

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

ANTONIO CARLOS GONÇALVES

DIREITO, SOCIEDADE E EFICÁCIA DA COISA JULGADA

CURITIBA

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ANTONIO CARLOS GONÇALVES

DIREITO, SOCIEDADE E EFICÁCIA DA COISA JULGADA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. **Alvacir Alfredo Nicz**

CURITIBA

2007

ANTONIO CARLOS GONÇALVES

DIREITO, SOCIEDADE E EFICÁCIA DA COISA JULGADA

Dissertação de Mestrado — requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Aprovada pela Comissão Examinadora, constituída por meio do Edital n. 27/2007-PPGD/PUCPR:

Professor Doutor **Alvacir Alfredo Nicz**
Orientador — Presidente da Comissão Examinadora
Programa de Pós-Graduação em Direito — PUCPR

Professora Doutora **Vera Karam de Chueiri**
Convidada
Universidade Federal do Paraná — UFPR

Professor Doutor **Francisco Carlos Duarte**
Membro
Programa de Pós-Graduação em Direito — PUCPR

Curitiba, 11 de julho de 2007.

Para Camila e Antonio Filho: meus filhos, minha vida.

In memoriam, aos meus pais, Leopoldina e José Carlos, e a meu irmão, José Carlos Jr.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por conceder-me força de vontade e perseverança.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), na pessoa da Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro, Diretora do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Econômico e Socioambiental.

Ao meu orientador, Professor Doutor Alvacir Alfredo Nicz, o tributo de minha eterna gratidão.

Aos membros da Comissão Examinadora, Professora Doutora Vera Karam de Chueiri e Professor Doutor Francisco Carlos Duarte, o meu imperecível reconhecimento.

Aos professores e às funcionárias do Mestrado em Direito da PUCPR.

Aos companheiros de ontem e de hoje.

Aos amigos na Advocacia-Geral da União, Procuradoria da União no Paraná, em Curitiba.

Aos colegas de mestrado.

A Você que esteve comigo nessa caminhada: obrigado.

RESUMO

Direito, sociedade e eficácia da coisa julgada. Trata-se de pesquisa científica de natureza constitucional e sócio-jurídica com ênfase na jusfundamentalidade, em especial a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e pretende, outrossim, o estudo da coisa julgada como fato social. O direito possui característica de fenômeno social e sobressai relevante a sua percepção em uma perspectiva sócio-jurídica. O exame da eficácia dos direitos fundamentais se insere nesse contexto, bem como a respectiva abordagem sobre a adequação constitucional da decisão judicial. Nesse sentido, entre outros pontos, a dissertação examina o panorama constitucional, os contornos da questão sociológica do direito e a adequação da sentença, a coisa julgada e sua pertinência constitucional, a efetividade da cidadania e da dignidade da pessoa humana por meio da coisa julgada, e sua eficácia jurídica e social. Essas questões — direito, fato social, Constituição, matéria sócio-jurídica, sentença, cidadania, dignidade da pessoa humana — estão postas no dia-a-dia da sociedade e do direito. Revela evidente o vínculo do estudo e o da pesquisa com o Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, no qual a essência do social está destacada, especialmente, e também se amolda à linha de pesquisa *Sociedades e Direito*, e ao tema (sublinha) *Justiça, Democracia e Direitos Humanos*.

Palavras-chave: Direito constitucional. Princípios fundamentais. Sociedade. Sociologia do direito. Coisa julgada constitucional. Eficácia sócio-jurídica.

ABSTRACT

Law, society and effectiveness of the final decision. It refers a scientific research of constitutional, social and juridical nature with emphasis in the social, especially the citizenship and the human being's dignity, and it intends, likewise, the study of the final decision as social fact. The Law possesses characteristic of social phenomenon and it stands out relevant to its perception in a social and juridical perspective. The exam of the effectiveness of the fundamental rights is inserted in that context, as well as the respective approach about the constitutional adaptation of the sentence. In that sense, among other points, this paper examines the constitutional panorama, the outlines of the sociological subject of the Law and the adaptation of the sentence, the final decision and its constitutional pertinence, the effectiveness of the citizenship and of the human being's dignity through the final decision, and its juridical and social effectiveness. These subjects — law, social fact, Constitution, social and juridical matter, sentence, citizenship, dignity of the human being — are put in the dayly of the society and of the Law. It reveals that is evident the bond between the study, the research, and the master's degree in Economic and Social-environmental Law, in which the essence of the social is specially highlighted, and it also gets used to the *Societies and Right* research area and to the theme: *Justice, Democracy and Human Rights*.

Keywords: Constitutional Law. Fundamental principles. Society. Sociology of the Law. Constitutional final decision. Social and juridical effectiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1 CONCEITO, OBJETO E ELEMENTOS DA CONSTITUIÇÃO	13
2.2 CONCEITO E FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
2.3 NATUREZA E EFICÁCIA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS.....	32
3 O DIREITO COMO FATO SOCIAL	44
3.1 CONCEITO SÓCIO-JURÍDICO DO DIREITO	44
3.2 CONTROLE SOCIAL E DIREITO	52
4 A COISA JULGADA.....	63
4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO	63
4.2 A QUESTÃO PROCESSUAL.....	71
4.3 PROTEÇÃO JURÍDICA JUSTA E TEMPORAL.....	79
4.4 A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA	88
5 A EFICÁCIA SOCIAL DA COISA JULGADA	96
5.1 EFICÁCIA JURÍDICA.....	96
5.2 EFICÁCIA SOCIAL	104
5.3 LEGITIMAÇÃO DA COISA JULGADA.....	112
5.4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	119
6 CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS.....	131

1 INTRODUÇÃO

O contexto introdutório tenciona lançar as bases e as vigas-mestras do trabalho, convidar o leitor à meditação sobre o direito, sociedade e coisa julgada, harmônicos, constitucionalmente, com a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e à reflexão do fato social da sentença¹, ademais de sua eficácia sócio-jurídica.

A sociedade está a exigir a busca de soluções e alternativas judiciais que permitam o pleno exercício da cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa do Brasil² — a par de outros³ —, que se constitui em estado⁴ democrático de direito⁵, é dizer, em estado constitucional, assim⁶: “O Estado de direito é um *Estado constitucional*: pressupõe a existência de uma constituição que sirva — valendo e vigorando — de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos⁷”.

¹ A expressão sentença, aqui, está escrita em sinonímia de decisão final de processo judicial.

² Dispõe o art. 1º, Constituição da República Federativa do Brasil (CR): A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana (...)

³ Não se esquece, porque também relevantes, os outros fundamentos da República, postos no art. 1º, I, IV e V, CR, a saber: I — a soberania; IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V — o pluralismo político.

Conquanto tudo isso seja exato, a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos centrais no contexto desta pesquisa, daí a referência mais de perto a esses dois fundamentos da República brasileira, a qual se constitui em estado democrático de direito.

⁴ Cidadão, pessoa humana, sociedade etc. são escritos, em geral, em letras minúsculas. O ser humano é a razão primeira da vida e das instituições. Neste trabalho, portanto, estado, poder, justiça, judiciário, executivo, legislativo etc. serão grafados, igualmente, em letras minúsculas. Nisso não há demérito. A idéia é a equivalência — formal — à grafia, p. ex., de pessoa e cidadão, a menos que se trate, no texto, de alguma referência (citação), quando se respeitará a forma de escrita da origem.

⁵ Será mister realçar, outrossim, o art. 3º, CR, que acentua os objetivos fundamentais da República: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶ CANOTILHO, 1991, p. 364.

⁷ Este trabalho dará ênfase à supremacia das normas constitucionais. Desde agora, então, válido assinalar, a esse propósito, o ensino do professor Gomes Canotilho, para quem “A constituição

A pesquisa terá como norte as normas jurídicas⁸ da Constituição, no sentido de que todas as suas normas são normas jurídicas, conforme, no passo, o ensinamento de expressiva doutrina, para quem “A Constituição (...) é um sistema de normas jurídicas⁹”.

O trabalho também perpassa a apreciação das normas processuais — também normas jurídicas — que se vinculam ao tema da coisa julgada, mas, fundamentalmente, àquelas que decorrem do direito processual civil, sem olvidar o caráter público do sistema processual e sua relação direta com a Constituição, da qual advém o chamado direito processual constitucional¹⁰.

Em sede de indagação, impõe referir que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República e vinculam o legislador¹¹, e,

confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas — como sugeria a teoria tradicional do Estado de Direito — uma simples lei no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia — *supremacia* da constituição — e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.” (Ibid., p. 364).

⁸ Adota-se, para efeito deste trabalho, a expressão norma jurídica como sendo uma noção (idéia) equivalente ao conceito de lei, consoante Luis Roberto Barroso (2003, p. 76):

“Sem pretender deflagrar polémica que não cabe nesta instância, a idéia de norma jurídica que aqui se vai utilizar identifica-se com o conceito material de *lei*, independentemente de hierarquia, consistindo no ato jurídico emanado do Estado, com caráter de regra geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva. Trata-se, pois, de uma forma de conduta imposta aos homens por um poder soberano e cuja observância é por este garantida e tutelada.

As normas jurídicas, quer se destinem a organizar o desempenho de alguma função estatal (normas de organização), quer tenham por fim disciplinar a conduta dos indivíduos (norma de comportamento), revestem-se de uma característica que é própria ao Direito: a imperatividade. Não se faz concessão, aqui, conquanto ilustres os seus defensores (v.g. Kelsen e Duguit) à tese que nega tal atributo como nota essencial às normas jurídicas.”

