Estado de Direito as garantias processuais são imprescindíveis para a concretização dos direitos e para a segurança jurídica.

3. O Estado do Bem Estar Social auxilia a resgatar e proteger a dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas.

4. A supremacia e a posição da Constituição no ordenamento jurídico permitem falar-se de um Estado Constitucional que, apesar da denominação, guarda relação com o de Direito.

5. São funções da Constituição, sem prejuízo de outras, organizar e constituir o Estado, atribuir funções aos Poderes e órgãos e tratar de um sistema de direitos fundamentais do homem.

6. Há uma relação de interdependência entre Estado, Constituição e direitos fundamentais.

7. O Estado Constitucional de Direito prescinde de procedimentos (inclusive judiciais) aptos a realizar os direitos ou garanti-los contra violações.

8. A insuficiência dos resultados apresentados pelos Poderes Legislativo e Executivo para a concretização de direitos constitucionais, somada a complexidade das necessidades da sociedade, sempre em constante mutação, acarreta no deslocamento de importantes decisões para o Poder Judiciário e uma releitura do princípio da separação dos poderes.

9. O estudo da hermenêutica jurídica depende de uma adequada teoria que trate dos direitos objeto de interpretação. Uma hermenêutica jurídica dos direitos fundamentais deve partir de uma teoria constitucionalmente adequada que tenha por objeto esta categoria de direitos.

10. A Constituição é norma condizente para tratar das garantias básicas do direito processual civil.

11. Tendo em vista a superioridade e posição da Constituição no ápice do ordenamento jurídico (ou no centro do cosmos normativo), o processo civil deve ser lido a partir do modelo processual por ela estabelecido.

12. A inobservância de garantias processuais fundamentais viola indiretamente a dignidade da pessoa humana.

13. As normas constitucionais processuais orientam o legislador a elaborar procedimentos que funcionem como método para a resolução dos conflitos e realização dos direitos (substanciais e processuais).

14. A dignidade da pessoa humana implica no fenômeno da repersonalização do processo, substituindo o sujeito abstrato próprio do liberalismo pelo *homem de carne e osso* que merece um tratamento materialmente adequado.

15. O processo civil deve ser construído e lido visando assegurar o acesso a uma ordem jurídica justa, rápida, eficiente, efetiva e próxima da realização dos direitos ao resolver os conflitos de interesses.

16. O modelo processual constitucional é formado por normas de conteúdo processual que se encontram, em sua maioria, formalmente catalogadas como direitos e garantias fundamentais, daí a importância de tratá-las segundo uma moldura constitucionalmente adequada.

17. Para a correta interpretação e aplicação dos direitos é importante diferenciar norma de enunciado normativo. De um enunciado normativo é possível extrair diferentes e inúmeras posições jurídicas, ou até mesmo nenhuma, como ocorre naquelas hipóteses de enunciados que dependem de outros. Neste processo a pessoa do intérprete e o ambiente em que se encontra são importantes para definir seu conteúdo e seus limites.

18. O que distingue os direitos fundamentais é a fundamentalidade, o que permite classificá-los em formais ou materiais.

19. Os direitos formalmente fundamentais são aqueles extraídos dos enunciados normativos constantes do Título II da Constituição Federal, que trata *formalmente* dos *direitos e garantias fundamentais*. Os materialmente fundamentais são aqueles a que se pode dar uma fundamentação *jusfundamental* adequada.

20. A fundamentalidade pode ser formal ou material. A fundamentalidade é formal quando além do direito estar alocado no patamar máximo do ordenamento jurídico, houver limitação quanto às futuras revisões e vinculação do poder público em todos os seus atos. A fundamentalidade é material quando o conteúdo do direito é imprescindível para o modelo de Estado e de sociedade.

21. Os direitos fundamentais podem ser principais (quando formal e materialmente caracterizados pela fundamentalidade) ou adstritos (quando caracterizados somente por uma fundamentalidade material, e não formal).

22. Os valores relevantes em determinado tempo e lugar sedimentaram a classificação dos direitos em diferentes dimensões que se cumulam e complementam-se. Esta classificação, entretanto, não exclui outras que permitam, por exemplo, um tratamento em razão da função desempenhada no sistema, daí a possibilidade de estudo de categoria específica que englobe os direitos e garantias fundamentais que componham o instrumental para a defesa e realização dos direitos por intermédio da prestação jurisdicional, ou seja, daqueles cuja aplicação se dê no campo do processo civil.