⁹ BARROSO, 2003, p. 77 et. seq.: Acrescenta o professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): “A Constituição, já se teve a oportunidade de assinalar, é um sistema de normas jurídicas. Ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados. Frequentemente, as Constituições incorporam regras que não correspondem a esse enunciado. À vista dessa diversidade de conteúdo, a doutrina costuma repartir as normas constitucionais em materiais e formais. Todavia, para os objetivos aqui visados, a distinção é irrelevante. É constitucional toda e qualquer norma inscrita na Constituição rígida, que, dotada de supremacia, situa-se no vértice do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas.”

¹⁰ BONAVIDES, 2007, p. 46. Refere, no ponto, o professor da Universidade Federal do Ceará: “É de assinalar que, com a ‘publicização’ do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional.”

¹¹ A concepção, tratada, no texto, se refere à concepção mesma da vinculação do legislador e do dirigismo constitucional tão marcadamente realçada por Canotilho, em obra clássica (2001). O tema é de alta densidade jurídica. Para efeito ilustrativo, importa referir duas das conclusões do ilustre

igualmente, devem vincular a decisão judicial, tendo em conta, inclusive, o dirigismo constitucional? A eficácia social da coisa julgada será tanto quanto adequada se estiver conforme a Constituição, e, ainda, consoante com o fundamento da dignidade da pessoa humana e com o da cidadania?

Esse conjunto de questionamentos — e ainda outros, visíveis na marcha do trabalho — consiste em objeto de diálogo ao longo da pesquisa e ao menos se tem a modesta expectativa de contribuir para outros debates e inferências.

A fim de circunscrever a delimitação do objeto, bem como a sua justificativa, evidencia-se a importância de se estudar o tema que encontre uma significação jurídica e social a partir da máxima expressão do contencioso jurisdicional — *a sentença* —, a qual irradia os seus efeitos e mais adiante — *finalmente* — se conforma à coisa julgada, um marco que torna imutável a correspondente decisão judicial.

O exame de questão jurídico-social a partir da Constituição é uma realidade, mormente diante da percepção do estado de direito, e da compreensão da Constituição como sistema de normas jurídicas, sobretudo em face de que “A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição¹².”

Professor em Coimbra: “4.4 — A vinculação constitucional concebe-se de acordo com a *teoria das determinantes*, materialmente entendida, como uma *vinculação através da fundamentação*, ou seja, como exigência de *conformidade material* com a constituição dos actos dos poderes públicos.” (p. 479.)

“11.4 — A constituição dirigente, ao aspirar à *mudança social através do direito*, não pode assentar num *optimismo voluntarista*, idealisticamente associológico e acientífico.” (p. 488.)

Válido acentuar que o professor Canotilho, em elucidativo Prefácio a 2ª ed. (2001) de sua valiosa obra, quase 20 anos de sua 1ª ed. (1982), disse da “actual situação do dirigismo e programaticidade constitucionais” (Prefácio, p. V). Adiante, asseverou (Prefácio, p. XXIX-XXX): “Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de ‘linha Marginot’ contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.”

¹² A expressão é do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 3), a saber: “A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta, como lei das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem.”

A cidadania¹³ contém significação larga, implica um conjunto de direitos assegurados à pessoa, que pressupõe o exercício das prerrogativas inerentes ao aspecto político, o direito a uma vida digna e a garantia de participação nos destinos da administração pública (poder público).

Também a cidadania abarca a abordagem social, e, mais, possui a igualdade de direitos e a de oportunidades como elementos balizadores em uma sociedade democrática e justa¹⁴.

A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como a substância do estado democrático de direito, isso porque o ser humano é o conteúdo da sociedade e a razão principal da formação das instituições.

O fundamento da dignidade da pessoa humana sedimenta os direitos humanos, referidos como direitos fundamentais no altiplano jurídico-constitucional, e esse fundamento é, “em verdade, o espírito mesmo da Constituição, feita primacialmente para o homem e não para quem governa. É, enfim, o valor dos valores na sociedade democrática e participativa¹⁵.”

Válido assinalar que o tema tem indissociável vínculo com o direito constitucional e expressa direito fundamental de cidadania e de dignidade da pessoa humana (CR, art. 5º XXXV e XXXVI¹⁶), mas também se pretende o estudo da coisa julgada como fato social.

¹³ O tema será recorrente ao longo do trabalho. Nesta fase, pretende-se demarcar o enfoque pelo qual a garantia constitucional será apreciada. O sentido de cidadania será tomado como o que pressupõe participação do cidadão na administração da coisa pública. Clèmerson Merlin Clève (1993b, p. 16) ensina: “O significativo cidadão, aqui, é tomado a partir de uma perspectiva ampla, não circunscrita ao universo daquelas pessoas que, porque detentores de direitos políticos, podem votar ou podem ser votados.

O conteúdo do termo cidadão, vamos tomá-lo em sua dimensão dialética, para identificar o sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve. Sujeito ativo da cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do direito. Homem envolto nas relações de força que comandam a historicidade e a natureza da política. Enfim, queremos tomar o cidadão como ser, sujeito e homem a um tempo. O cidadão é o agente reivindicante possibilitador, na linguagem de Lefort, da floração contínua de direitos novos.

Trata-se de ver, então, a relação entre o cidadão (enquanto homem, ser e sujeito) e o poder público em nosso país.”

¹⁴ NABAIS, p. 104 et. seq. Ainda: “A cidadania pode ser definida como a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros activos e passivos de um estado-nação, são titulares ou destinatários de um determinado número de direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade.” Ainda: após longa evolução, a cidadania “se concretizou em direitos e deveres de natureza pessoal (cidadania pessoal), direitos e deveres de natureza política (cidadania política) e direitos e deveres de carácter social (cidadania social).”

¹⁵ BONAVIDES, 2001, p. 10.

Importa referir uma abordagem significativa, qual seja a de que “O direito é um fenômeno social e por isso mesmo, a sua visualização numa perspectiva sociológica é de todo adequada¹⁷”, daí a pesquisa enfocar, igualmente, a eficácia social da coisa julgada¹⁸ — a coisa julgada como fato jurídico e social.

Constitui aspecto inserido na abordagem a coisa julgada como direito fundamental e a sua repercussão no âmbito social, em especial se adequada ao pressuposto da legitimação constitucional e instrumento de efetividade da cidadania e valorização da pessoa humana.

A interação do direito constitucional e da sociologia do direito é ponto importante para aquilatar a legitimidade da coisa julgada. O direito à coisa julgada, assim legítima, é uma questão fundamental.

As considerações, tecidas, aqui — direito, fato social, Constituição, aspecto sócio-jurídico, sentença, cidadania, dignidade da pessoa humana —, estão postas no dia-a-dia da sociedade e do jurídico, e são capazes de revelar a justificação do trabalho dissertativo.

A pesquisa é do tipo dedutivo, essencialmente, baseada em exame bibliográfico e documental, mas não dispensa a abordagem crítica. A técnica está a abranger a interpretação e o raciocínio no âmbito da principiologia, legislação, doutrina e jurisprudência. Nada obstante isso, não se afasta da aspiração concreta, como a de estimar a coisa julgada constitucional e sua eficácia sócio-jurídica.

¹⁶ CR, art. 5º, XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
CR, art. 5º, XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

¹⁷ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 41.

¹⁸ Será assunto relevante, no decorrer do trabalho, a conceituação da coisa julgada e a abordagem sobre sua formação. Conquanto isso, para logo, a pesquisa se fixa na concepção de que a coisa julgada impede a discussão da sentença, no mesmo processo (é dizer, como está no art. 467, CPC, a coisa julgada recai sobre a sentença não mais sujeita a recurso).

2 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO, OBJETO E ELEMENTOS DA CONSTITUIÇÃO

Conceito e perspectiva, duas condições imponentes que demandam o *sentimento*¹⁹ do intérprete a respeito da finalidade precípua do tema que está em definição.

Dessa forma, já não basta conceituar, apenas, será preciso mais, será imperioso navegar no propósito da construção que se permite nascer do conceito, ou dele renascer²⁰, em face de uma dada mutação sócio-jurídica, e

¹⁹ Sentimento está posto, aqui, em decorrência do resultado de vários fatores, como, p. ex., condição social, escolaridade, ideologia política, enfim, fatores históricos e culturais que influenciam aquele que está a proferir a dicção — falar, escrever, ouvir, e (con)vivenciar, é dizer aquela pessoa que fala, escreve, ouve e convive.

²⁰ A referência, neste momento, é ao professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho, uma das mais importantes personalidades da abordagem jurídica e social do Brasil, autor de uma obra que é referência, a saber: *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Neste livro, o autor mostra que os índios estão a renascer para o direito a partir da Constituição de 1988, dado que, antes, estiveram esquecidos, eram transparentes (invisíveis) para o “direito dos brancos”. Para ilustrar essa situação, as palavras do prof. Marés de Souza Filho: “Em meados de 1988 fui convidado pelos macuxi a acompanhar a reunião anual dos tuxauas onde se discutia a demarcação da terra indígena Raposa Terra do Sol até hoje sem solução. Como naquele momento as questões e princípios da Constituição brasileira que se estava elaborando eram objeto de ampla discussão nacional, acabada a pauta da demarcação, um dos tuxauas levantou-se e, pedindo permissão aos demais, propôs que eu lhes explicasse o que significava os termos Constituição e Constituinte e porque aí se discutia a questão indígena. Todos concordaram e fez-se um silêncio assustador. (...) Expliquei que a Constituição garantia direitos e limitava o poder. Não foi tarefa fácil, nem estava tão seguro que pudesse dela me desincumbir.

Tive certeza que tinha conseguido explicar o que era Constituição quando um dos tuxauas, talvez o mais calado de todos, levantou-se quando o sol já se tinha posto e uma suave e tremulante lamparina tentava inutilmente romper a escuridão, e disse em português trôpego, mas com voz pausada e firme: — ‘Essa tal Constituição é coisa boa, está certo o que os brancos estão fazendo. Nós também temos que fazer uma Constituição para nós, para deixar escrito e sabido quem é que pode entrar em nossas terras e quem tem que ficar fora, quem é que diz onde podemos construir nossas casas e fazer nossas roças e quando são nossas festas.’

(...)

Só muitos dias depois compreendi as palavras do tuxaua. Claro, a Constituição que estávamos fazendo e que tanto trabalho nos estava dando incluir os direitos indígenas e ainda que pudesse sair, como de fato saiu, a melhor Constituição acerca dos povos indígenas de tantas quanto já regeram o Brasil, não passava de uma coisa de branco, de uma forma de expressão de um direito que continuava sendo de dominador, que continuava tentando incluir, teórica e formalmente, quem nunca fora incluído e, talvez, nem quisesse sê-lo.

A sabedoria do tuxaua macuxi era capaz de ver que o Estado e o Direito dos brancos que se pretende universal, geral e único, é parcial, especial e múltiplo. E o disse reclamando uma identidade jurídica que reflete uma prática escamoteada e não raras vezes proibida pelo nosso sistema jurídico. O tuxaua entendeu em poucos minutos o que nossa cultura constitucionalista não logrou compreender em 200 anos de puro estudo e reflexão: a uma sociedade que não é uma, não pode

histórica. A análise de um conceito não dispensa o seu exame histórico, sobretudo para que se possa reflexionar a propósito de sua compreensão²¹.

O conceito jurídico deve levar em conta essas circunstâncias histórico-sociais, e por isso é melhor que ele seja flexível, aberto, portanto, à evolução da sociedade e suas novas exigências, sem embargo de que o conceito está a trazer uma razoável carga interpretativa.

Assim, a igualdade resume os direitos de índole social, ao passo que também vincula o legislador²², e, dessa forma, evidencia um conceito aberto, sendo que, da mesma maneira, situa-se o conceito de constituição.

Conquanto isso, essa abordagem nem sempre foi assim. Ferdinand Lassalle, em obra clássica²³, a qual resulta de conferência, pronunciada em 1863, firma um conceito de constituição e, com isso, irradia uma significativa influência no

corresponder um único Direito, outras formas e outras expressões haverão de existir, ainda que simuladas, dominadas, proibidas e, por tudo isto, invisíveis.” (1998, p. 22 et. seq.)

²¹ Um panorama (exemplo), ainda que breve, poderá contribuir para a imagem que se pretende fixar, agora, no texto. Ao estudar a Idade Média, o pesquisador deve estar atento sobre quem — e como, obviamente — produziu a fonte histórica. Com efeito, GUENÉE, In: GOFF; SCHMITT, 2006, p. 524: “...E os melhores historiadores viveram à sombra dos claustros, perto dos *scriptoria* e das bibliotecas monásticas. Com certeza, nem todos os mosteiros eram lugares de cultura e, quando aí havia cultura, a teologia, a hagiografia, a liturgia eram naturalmente as componentes essenciais. Mas alguns grandes centros, em particular os beneditinos, às vezes os cistercienses, foram ativas sedes historiográficas. Como Fleury, o atual Saint-Benoît-sur-Loire, nos séculos XI e XII. Como Sant-Denis, onde a História era cultivada desde antes do século XII (...)”

Mais adiante (p. 525 et. seq.), Bernard Guenée traz uma outra acepção, ao lecionar sobre as “Metas e métodos do historiador”: “Na Idade Média, o historiador freqüentemente se oculta atrás de sua obra. Para compreender o que ele quis fazer, não há outro recurso senão analisá-la. Porém, com mais freqüência do que se poderia imaginar, o autor aparece na narrativa e, sobretudo, cuida de dizer, em um Prólogo, quais foram suas metas e métodos. Esses prólogos dos historiadores foram por muito tempo negligenciados. Via-se aí apenas um punhado de lugares-comuns, de que se podia até dispensar a leitura e a publicação. Na verdade, só o estudo atento dos prólogos permite perceber a que ponto a obra histórica era uma construção consciente. Graças a eles, vê-se bem melhor o que era a história para os historiadores e como a fizeram.”

A compreensão do conceito deve levar em conta, tanto quanto possível, o “homem”, bem como a mutação temporal. Veja, no passo, a lição de Jacques Le Goff e Jean-Claude Schmitt, no Prefácio do *Dicionário...* (p. 17): “A Fascinação pela Idade Média não nos deve fazer esquecer que esta ‘bela’ Idade Média estava muitas vezes longe da lenda áurea imaginada pelos românticos em oposição à visão da Idade das Trevas ‘gótica’ dos humanistas e dos homens do iluminismo. O ‘homem medieval’ (se pudermos atribuir uma realidade a essa abstração) vivia freqüentemente impotente diante das dificuldades da natureza; a vida cotidiana era austera, a expectativa de vida era pequena, a mulher (apesar do culto à Virgem) depreciada. Se ele se esforçava por praticar a caridade, ao mesmo tempo ignorava a tolerância, e a palavra ‘liberdade’ significava para ele mais um privilégio do que independência. Mas a criatividade dos homens e das mulheres da Idade Média, do ‘trabalhador’ ao teólogo e aos artistas, era grande e ainda mais admirável por precisar ultrapassar os entraves, as fraquezas, os riscos e os preconceitos de uma humanidade frágil.”

²² PIOVESAN, 2003, p. 35.

²³ LASSALLE, 1988.

ocidente, mormente na Europa. Explícita, então, os fundamentos sociológicos das constituições, a saber: os fatores reais do poder²⁴, artífices da constituição escrita²⁵.

Nessa imagem, a constituição é um produto dos poderosos — é dizer, os detentores dos fatores reais do poder —, que se servem dela, e a partir dela se legitimam e oprimem. São os fatores reais do poder transformados em instituições jurídicas. A constituição escrita é uma simples folha de papel²⁶.

Lassalle, nessa perspectiva, conclui que as questões constitucionais não se vinculam às questões jurídicas, porque são problemas do poder, e que as constituições escritas somente são duráveis e têm valor se elas retratarem os fatores reais do poder que imperam na sociedade²⁷.

Esse panorama de ineficácia constitucional — constituição: tão-somente uma folha de papel — perdura na Europa por um século²⁸⁻²⁹, e o Brasil

²⁴ Para Ferdinand Lassalle (1988), os fatores reais de poder são os seguintes: a monarquia (p. 12 et. seq.), a aristocracia (p. 13 et. seq.), a grande burguesia (p. 14-16) e os banqueiros (p. 16-18). O quadro histórico de Lassalle não é o dos nossos dias. Na época (1863), em face da própria constituição absolutista da Prússia, as forças armadas não se sujeitavam à constituição, mas ao monarca. Assim, as forças armadas estavam acima da lei fundamental (p. xxii et seq., *passim*).

²⁵ *Ibid.*, p. 11: “Esta incógnita que estamos investigando apóia-se, simplesmente, nos *fatores reais do poder* que regem uma determinada sociedade. Os *fatores reais do poder* que atuam no seio de cada sociedade são essa *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*.”

²⁶ *Ibid.*, p. 19 et. seq.: “Essa é, em essência, a Constituição de um país: *a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*. Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição *jurídica*? Não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores *reais* do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão *escrita*. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores *reais do poder*, mas sim verdadeiro *direito* — instituições *jurídicas*. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os desta maneira em fatores *jurídicos*. Está claro que não aparece neles a declaração que os senhores capitalistas, o industrial, a nobreza e o povo são um fragmento da Constituição, ou que o banqueiro X é outro pedaço da mesma. Não, isto se define de outra maneira, mais limpa, mais diplomática.”

²⁷ *Ibid.*, p. 49: “Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na sociedade civil: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.”

²⁸ O século, referido, tem início com Ferdinand Lassalle, a partir do substrato de sua conferência, pronunciada em 1863, para intelectuais e operários da antiga Prússia (LASSALLE, 1988, prefácio de Aurélio Wander Bastos, *in nota explicativa*, p. ix). O marco final é o livro de Hesse, *A Força Normativa da Constituição* (1991). Na apresentação desta obra jurídica, o tradutor, hoje Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, deixa acentuado que (p. 5): “Este trabalho do Professor Konrad Hesse que apresentamos ao leitor brasileiro, base de sua aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em

também acompanha essa circunstância, haja vista que, aqui, há, outrossim, vivência constante de desrespeito à Constituição, sobretudo pelo não-reconhecimento da efetividade de suas normas e o menosprezo à sua legalidade³⁰.