23. O caráter funcional dúplice, somado ao regime constitucional único a que estão submetidas, permite tratar as garantias fundamentais processuais como direitos fundamentais processuais.

24. A estrutura normativa de um direito fundamental é formada, num primeiro plano, por princípios e, subsidiariamente e num segundo plano, por regras.

25. Enquanto que os princípios apresentam um elevado grau de generalidade e razões *prima facie*, as regras são caracterizadas por grau de generalidade menor e razões definitivas. Normas principiológicas, assim, recomendam uma aplicação

segundo sua máxima capacidade, concretizando-se em diferentes graus e respeitando as possibilidades jurídicas e fáticas que circundam cada hipótese concreta. São, portanto, mandados de otimização. As regras, ao contrário, aplicam-se segundo um *tudo ou nada*, inexistindo graus de concretização diferentes.

26. As colisões entre regras resolvem-se através da declaração de invalidade de uma delas. Nos conflitos entre princípios todas as normas em jogo continuam válidas, havendo a precedência de um deles em detrimento de outro mediante a utilização de técnicas como a proporcionalidade, ponderação de bens e razoabilidade.

27. A eficácia dos direitos fundamentais pode ser restringida ou limitada quando houver autorização constitucional para tanto ou através de uma argumentação fundamentada em razões *jusfundamentais* que indicam a prevalência de outro direito fundamental para aquela situação individualizada.

28. Restringe-se um direito quando se supre uma posição jurídica do direito fundamental. Limitações, por sua vez, são condicionantes que impedem a produção de eficácia máxima do direito sem violar. Tanto as normas que restringem uma posição quanto as que impedem a eficácia são espécies de intervenções ou de normas restritivas em *sentido lato*.

29. As intervenções se dão no âmbito de proteção do direito fundamental, mas jamais no seu núcleo essencial, sob pena de inconstitucionalidade. O âmbito de proteção é um feixe de posições jurídicas *jusfundamentais* que outorga vantagens ao titular do direito e impõe deveres ao Estado, constituindo cláusula aberta passível de ser ampliada ou reduzida de acordo com a argumentação *jusfundamental* oferecida. O núcleo essencial é formado por aquelas posições mínimas que possibilitam a compreensão do direito, cuja descoberta se dá principalmente nas hipóteses de choque entre direitos fundamentais e com o uso da proporcionalidade e ponderação de bens.

30. A aplicabilidade imediata e eficácia máxima prevalecem sobre as intervenções, que devem ser utilizadas mediante uma metódica adequada. Leis restritivas devem ser gerais, abstratas, irretroativas e previstas constitucionalmente. Intervenções judiciais podem ser individuais e concretas, mas devem ser irretroativas e fundamentadas em outros direitos fundamentais.

31. A intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental deve ser adequada (quanto aos fins invocados), necessária (por ser o único meio ou, não sendo o único, o menos gravoso) e proporcional (não se admitindo aquelas injustas, excessivas ou desproporcionais em relação ao resultado pretendido com a intervenção). Na dúvida a norma restritiva deve ser afastada.

32. Os direitos fundamentais, inclusive os processuais, atuam tanto numa dimensão subjetiva, ao possibilitar a concretização judicial da posição *jusfundamental* violada ou não observada, quanto objetiva, ao fornecer parâmetros para a atuação dos Poderes Públicos.

33. Os direitos fundamentais processuais podem ser tratados ora como direitos de defesa (exigindo uma proteção mediante abstenção do Estado), e ora como direitos a prestações (demandando uma atuação positiva para concretizá-los).

34. Os direitos fundamentais processuais apresentam um *status activus processualis* que exige a criação de procedimentos, mecanismos e institutos aptos a resolver os conflitos e realizar os direitos.

35. A ponderação de bens e a proporcionalidade são técnicas úteis para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

36. A ponderação de bens exige a verificação de posições em conflito, o exame de todos os argumentos a favor e contra a precedência de um direito sobre outro, a observância das especificidades fáticas que circundam o caso concreto, a proibição de excesso na decisão tomada, a razoabilidade desta e, finalmente, a proteção do núcleo essencial do direito objeto da intervenção.