Konrad Hesse, a sua vez, expõe uma outra concepção de constituição³¹, dotada de força normativa³², e ensina que “...Embora a Constituição

1959, é um dos textos mais significativos do Direito Constitucional moderno. Contrapondo-se às reflexões desenvolvidas por Lassalle, esforça-se Hesse por demonstrar que o desfecho do embate entre os fatores reais do Poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta. Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca. Ressalta Hesse que a Constituição não significa apenas um pedaço de papel.”

²⁹ Konrad Hesse informa, por sua vez, que a conferência de Ferdinand Lassalle, sobre a essência da Constituição, deu-se a 16 de abril de 1862 (1991, p. 9): “Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição (...)”

³⁰ BARROSO, 2003, p. 284: “A *falta de efetividade* das sucessivas constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.

O *desrespeito à legalidade constitucional* acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembléia Constituinte. Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o Direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição.”

³¹ Konrad Hesse (1991, p. 11) leciona outra concepção de Direito Constitucional e de Constituição, bem diversa da de Lassalle: “Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto *ciência da realidade*. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função — indigna de qualquer ciência — de justificar as relações de poder dominantes.”

³² *Ibid.*, p. 14-16, *passim*: “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização (...)

...a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...)

...Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (...)

não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas³³, em uma contribuição histórica ao estudo do conceito, interpretação constitucional e do aperfeiçoamento das instituições democráticas³⁴.

Nesse contexto, parece clara a abertura do conceito de constituição, dado que não se trata, mesmo, de obra fechada, porém aberta ao vindouro, e, ademais, permeia linhas mestras do presente para o futuro, em tudo para espelhar que não se trata de noção completa, menos ainda perfeita.

Apesar de tudo isso, importa referir que “Tal como hoje vem sendo salientado pela doutrina, não há, na literatura juspublicística, um conceito único de constituição e nem sequer um conceito que se possa considerar, mesmo tendencialmente, como dominante³⁵.”

Canotilho, nada obstante essa assertiva, fixa um conceito de constituição, que ele chama de “noção habitual e tendencialmente rigorosa³⁶”, a saber: “Constituição é uma ordenação rigorosa e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político³⁷”.

Importa registrar um ponto relevante, conforme o qual “O conceito de constituição remete a uma pluralidade de significados³⁸”, para, depois, firmar que no

³³ No passo, essas tarefas têm relação com a aplicabilidade das normas constitucionais, tema que será tratado mais adiante, neste trabalho. Essas tarefas pontuam o dirigismo constitucional e a vinculação do legislador ordinário, como anota J. J. Gomes Canotilho, referido, outrora — nota 11, precedente. Trata-se de questão a ser deslindada, ao longo desta dissertação, a realização de tarefas, imposta pela Constituição, por meio da sentença (coisa julgada) e sua respectiva harmonia com o fundamento da cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

³⁴ É possível afirmar que a Constituição brasileira de 1988 está plasmada a partir da normatividade, considerada por Konrad Hesse. A esse propósito, BARROSO, 2003, p. 285: “A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história.

(...)

E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. ...A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional.”

³⁵ CANOTILHO, 1991, p. 80 et. seq.

³⁶ *Ibid.*, p. 12.

³⁷ *Ibid.*, p. 12.

³⁸ PIOVESAN, 2003, p. 22.

definir de Constituição se encontra “a dimensão de regra estrutural do Estado e da sociedade³⁹”, e, em face disso, para orientar que “é na Constituição que serão encontradas as opções fundamentais acerca da configuração do Estado e da sociedade, através de dispositivos relativos ao exercício do poder, à organização do Estado, aos direitos e garantias fundamentais⁴⁰”, sendo que, adiante, com ímpar sabedoria, conclui que “a Constituição é ordem jurídica fundamental que concilia a abertura constitucional com a estabilidade jurídica⁴¹”.

Em síntese, a Constituição é tudo isso, e mais, ela é, substancialmente, norma de toda a sociedade⁴², e, na abordagem deste trabalho, resta agregado, a esse ou àquele conceito, a primazia da emancipação pela cidadania e o respeito à dignidade de pessoa humana, fundamentos da República⁴³, e, todos, vinculativos aos poderes da União, ademais dos atos estatais, inclusive os atos do judiciário.

O objeto da constituição tem estreita correspondência com o seu conceito, e por isso mesmo já se vê a dificuldade em precisá-lo, pacificamente.

Para logo, um tema que merece realce, mormente pelo seu valor histórico, é a distinção entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal. A propósito, válido sinalar que a constituição material se consubstancia nas disposições de “direito mais importantes para o Estado, as que lhe traçam a forma, a estrutura profunda, a competência e as relações recíprocas de seus órgãos, os direitos dos cidadãos, os fins essenciais do Estado⁴⁴”, ao passo que a constituição formal se define “pela noção de Constituição formal — conjunto de normas e princípios contidos num documento solene, que não pode ser elaborado

³⁹ PIOVESAN, 2003, p. 23.

⁴⁰ Ibid., p. 23.

⁴¹ Ibid., p. 23.

⁴² Conforme JAYME, 2000, p. 94 et. seq.: “A evolução da noção de Constituição representou a superação do entendimento de que ela seria apenas o ordenamento jurídico do Estado para se converter em norma de toda a sociedade. Ao seu texto foram incorporados os direitos fundamentais, considerados o ponto nuclear do ordenamento constitucional.”

⁴³ CR, art. 1º, II e III.

⁴⁴ TEIXEIRA, 1991, p. 3.

nem modificado senão de acordo com certos processos, que se revestem de valor superior aos processos de elaboração e modificação das leis ordinárias⁴⁵”.

Essa abordagem separativa das normas constitucionais já não cabe, atualmente, na compreensão de constituição normativa, aliás, um dos pilares em que se sustenta este trabalho.

Válido destacar que, no atual estágio do direito constitucional, já não se mostra razoável aquela distinção — entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal —, haja vista, inclusive, que a finalidade⁴⁶ do estado — fins e objetivos a realizar — está inserida entre os seus elementos constitutivos, e, ainda, a conseqüente ampliação das funções estatais⁴⁷.

Já se disse, mas é imperioso destacar, que o objeto da constituição tem estrito vínculo com o conceito de constituição, e, nesse caminho, aqui, o objeto passa a identificar-se com a concepção de estado e de sociedade.

Por isso, o objeto da constituição que aqui se adota, e com fincas na Constituição de 1988, está ligado à abordagem de estado democrático de direito, qual seja a constituição normativa da vida e organização estatal, dado que “a uma lei fundamental pertence determinar vinculativamente as competências dos órgãos de soberania e as formas e processos do exercício do poder⁴⁸”, à referência do construir uma sociedade livre, justa e solidária⁴⁹, plural — sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁵⁰ — e com o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades

⁴⁵ TEIXEIRA, 1991, p. 4.

⁴⁶ Nesse aspecto, a noção de que todas as normas inscritas na Constituição são normas constitucionais, dotadas, portanto, de imperatividade, um dos pontos nucleares deste trabalho.

⁴⁷ SILVA, 2007, p. 43: “A ampliação do conteúdo da constituição gerou a distinção (...) entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal. Segundo a doutrina tradicional (...) permitimo-nos ponderar que esse apego ao tradicional revela incompreensão das dimensões do Direito Constitucional contemporâneo. ...o Direito Constitucional também se ampliou, para compreender as normas fundamentais da ordenação estatal, ou, mais especificamente, para regular os princípios básicos relativos ao território, à população, ao governo e às finalidades do Estado e suas relações recíprocas. Diante disso, perde substância a doutrina que pretende diferenciar constituição material e constituição formal e, pois, direito constitucional material e direito constitucional formal.”

⁴⁸ CANOTILHO, 1991, p. 74.

⁴⁹ CR, art. 3º, I.

⁵⁰ CR, art. 3º, IV

sociais e regionais⁵¹, sobretudo porque a cidadania e a dignidade da pessoa humana também são fundamentos da República, “o *a priori* lógico da construção e balizamento de todo o Estado brasileiro⁵²”.

O olhar que se desenvolve sobre o objeto da constituição não pode estar alheio aos fundamentos da República, em especial a respeito da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Dessarte, o objeto da constituição também é estabelecer⁵³ a estrutura do estado, o modo de aquisição do poder e o seu exercício, assegurar os direitos e garantias das pessoas, fixar o regime político, disciplinar os fins sócio-econômicos do estado, e os fundamentos dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

O objeto da constituição é tudo isso, e mais. Importa situar, então, que o entrelaçamento dos diversos aspectos do objeto da constituição deve ter suporte nos fundamentos da República⁵⁴, isso porquanto, ao reverso, haverá nítida inconstitucionalidade.

A amplitude do objeto da constituição é sintoma que se vem observando, paulatinamente, com o caminhar da história.

A Constituição de 1988 é riquíssima, e bela, e, nesse contexto, um exemplo é bem marcante, qual seja a eficácia plena das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem assim o acolhimento constitucional dos direitos humanos internacionais⁵⁵, principalmente em face de ser uma lei fundamental aberta, outra vertente que se inclui no objeto da constituição.

⁵¹ CR, art. 3º, III.

⁵² BRITTO, 2003, p. 187: “**5.5.2.** Se estamos a qualificar os fundamentos da República Federativa do Brasil como elementos conceituais da Democracia, ao lado das cláusulas pétreas materiais expressas, é pela imperiosa razão de que tais fundamentos **são os pressupostos mesmos ou o *a priori* lógico da construção e balizamento de todo o Estado brasileiro**. Aquilo que se põe como justificativa prévia e explicação final da arquitetura estatal que substitui o modelo autoritário da eufemisticamente chamada ‘Revolução de 1964’. Logo, estamos a lidar com ‘fundamentos’ que outra coisa não são que princípios antecedentes a tudo mais que signifique nova montagem e funcionamento do Estado brasileiro em termos republicanos e federativos. Em linguagem figurada, os fundamentos da nossa República Federativa são os cromossomos nos quais se contêm os próprios genes ou suportes materiais da hereditariedade estatal brasileira.”

⁵³ SILVA, 2007, p. 43.

⁵⁴ CR, art. 1º.

⁵⁵ CR, art. 5º, § 1º — 4º: § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O professor Alvacir Alfredo Nicz, um dos mais importantes educadores⁵⁶ do ensino jurídico brasileiro, com especial atuação no Paraná, leciona que “Os institutos jurídicos são, pois, atos do homem ou fatos do mundo, sobre os quais incidem as normas jurídicas⁵⁷”, “O conjunto de institutos jurídicos forma o sistema jurídico⁵⁸” e que “Os sistemas são formados por blocos de institutos, formando estes um todo daqueles⁵⁹”.

Essas premissas são vitais à inteligência da força e da extensão dos elementos da constituição, isso porque “...toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais⁶⁰”, e que “Além da noção de unidade, a Constituição também envolve a noção de sistema⁶¹⁻⁶²”.

Nada obstante a unidade da constituição, e seu aspecto orgânico, as respectivas normas constitucionais incidem sobre temas de diferente natureza, e,

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

⁵⁶ O professor Alvacir Alfredo Nicz, nome que honra o ensino jurídico no Paraná há mais de 30 anos, é titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), e professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). É membro do Instituto Pimenta Bueno — Associação Brasileira dos Constitucionalistas —, Instituto de Direito Tributário e do Instituto dos Advogados do Paraná. Exerceu diversos cargos junto à PUCPR, UFPR, e à Administração do Paraná. É autor de obras e artigos, publicados em diversas revistas jurídicas.

⁵⁷ NICZ, 1995, p. 13.

⁵⁸ Ibid., p. 14.

⁵⁹ Ibid., p. 14.

⁶⁰ PIOVESAN, 2003, p. 27.

⁶¹ Ibid., p. 27 et. seq.

⁶² A propósito do conceito de sistema, com ênfase às normas constitucionais, ensina a professora Flávia Piovesan, em passagem que merece relida (op. cit., p. 28): “O sistema define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos, que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. É nesta medida que a interpretação de todas as normas constitucionais advém do critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional.

Situa-se, assim, inconcebível a compreensão de normas constitucionais tomadas isoladamente, à margem do sistema, em face da necessária interpretação sistemática e teleológica, que ilumina a regra constitucional em todas as suas possíveis dimensões de sentido.”

igualmente, contêm distintas finalidades⁶³ — eis a razão, portanto, que se costuma distinguir, no âmbito da lei fundamental, certos tipos ou categorias de valores e preceitos a que se denomina de *elementos* da constituição⁶⁴.

Conquanto tudo isso, não há unanimidade quanto ao número e à caracterização desses elementos⁶⁵, todavia é possível considerar que a generalidade das constituições está a revelar, quanto à sua estrutura normativa, cinco categorias de elementos, a saber: (1) elementos orgânicos, (2) elementos limitativos, (3) elementos sócio-ideológicos, (4) elementos de estabilização constitucional, e (5) elementos formais de aplicabilidade⁶⁶.

Com efeito, os *elementos orgânicos* se contêm em as normas que regulam a estrutura do estado e do poder⁶⁷, já os *elementos limitativos* se manifestam nas normas que consubstanciam o rol dos direitos e garantias fundamentais, e são assim denominados porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do estado de direito⁶⁸.

José Afonso da Silva ensina que os chamados *elementos limitativos* — normas que sedimentam o elenco dos direitos e garantias fundamentais — estão inscritos no Título II da Constituição brasileira de 1988, “sob a rubrica *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, excetuando-se os *Direitos Sociais* (Capítulo II)⁶⁹”.

Embora a elevada cultura jurídica do professor José Afonso, seja-nos permitido discordar, com a devida vênua, quanto à exclusão dos *Direitos Sociais* — esculpidos na Constituição de 1988 — da abrangência do Título II, sob a rubrica *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, isso porque — sem embargo do que está

⁶³ TEIXEIRA, 1991, p. 182.

⁶⁴ Ibid., p. 182.

⁶⁵ SILVA, 2007, p. 44.

⁶⁶ Ibid., p. 44 et. seq.

⁶⁷ Conforme José Afonso da Silva (op. cit., p. 44), na vigente Constituição brasileira, os elementos orgânicos se concentram, basicamente, “nos Títulos III (*Da Organização do Estado*), IV (*Da Organização dos Poderes e do Sistema de Governo*), Capítulos II e III do Título V (*Das Forças Armadas e da Segurança Pública*) e VI (*Da Tributação e do Orçamento*, que constituem aspectos da organização e funcionamento do Estado)”.

⁶⁸ SILVA, 2007, p. 44.

⁶⁹ Ibid., p. 44.

enunciado, neste trabalho, nos Capítulos 2.2 e 2.3, seqüentes⁷⁰ — os mesmos *Direitos Sociais* encerram direitos pétreos e, assim, direitos fundamentais⁷¹

Os *elementos sócio-ideológicos*⁷² revelam o compromisso das constitui es modernas entre o estado individualista e o estado social intervencionista⁷³, ao passo que os *elementos de estabiliza o constitucional* estão fixados nas normas destinadas a assegurar a aprecia o de conflitos constitucionais (jurisdi o constitucional), a defesa da constitui o e das institui es democráticas, prevendo os meios e as técnicas contra sua altera o e infring ncia⁷⁴.

Importa registrar, também, que os *elementos formais de aplicabilidade*⁷⁵ encontram-se alinhados nas normas que estipulam regras de aplica o da Constitui o, como o preâmbulo, as cláusulas de promulga o, as disposi es transitórias, e o preceito do art. 5 ,   1 , Constitui o de 1988, para o qual “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplica o imediata”.

Ainda que compreendidas as divergências a propósito do tema, consoante já se disse, esses são os *elementos*⁷⁶ da Constitui o⁷⁷, aqui em sinopse,

⁷⁰ O tema, *Direitos Fundamentais*, será objeto dos Capítulos 2.2 e 2.3, adiante, deste trabalho, nos quais a questão será apreciada, com mais vagar.

⁷¹ MARTINS NETO, 2003, p. 171.

⁷² Consoante a classifica o e terminologia de SILVA, 2007, p. 44.

⁷³ Como exemplos (de José Afonso da Silva, op. cit., p. 44): As normas do “Capítulo II do Título II, sobre os *Direitos Sociais*, e as dos Títulos VII (*Da Ordem Econ mica e Financeira*) e VIII (*Da Ordem Social*)”.

Válido lembrar (v nia) a nossa discordância da inclusão das normas acerca dos *Direitos Sociais*, como *elementos sócio-ideológicos*, isso porque este trabalho está a inseri-las como *elementos limitativos*, porquanto considera que os Direitos Sociais estão a integrar o elenco *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*.

⁷⁴ SILVA, 2007, p. 45: “Os elementos de estabiliza o constitucional “são encontrados no art. 102, I, a (*a o de inconstitucionalidade*), nos arts. 34 a 36 (*Da Intervens o nos Estados e Municípios*), 59, I, e 60 (*Processo de emendas   Constitui o*), 102 e 103 (*Jurisdi o constitucional*) e Título V (*Da Defesa do Estado e das Institui es Democráticas*, especialmente o Capítulo I, porque os Capítulos II e III ...integram os elementos orgânicos);”

⁷⁵ Ibid., p. 45.

⁷⁶ SILVA, 2007, p. 44: “...normas, geralmente agrupadas em títulos, capítulos, se es, em fun o da conexão do conteúdo específico que as vincula, dão caráter polifac tico às constitui es, de que se originou o tema denominado *elementos das constitui es*.”

⁷⁷ A referência, válido repisar,     Constitui o brasileira de 1988.

inclusive quanto à exemplificação deles, em um painel, tecido com base na exposição doutrinária de José Afonso da Silva⁷⁸.

2.2 CONCEITO E FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outra vez se está diante de uma questão conceitual, agora de forma ainda mais estrita, mas não menos densa, considerando, no passo, a importância e o significado ao exercício da cidadania e à dignidade da pessoa da pessoa humana, e à coisa julgada, qual seja, assim, o conceito e o alcance dos direitos fundamentais.

Para logo, deseja-se fixar que a supremacia da constituição é um ponto central no sistema e se configura como um *desiderato lógico* de toda teoria constitucional, dado que resulta do fato de ser a constituição a *norma das normas*⁷⁹, indexada, diretamente, na doutrina de Hans Kelsen, da *norma fundamental*, fundamento de direito positivo de qualquer ordem jurídica do estado⁸⁰.

Norberto Bobbio também alude à norma fundamental, pela qual nasce o sistema normativo, expressa racionalidade ao poder constituinte e advém a constituição, fonte de referência do ordenamento jurídico⁸¹.