37. A proporcionalidade, em sentido amplo, recomenda a observância da necessidade (como único meio ou o menos agressivo para atingir os fins do direito fundamental em choque), adequação (o meio utilizado deve ser apto a atingir o fim pretendido) e proporcionalidade em sentido estrito (a medida deve ser razoável e proporcional) para servir como técnica para solucionar conflitos entre direitos fundamentais.

38. O direito fundamental do devido processo legal não exclui a necessidade e importância de previsão normativa constitucional de outros direitos de não menor

valor como contraditório e ampla defesa, acesso à justiça, juiz natural, proibição de provas ilícitas, publicidade de atos processuais, fundamentação das decisões judiciais e igualdade de oportunidades.

39. O devido processo legal apresenta uma fundamentalidade formal e material, estando inserido dentro da categoria dos direitos fundamentais com *status activus processualis*, com aptidão, por conseguinte, para produzir efeitos sobre a produção normativa e para a aplicação imediata como mandado de otimização.

40. O *due process of law* aplica-se a todas as espécies de processos e procedimentos, classificando-se em substantivo (quando atua vinculando os atos emanados pelos Poderes, ou examinando parcialmente o seu mérito) ou em procedimental (ao prescrever que a privação de bens ou liberdade deve atender um processo e procedimento especificado na Constituição e na lei).

41. Em razão da obrigatória consonância do processo e dos procedimentos estabelecidos em lei com a Constituição, todos os direitos fundamentais processuais, que compõem o modelo processual constitucional, encontram-se no âmbito de proteção do devido processo legal.

42. Inúmeras regras e princípios processuais podem, através de uma argumentação *jusfundamental* adequada, se tornar posições jurídicas na esfera de proteção do *due process of law*, assim como os procedimentos previstos em lei (quando constitucionais).

43. A não realização de alguma garantia fundamental processual em seu grau máximo nem sempre acarreta na violação ao devido processo legal, já que admitidas intervenções no âmbito da eficácia dos direitos fundamentais. A violação ao núcleo essencial de qualquer direito fundamental, entretanto, infringe o *due process of law*.

44. O direito fundamental processual do acesso à justiça comporta inúmeras posições jurídicas, tais como: infastabilidade da jurisdição, direito de ação, prestação jurisdicional adequada e efetiva, duração razoável do processo e processo justo.

45. A inafastabilidade da jurisdição, enquanto direito fundamental processual inerente ao acesso à justiça, impede a edição de normas que proíbam ou dificultem excessivamente a apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça a direito, e

assegura o desenvolvimento de atividade estatal, por meio de um processo, para apreciar os conflitos de interesses.

46. O direito de inafastabilidade da jurisdição pode ser renunciado por vontade (válida) das partes.

47. O direito de ação, ou de provocar o início da atividade jurisdicional a cargo do Estado, é inerente ao acesso à justiça.

48. O acesso à justiça importa na necessidade de procedimentos, instrumentos e provimentos adequados e efetivos para tutelar os direitos, bem como uma duração razoável do processo.

49. O acesso à justiça implica na existência de um processo justo, entendido como tal o que observa rigorosamente as normas e valores constitucionais, e que culmina em uma decisão igualmente justa através da observância de metodologia e argumentação adequadas.

50. Atos que afastem compulsoriamente da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito violam o núcleo essencial do acesso à justiça.

51. A incapacidade de tutelar de forma concreta ou efetiva os direitos, realizando-os em sua plenitude, importa na violação do núcleo essencial do acesso à justiça.

52. Para tornar-se mais justo é recomendável que o processo desenvolva-se dialeticamente. O contraditório e a ampla defesa são direitos fundamentais processuais que propiciam um ambiente processual democrático e dificultam a produção de decisões autoritárias e arbitrárias, realizando em parte, assim, os anseios do Estado Democrático de Direito.

53. Encontram-se no âmbito de proteção do direito ao contraditório a bilateralidade de audiência, a igualdade material entre as partes, a efetiva informação delas (para eventual participação) em todo o desenvolvimento do processo, o direito à prova, enfim, paridade de armas e de oportunidades em todos os processos (inclusive de execução) para que os interessados possam influenciar eficazmente as decisões.