⁷⁸ SILVA, 2007, p. 44 et. seq.

⁷⁹ CRUZ, 2003, p. 82.

⁸⁰ KELSEN, 1987, p. 206 et seq.: "...a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada com o norma fundamental (*Grundnorm*). (...)

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa."

⁸¹ BOBBIO, 1991, p. 58 et. seq.: "Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou, se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico. (...)

O certo é que a constituição é a primeira lei positiva⁸² e revela supremacia — resulta do poder constituinte. Essa situação faz da constituição a ligação entre o direito — a justiça e especificamente o direito natural — e o direito positivo⁸³.

A circunstância em relevo se notabiliza pela sua importância, e clareza, sobretudo em decorrência da finalidade mais nobre do direito, que é a de propiciar a realização da justiça em sentido real, em contraposição ao aspecto formal, meramente, e por isso essa justiça deve ser buscada na própria constituição, uma lei por excelência, tendo em vista que é a resultante do poder constituinte, legitimado, como se disse, por meio da norma fundamental⁸⁴, sendo certo que a titularidade — do poder constituinte⁸⁵⁻⁸⁶ — pertence à nação⁸⁷⁻⁸⁸.

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: *essa norma é a norma fundamental*. A norma constitucional, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. ...Pode ser formulada da seguinte maneira: 'O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade', ou: 'A coletividade é obrigada a obedecer as normas estabelecidas pelo poder constituinte'.

Note-se bem: a norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil ir. Todas as polêmicas sobre a norma fundamental resultam da não compreensão de sua função.

Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem.

Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciárias, etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro."

⁸² FERREIRA FILHO, 1988, p. 79.

⁸³ Ibid., p. 79.

⁸⁴ No ponto, Hans Kelsen e Norberto Bobbio, conforme as respectivas referências, precitadas.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, 1985, p. 13 et seq., *passim*: "Outrossim, segundo Sieyès, o Poder Constituinte da nação é ilimitado. Entenda-se, bem, contudo, o qualificativo ilimitado.

No pensamento de Sieyès, significa que o Poder Constituinte da nação não está de modo algum limitado pelo direito anterior. Assim, o Poder Constituinte não tem que respeitar limites postos pelo direito positivo anterior. (...)

Ressalte-se, por outro lado, que Sieyès é expresso em afirmar que o Poder Constituinte da nação está limitado pelo Direito Natural. (...)

(...)

Ainda outro aspecto presente no ensinamento de Sieyès é o de que o Poder Constituinte não pode sofrer qualquer condicionamento. É, portanto, um poder *incondicionado*, o que quer dizer que a nação não está sujeita a qualquer forma prefixada para manifestar a sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar a sua obra de constitucionalização."

“O Estado de direito é o Estado dos cidadãos⁸⁹”, e esse ensinamento deve estar simétrico ao estado constitucional democrático⁹⁰, bem conformado a uma *lei fundamental* escrita, é dizer, uma constituição, na qual restam fixados os direitos fundamentais, a salvo das questões de oportunidade ou conveniência legislativa ordinária, ou mesmo do processo legislativo de emenda, sobretudo porque a Constituição está situada na estrutura dos direitos e princípios fundamentais do estado e da sociedade brasileiros.

A compreensão dos direitos fundamentais deve estar em consonância com a concepção de democracia⁹¹ na Constituição de 1988, dado que o “O Estado de Direito, para a constituição brasileira, é um Estado de Justiça⁹²”, do qual sobressai, primeiro, a noção de direito subjetivo, “...como a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de

⁸⁶ FERREIRA FILHO, 1985, p. 12: “Na verdade, a idéia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico da idéia de Constituição; é justificativa da superioridade da Constituição, que, derivando do Poder Constituinte, não pode ser modificada pelos poderes constituídos, porque estes são obra daquele, por intermédio da própria Constituição.”

⁸⁷ Ibid., p. 12.

⁸⁸ Ibid., p. 12: “Que é *nação*, porém? É preciso ter presente que, no ensinamento de Sieyès, *nação* não deve ser confundida com o conjunto de homens que a compõem, num determinado momento histórico. Para ele, a *nação* encarna a permanência de uma comunidade; é a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade. Por isso, contrapõe Sieyès os interesses da nação nos interesses que os homens possam ter num determinado momento. Há interesses de uma comunidade que não se resumem nos interesses dos homens que em determinado instante a compõem, e pode mesmo haver contradição entre as duas ordens de interesses. O Poder Constituinte, portanto, pertence à nação, e manifesta a vontade dela, logicamente no estabelecimento das instituições que vão governar a comunidade.”

⁸⁹ BOBBIO, 2004, p. 78.

⁹⁰ CANOTILHO, 1991, p. 45: “...o esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como *Estado Constitucional democrático*, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constitutiva das ‘estruturas básicas da justiça’) e pressupõe um *modelo de legitimação* tendencialmente reconduzível à *legitimação democrática* (...)”

⁹¹ BARZOTTO, 2003, p. 204: “...A causa formal do Estado Democrático de Direito é o ‘pluralismo político’ (art. 1º, inciso V). A democracia deliberativa é o governo dos muitos, ou seja, é a democracia que assume a pluralidade da condição humana (Arendt), o fato de que nós somos diferentes, e que o mundo se apresenta para cada um de modo distinto. (...)”

⁹² Ibid., p. 189: “A abordagem do fenômeno jurídico pela noção de razão prática, núcleo da democracia deliberativa, exige colocar o direito sob o signo da justiça. Ora, considerar o direito pelo ângulo da justiça significa concebê-lo não como norma ou decisão, mas como instituição (...) O direito, nesta perspectiva, é concebido como um conjunto de relações de justiça que configura uma ordem concreta de coexistência. A expressão mais precisa dessa ordem encontra-se na constituição. O Estado de Direito, para a constituição brasileira, é um Estado de Justiça.”

imposição coativa⁹³”, ou como um direito oponível, e exigível, em tudo considerado uma situação jurídica de vantagem, porquanto revestida de eficácia jurídica, “...porque devidamente garantida como capaz de ser efetivada em favor de seu titular⁹⁴”.

Os direitos fundamentais compõem uma fração dos direitos subjetivos — ou seja, integram os direitos subjetivos —, porém se encontram gravados com o critério da fundamentalidade⁹⁵.

O *status* fundamental está a indicar uma preciosidade, em contraposição aos demais direitos, ditos ordinários⁹⁶, ainda que importantes, dado que “os direitos fundamentais são direitos subjetivos privilegiados⁹⁷.”

Os direitos fundamentais são indisponíveis ao legislador ordinário⁹⁸ e estão imunes ao poder constituinte reformador⁹⁹, bem assim porque no predicativo “fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive¹⁰⁰”, e também porque os direitos fundamentais da pessoa humana devem

⁹³ MARTINS NETO, 2003, p. 77.

⁹⁴ SILVA, 2007, p. 177.

⁹⁵ MARTINS NETO, 2003, p. 78: “...Não são de modo algum algo à parte destes, nem formam à sua margem uma modalidade autônoma, de valor retórico; ...são simplesmente direitos subjetivos assinalados com uma marca particular, que é a sua qualidade de *fundamentais*, em contraposição a outros dela destituídos, que podem ser ditos *não-fundamentais*.”

⁹⁶ *Ibid.*, p. 79.

⁹⁷ Gregorio Robles. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995, p. 20-22 (*passim*), *apud* MARTINS NETO, *op. cit.*, p. 79.

⁹⁸ MARTINS NETO, 2003, p. 81: “...A tanto equivale dizer que, no plano da legislação infraconstitucional, eles são, na medida do seu conteúdo constitucional, juridicamente imunes à abolição, deformação ou atentados de qualquer espécie, ressalvada a possibilidade, em termos que não os nulifiquem, de sua *organização*, *limitação* ou *complementação* por normas inferiores.”

⁹⁹ *Ibid.*, p. 86: “...Agora sim, finalmente, o adjetivo fundamental parece que depara uma base sólida para ganhar significação expressiva. É que, incorporado ao substantivo direito, ele realmente não pode pretender senão designar algo que particularize certos direitos em contraste com outros aos quais não se encontra anexado, e esse algo, até onde podemos ver, paira sobretudo nessa garantia contra o poder reformador, que alguns possuem com exclusividade e da qual outros são carecedores. Portanto, *fundamental* leva a *pétreo* e *fundamentalidade* conduz à *intangibilidade*.”

¹⁰⁰ SILVA, 2007, p. 178.

ser concreta e materialmente efetivados¹⁰¹, e que sua fonte é a soberania popular, a qual impõe uma limitação aos poderes constituídos do próprio estado¹⁰².

Válido lembrar que “A doutrina dos direitos do Homem, que tem grande peso no constitucionalismo ainda hoje, não nasceu no século XVIII¹⁰³”, isso porque, na essência, ela “...nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já desponta na Antigüidade¹⁰⁴”.

Nesse *iter*, na Antigüidade, importa sinalar um ponto remoto, assim ancestral da doutrina dos direitos fundamentais, qual seja “a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens¹⁰⁵”, mas concedido pelos deuses, sendo que, no passo, a menção “à *Antígona*, de Sófocles, em que isso¹⁰⁶ é, literalmente, exposto, em termos invidáveis¹⁰⁷”, sendo que, válido salientar, a mesma idéia “acha-se no diálogo *De legibus*, de Cícero¹⁰⁸”, circunstância retomada, no século XIII, por meio de Tomás de Aquino¹⁰⁹.

Importa registrar o realce da *Magna Carta*, de 21 de junho de 1215, pois ela indica o reconhecimento de direitos — em relação aos ingleses — e refere a uma limitação do poder, e aponta a judicialidade, um dos princípios do estado de direito, haja vista a exigência da apreciação do juiz quanto à prisão de homem livre¹¹⁰.

¹⁰¹ SILVA, 2007Ibid., p. 178.

¹⁰² Ibid., p. 178.

¹⁰³ FERREIRA FILHO, 1995, p. 9.

¹⁰⁴ Ibid., p. 9.

¹⁰⁵ Ibid., p. 9.

¹⁰⁶ A referência é ao direito superior dado aos homens pelos deuses.

¹⁰⁷ FERREIRA FILHO, 1995, p. 9.

¹⁰⁸ Ibid., p. 9.

¹⁰⁹ Ibid., p. 10: “Na *Suma teológica* existe, inclusive, uma hierarquia. Suprema é a *lei eterna* (que só o próprio Deus conhece na plenitude), abaixo da qual estão, por um lado, a *lei divina* (parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja), por outro, a *lei natural* (gravada na natureza humana que o homem descobre por meio da razão), e, mais abaixo, a *lei humana* (a lei positiva ditada pelo legislador).”

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, 1995, p. 11 et seq., *passim*: “...Apesar de formalmente outorgada por João sem Terra, é ela um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra, pois efetivamente consiste no resultado de um acordo entre esse rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses (no sentido próprio da palavra) de cidades como Londres.”

A evolução da doutrina dos direitos humanos obteve grande avanço no século XVIII, isso porque ela se insere como elemento da reformulação das instituições políticas¹¹¹, sendo que a Declaração dos Direitos, editada pela Virgínia, a 12 de junho de 1776, antes da independência das treze colônias inglesas da América do Norte, a 4 de julho de 1776, que contém o reconhecimento dos direitos fundamentais, a modo britânico, cuja preocupação se volta aos respectivos direitos tradicionais, como o julgamento pelo júri, a participação política na assembléia e o consentimento na tributação¹¹².

A inspiração das primeiras revoluções francesa e norte-americana, e a evolução do sistema bretão, no século XVIII, apoiava-se em dois princípios, a saber, (a) que determinados direitos da pessoa são próprios da natureza humana, e (b) que tais direitos são predicados de todos os membros de uma comunidade política¹¹³.

Um dos principais legados da revolução francesa é o simbolismo da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789, e sua primazia, entre as declarações, tem estreita vinculação com o fato de ser considerada o modelo a ser observado pelo constitucionalismo subsequente, e influência sobre as declarações que se seguiram, mormente até a 1ª Guerra Mundial¹¹⁴.

A predita *Declaração* cuida, em substância, de duas categorias de direitos. Uma, é a dos direitos dos homens: a liberdade, a qual se consubstancia nos poderes de agir e não-agir, independentemente da ingerência do estado¹¹⁵. Outra, é

¹¹¹ FERREIRA FILHO, 1995, p. 13 et. seq.

¹¹² Ibid., p. 20.

¹¹³ CRUZ, 2003, p. 153 et. seq.

¹¹⁴ FERREIRA FILHO, 1995, p. 19 et. seq.

¹¹⁵ Ibid., p. 23 et. seq.: "Aí se incluem a liberdade em geral (arts. 1º, 2º e 4º), a segurança (art. 2º), a liberdade de locomoção (art. 7º), a liberdade de opinião (art. 10), a liberdade de expressão (art. 11) e a propriedade (liberdade de usar e dispor dos bens) (arts. 2º e 17). E seus corolários: a presunção de inocência (art. 9º), a legalidade criminal (art. 8º), a legalidade processual (art. 7º). Afora a liberdade de resistir à opressão (art. 2º), que já se aproxima dos direitos do cidadão.

Nota-se, nessa enumeração, a falta de algumas liberdades, justamente consideradas típicas da primeira geração dos direitos fundamentais.

Uma é a liberdade econômica. Esta, na época, importava na extinção das corporações de ofício que impediam a livre concorrência.

Esta liberdade somente foi determinada por uma lei, de junho de 1791, chamada lei 'Le Chapelier', do nome de seu proponente. No Brasil, a Carta de 1824, no art. 179, n. 25, teve o cuidado de estabelecer: 'Ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres'.

a categoria dos direitos do cidadão: são poderes, ou meios de participação no exercício do poder político¹¹⁶.

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, mais, enumera princípios de organização política, como a igualdade¹¹⁷, e reconhece que o exercício simultâneo dos direitos fundamentais, por todos e cada um dos homens, está a exigir uma coordenação que impeça as colisões¹¹⁸. A regulação, para ser legítima, deve ser justa, e, por isso, somente a lei pode prescrevê-la, sobretudo porque a lei deve ser uma expressão da justiça, dada a sua generalidade, abstração e igualdade para todos os seres humanos, e também por ser a lei a expressão da vontade geral — participação de todos, levando-se em consideração o interesse geral¹¹⁹.

Por sua vez, a liberdade do comércio, indústria e profissão — também não inscrita em 1789 — foi igualmente estabelecida por uma lei (de março de 1791), vindo a ser adotada, em nível constitucional, pela Declaração de 1793 (art. 17) e pela Constituição do ano III (art. 335).

Com essas leis estava igualmente consagrada a liberdade de trabalho. O direito ao trabalho, todavia, não seria consagrado senão em 1848 (decreto de 25 de fevereiro e Constituição, Preâmbulo, item VII e art. 13).

Outra liberdade ausente da Declaração de 1789 é a de associação. Na verdade o pensamento iluminista tinha como um de seus pontos o individualismo. Por isso, e com fulcro no pensamento de Rousseau radicalmente contrário às sociedades parciais, rejeitava essa liberdade. (...)

A referida lei 'Le Chapelier', por seu lado, proibia se associassem profissionais especializados numa determinada atividade para a defesa de interesses comuns. Em conseqüência, foi ela um obstáculo para a legalização, mais tarde, dos sindicatos.

Mas em 1848 veio a prevalecer outra orientação. Um decreto, de 25 de fevereiro, reconheceu a liberdade de associação, inclusive de profissionais. E a Constituição desse ano a inscreveu no art. 8º."

¹¹⁶ FERREIRA FILHO, 1995, p. 25: "Nesse rol incluem-se os direitos de participar da 'vontade geral' (art. 6º), ou de escolher representantes que o façam (art. 6º), de consentir no imposto (art. 14), de controlar o dispêndio do dinheiro público (art. 14), de pedir contas da atuação de agente público (art. 15)."

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 25: Outros princípios de organização política: "...a finalidade do Estado (a 'associação política'), a 'conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem' (art. 2º). Outro, a soberania investida na Nação (art. 3º). Também a destinação da 'força pública' (art. 12), que é a garantia dos direitos do Homem e do Cidadão.

E, enfim, a Constituição, a verdadeira, a única merecedora de usar esse nome. Aquela que limita externamente o exercício do poder, pelo respeito aos direitos fundamentais, internamente pela separação dos poderes (art. 16)."

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 25 et. seq: "É o que exprime claramente o art. 4º da Declaração, que vale frisar: 'O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos'."

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 26: "A lei é a expressão da vontade geral', diz expressamente o art. 6º da Declaração, num empréstimo flagrante ao Contrato social. (...)

Note-se, ademais, que o art. 6º não é inteiramente fiel a Rousseau. Esse artigo admite que a vontade geral possa resultar de uma deliberação de representantes do povo, o que jamais aceitaria o mestre de Genebra. Insinua-se então a influência de Sieyès, mas daí resulta uma entorse ao pensamento rousseauista, ferrenhamente inimigo da representação."

A partir da *Declaração*, de 1789, verifica-se uma expansão da conquista dos direitos, e a proteção deles, de modo contínuo, mas não sem marchas e contramarchas, na linha da compreensão de Bobbio, o qual defende que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, “...nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas¹²⁰”.

Norberto Bobbio recusa a idéia de que o fundamento dos direitos do homem está no jusnaturalismo, pois “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas¹²¹”, e lembra, no ponto, que certos direitos, então absolutos no final do século XVIII, sofrem, agora, radicais limitações, como a propriedade; no entanto, outros direitos que sequer foram referidos, à época, como os direitos sociais, são proclamados, contemporaneamente, com enorme ostentação¹²².

Essa inferência, por si mesma, não parece descaracterizar a assertiva de que alguns direitos devem ser considerados como absolutos, a modo do jusnaturalismo, como o direito à vida, contudo encerra questão outra, qual seja a hermenêutica que propugna um papel criativo na interpretação da norma constitucional¹²³.

Importa referir, aqui, o ensino a partir da consideração de que os direitos do homem são direitos históricos, assim “a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião”, ao passo que “as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos”, e que “a liberdade política e as liberdades sociais” são efeitos “do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouco ou nenhuma terra, dos

¹²⁰ BOBBIO, 2004, p. 25.

¹²¹ Ibid., p. 38.

¹²² Ibid., p. 38.

¹²³ BARROSO, 2003, p. 287: “...as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.”

pobres que exigem... a proteção do trabalho contra o desemprego..., depois a assistência para a invalidez e a velhice¹²⁴”, e assim por diante.