54. Como direito fundamental e mandado de otimização o contraditório recomenda ao juiz instigar o debate sobre as questões de fato e de direito, inclusive quanto às questões de ordem pública.

55. A subtração integral do direito ao contraditório ou de provar os fatos alegados viola seu núcleo essencial. A postergação, quando fundamentada em outros direitos fundamentais e o caso concreto assim recomendar, não.

56. O direito fundamental processual ao juiz natural assegura o julgamento pela autoridade constitucional e naturalmente competente, sendo inadmissíveis a designação de juízes ou tribunais de exceção ou *ex post facto* para tratar de causa individualizável.

57. A utilização de provas em desacordo com normas de direito substancial e processual infringem o âmbito de proteção do direito fundamental à não utilização de provas ilícitas.

58. Apesar de não estar inserida no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, a fundamentação das decisões é um direito fundamental processual adstrito por ser uma manifestação do Estado de Direito que aspira neutralidade e imparcialidade, além de estar ligado a outras garantias fundamentais como o acesso à justiça e o devido processo legal.

59. Todas as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, nos processos administrativos ou jurisdicionais, devem ser fundamentadas, objetivando convencer a sociedade e, principalmente, os interessados, quando não conquistando sua adesão.

60. A publicidade é um direito fundamental processual que permite o controle externo, pela sociedade, dos atos processuais.

61. A igualdade de oportunidades processuais é um desdobramento do direito (geral) fundamental de igualdade entre as pessoas, estando sob o seu âmbito de proteção.

62. A Constituição busca proteger uma igualdade material de oportunidades processuais mediante paridade de armas, proibindo, de igual forma, tratamento arbitrário.

63. O modelo de Estado brasileiro (democrático, de direito, constitucional e voltado ao bem estar social) permite uma postura mais ativa do juiz de modo a buscar, ao lado dos outros Poderes, a concretização dos direitos fundamentais.

64. O caráter aberto e principiológico dos direitos fundamentais, o posicionamento desta categoria de direitos no ordenamento jurídico e suas razões *prima facie*, recomendam a releitura do princípio da separação dos poderes, proporcionando ao magistrado a possibilidade de reconstrução, criação e desenvolvimento dos direitos, atividades que não devem ser admitidas no campo das regras jurídicas ante a definitividade de suas razões e a aplicação segundo um *tudo ou nada*.

65. Em razão da aplicabilidade como mandados de otimização, os direitos fundamentais necessitam constantemente de uma prestação jurisdicional construtivista em substituição ao método subsuntivo.

66. Um rigoroso controle da argumentação jurídica utilizada e uma metódica adequada são ferramentas de controle para evitar o arbítrio e a injustiça no desenvolvimento ou criação judicial de direitos.

67. Não há direito que exige maior concretização que os direitos fundamentais.

68. Ao fixar um modelo processual a Constituição possibilita a conformação de procedimentos aptos a eliminar os conflitos e realizar de modo mais adequado e efetivo os direitos.

69. O operador do direito tem a obrigação de primeiro analisar se o modelo processual constitucional está sendo observado para, num segundo momento, aplicar o procedimento previsto na legislação infraconstitucional, realizando uma filtragem que permita uma maior concretização dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

------. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

------. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

------. *Garantia da amplitude de produção probatória*. In José Rogério Cruz e Tucci (coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

------. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In “Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil”. Coordenação de José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição. Tradução de Maria celeste Cordeiro leite dos Santos. Brasília : Editora UNB, 1999.

------. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 4ª edição. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. *O princípio do contraditório no processo: doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Volume I. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

------. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Volume I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Orlando. *Para uma teoria da relação jurídica civil: a teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

CHIARLONI, Sergio. *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*. Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile. Marzo. Milano: Giuffrè, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume 1. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividades legislativas do poder executivo*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Settembre 1991. Milano: Giuffrè.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Dicembre 1994. Milano: Giuffrè.

----- . *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Settembre 1991. Milano: Giuffrè.

----- . *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-Settembre 2002. Bologna: Cedam.

COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edição. Buenos Aires: Depalma Editora, 1993.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DANTAS, Ivo. *Constituição e processo: introdução do direito processual constitucional*. Volume I. Curitiba: Juruá, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

----- . *Instituições de direito processual civil*. Volume III. São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 3ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editora Ariel, 1996.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. *O Princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil*. Revista Dialética de Direito Processual. Volume 7. Outubro de 2003. São Paulo: Dialética, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 1º volume. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos Estudos Jurídicos. Revista do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: Univali, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Lê garanzie del processo civile nella nuova costituzione brasiliana*. Rivista di Diritto Processuale. Número 2. Padova: Cedam, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da*

*constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

----- *El estado constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Ferro. Cidade do México: Universidad Autónoma de México, 2001.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

HERNÁNDEZ, Ignacio Colomer. *La Motivación de las sentencias: aproximación a um modelo*. Revista de Derecho Procesal. Números 1-3. Madrid: Rústica, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3ª edição. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

----- *?Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tradução para o espanhol de Roberto J. Brie. Madrid: Editora Tecnos, 1931.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEDUR, José Felipe. *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal do Paraná. 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: revista dos Tribunais, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 3ª edição. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOPES, Edgard Taborda. *Motivação da decisão de facto: uma visão da prática*. In *Direito Processual Civil: estudos sobre temas do Processo Civil*. Coordenado por Rui Manuel de Freitas Rangel. Lisboa: SFN Editores, 2001.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

-----, *Fundamento constitucional da tutela de urgência*. Revista Dialética de Direito Processual. Volume 8. São Paulo: Oliveira Rocha. 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A logica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. Volume 1. Campinas: Bookseller Editora. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

-----, *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363*. Volume 5. Tomo I. Coordenação de Ovídio Baptista da Silva. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996.

-----, *Tutela inibitória – individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Efetividade da jurisdição e princípio da eficiência na administração pública*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. Volume 3. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Volume I, Campinas: Bookseller Editora, 1997.

MEIRELES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In “Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESANO, Luigi. *La Garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di ‘terza via’*. Rivista di Diritto Processuale. Ottobre-Dicembre 2000. Bologna: Cedam.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

----- . *Garantia do contraditório*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-Settembre 1998. Padova: Cedam.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Seconda edizione. Napoli: Jovene Editore, 1996.

PONS, Enrique García. *El periodo a considerar en el derecho a un juicio justo*. Revista de Derecho Procesal. Madrid: Rustica, 2001. P. 179-180

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. Volume 1. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROSAS, Roberto. *Processo civil de resultados*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. Volume 2. São Paulo: Dialética, 2003.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SACCUCCI, Andrea. *In tema di durata ragionevole dei processi (a margine di una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura)*. Rivista di Diritto Processuale. Gennaio-Marzo 2000. Padova: Cedam.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2001.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitucion*. Tradução para o espanhol de Manuel Sanchez Sarto. 2ª edição. Madrid: Editora Tecnos, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Volume 1. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Marzo. Milano: Giuffrè, 2001.

------. *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Número 3. Settembre 1997. Milano: Giuffrè Editore.

------. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Número 2. Giugno 1997. Milano: Giuffrè Editore.

------. *Il diritto alla prova nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale. Gennaio-Marzo 1984. Padova: Cedam.

TARZIA, Giuseppe. *Il giusto processo di esecuzione*. Rivista di Diritto Processuale. Aprile-Giugno 2002. Padova: Cedam.

------. *Le Garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-Settembre 1998. Padova: Cedam.

------. *Il contraddittorio nel processo esecutivo*. Rivista di Diritto Processuale. Aprile-Giugno 1978. Padova: Cedam.

------. *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*. Rivista di Diritto Processuale. Ottobre-Dicembre 1984. Padova: Cedam.

TEPEDINO, Maria Celina B. M.. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. N° 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In “Problemas de Direito Civil-Constitucional”. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giugno 2001. Milano: Giuffrè.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

----- . *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del estado de derecho*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

WALTER, Gerhard. *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. Rivista di Diritto Processuale. Luglio-settembre, 2001. Bologna: Cedam.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Coleção estrutura e processo. 3ª edição. Madrid: Editora Trotta, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.