Norberto Bobbio também leciona que aos direitos de primeira geração correspondem os direitos de liberdade — um não-agir do estado —, aos de segunda geração, os direitos sociais — um ação positiva do estado. Os direitos de terceira geração ainda ilustram uma categoria “heterogênea e vaga”, porém o mais importante deles é “o direito de viver num ambiente não poluído”, e que já se apresentam os direitos de quarta geração, “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica” e a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo, sendo que aos direitos de terceira e quarta gerações podem corresponder, em relação aos poderes constituídos, tanto um não-agir, quanto um agir do Estado¹²⁵.

O amplo contexto do debate está a indicar que o fundamento dos direitos humanos continua a gerar polêmica, todavia o jusnaturalismo, no sentido de que o fundamento desses direitos é a natureza humana, está mais perto da tradição judaico-cristã ocidental, sem embargo de que a luta pela conquista de novos direitos e as respectivas condições históricas não se encontram em desarmonia com a natureza humana.

2.3 NATUREZA E EFICÁCIA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS

Para logo, a sempre precisa lição, conforme a qual esses direitos-liberdades — direitos humanos fundamentais — são garantidos pelo estado, o qual nasce de uma filosofia política que o justifica pela necessidade de proporcionar proteção aos direitos fundamentais, e, ainda, que o constitucionalismo está a exigir que o estado se organize e se prepare em função dessa finalidade¹²⁶.

¹²⁴ BOBBIO, 2004, p. 25.

¹²⁵ Ibid., p. 25 et seq., *passim*.

¹²⁶ FERREIRA FILHO, 1995, p. 31. O professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a propósito, relembra o art. 2º, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “O fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem.”

Importante é observar que “O direito administrativo se vincula à realização dos direitos fundamentais a partir da dignidade humana¹²⁷”, porque também se entende aquele direito como sendo “o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais¹²⁸”, bem como que esse conjunto de compreensão se encontra em harmonia com a *Declaração dos Direitos*, de 1789, conforme a qual, no passo, “O fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem¹²⁹”.

Alvacir Alfredo Nicz ensina que a expressão “direitos fundamentais” é recente, dado que, antes, entre tantas, predominava “direitos do homem¹³⁰”, entretanto ressalva — o professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e da Universidade Federal do Paraná (UFPR) — que, hoje, a predita locução “direitos fundamentais não se coloca apenas diante dos princípios do direito natural”, nem são somente direitos individuais, “mas também os direitos de grupos, de sindicatos, de instituições, dos consumidores, enfim da coletividade”, são os direitos “econômicos, os sociais, os culturais”. Explica que são mesmo fundamentais por “constarem na Constituição”, e, outrossim, porque estão “constitucionalmente consagrados dentre os direitos dos membros da comunidade política frente ao Estado”, e, mais, acentua que o núcleo é a dignidade da pessoa humana, sobretudo porque — é de novo o professor Nicz quem leciona — “não haverá direitos fundamentais em regimes absolutista ou totalitário, onde a pessoa humana não é o ponto capital de atenção da entidade estatal¹³¹”.

Era o que se dava com a carta imperial de 1824, isso porque a sua longa declaração de direitos era desprotegida — é dizer, ineficaz — junto aos tribunais, circunstância que se altera, radicalmente, a partir da Constituição brasileira

¹²⁷ JUSTEN FILHO, 2005, p. 3.

¹²⁸ Ibid., p. 1: “O direito administrativo é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.”

¹²⁹ Art. 2º, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

¹³⁰ NICZ, 2003, p. 75: “A utilização da expressão ‘direitos fundamentais’ é bastante recente. Por muitos anos, as expressões predominantes foram ‘direitos do homem’, ‘direitos naturais’ ou até ‘direitos inatos’ ou também ‘direitos originários’.”

¹³¹ Ibid., p. 76 et seq., *passim*.

de 1891, com a instituição dos direitos e as disposições assecuratórias, conforme, a propósito, o ensinamento de Ruy Barbosa, um dos maiores constitucionalistas de todos os tempos¹³².

Ainda com respeito à exata fixação sobre a natureza das normas fundamentais, importa realçar que esses direitos “existem no individuo como emanção de sua personalidade, nativa ou social”, e, logo, são, sobretudo, “os direitos primarios, os direitos inherentes á sua entidade, os direitos constitucionaes, aquelles de onde provém os outros”, sendo certo que, mais adiante, Ruy Barbosa traz o ensinamento de Pimenta Bueno, e, com este, a inferência, categórica, no sentido de que os direitos fundamentais “são partes integrantes da entidade humana¹³³”.

Apesar das diretivas que se extraem dessas lições, seja quanto à essência dos direitos fundamentais, quer quanto à garantia deles, nada obstante isso, imperioso reconhecer, no sentido de um constitucionalismo compromissário-dirigente, “um ‘silêncio eloqüente’ acerca do significado da Constituição”, a qual deve ser compreendida “como *algo substantivo*, porque contêm valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização¹³⁴”.

¹³² BARBOSA, V Vol., 1934, p. 175 et. seq. — mantida a ortografia da época: “O que distingue, na essencia as declarações de direitos promulgadas nas *Constituições do typo* que a dos *Estados-Unidos* consagrou, das declarações de direitos exaradas em outras Constituições, é a *existencia*, naquellas, da *garantia judiciaria para a sustentação pratica e a reivindicção efficaz de cada um dos direitos assim declarados*.

(...)

A *Constituição Imperial do Brasil* tinha, nos trinta e cinco paragraphos do seu art. 179, a *mais copiosa e liberal das declarações de direitos*. A da nossa Constituição actual não lhe faz vantagem na liberalidade ou abundancia dos principios consagrados.

Onde, porém, a segunda se avantajá á primeira com uma distancia incommensuravel, é em que a Constituição de 1824, como as Constituições Francezas e todas as Constituições monarchicas até hoje, *não dotava esses direitos, de um escudo, não commettia a proteção dellas aos tribunaes; o que a nossa Constituição vigente veiu a realizar de modo completo, cabal e perfeito*.”

¹³³ *Ibid.*, p. 188 et. seq. — ortografia original: “Eis o que vêm a ser direitos individuaes. São os que existem no individuo como emanção da sua personalidade, nativa ou social: os direitos primarios, os direitos inherentes á sua entidade, os direitos constitucionaes, aquelles de onde provém os outros (...) Para evitar o erro commettido, bastaria ao illustre orgão da justiça ter lido Pimenta Bueno, cuja linguagem, frisante e peremptoria, nos podia forrar as invocações de outros autores.

‘Os *direitos individuaes*, que se podem também denominar *naturaes, primitivos, absolutos, primordiaes, ou pessoaes*, são faculdades, as *prerrogativas moraes* que a natureza conferiu ao homem como ser intelligente; são *attributos essenciaes de sua individualidade*, são propriedades sua *inherentes á sua personalidade*; são *partes integrantes da entidade humana*’.”

¹³⁴ STRECK, 2002, p. 126.

O referido *silêncio eloqüente* resulta do descompromisso para com a natureza das normas constitucionais, reinante, até meados do século XX, na Europa e nos países de influência romano-germânica, conforme a qual a constituição não era um feixe de norma jurídica, e o acesso a ela não estava franqueado às pessoas e ao juiz, já porque era uma norma, dirigida, em substância, aos poderes constituídos, mormente ao legislativo, com exceção dos direitos individuais, desde os limitativos da ação do executivo, que podiam ser opostos em face dele, nada mais¹³⁵.

Esse panorama, entretanto, não encontra aceitação na realidade norte-americana, porque “...alçou a Constituição desde o início do século XIX à posição não apenas de norma jurídica, mas de norma jurídica suprema no âmbito do ordenamento¹³⁶”, um paralelo que também deflui da mensagem de Ruy Barbosa, em especial quanto aos direitos fundamentais, para quem a Constituição de 1891 contempla “garantia judiciária para a sustentação prática e a reivindicação eficaz de cada um dos direitos assim declarados¹³⁷”.

A partir da segunda metade do século XX, e hoje, mais do que antes — no Brasil e nos países de influência romano-germânica —, é muito forte a corrente doutrinária que reconhece a constituição como um conjunto de normas jurídicas, e, sobretudo, “normas dotadas de superioridade hierárquica”, imperativas, e é certo que elas “existem para realizar-se e estão à disposição de todos os jurisdicionados¹³⁸”.

A norma jurídica implica na imperatividade dos fins propostos, e pretende a produção desses efeitos no mundo dos fatos, dado que postula adequar à realidade, ou seja modificá-la em algum sentido, alterá-la em alguma substância¹³⁹, principalmente porque a norma se encontra fixada no campo da possibilidade e no da liberdade — “daquilo que é possível acontecer e do que o homem, no exercício de sua liberdade, pode decidir fazer¹⁴⁰”.

¹³⁵ BARCELLOS, 2002, p. 14, *passim*.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹³⁷ BARBOSA, V Vol., 1934, p. 175 — ortografia da época.

¹³⁸ BARCELLOS, 2002, p. 14 et. seq.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 31 et. seq. A professora Ana Paula de Barcellos também esclarece que “Por evidente, não há necessidade de norma alguma para dizer o que já é ou que não pode ser diferente.” (p. 32)

O traço de juridicidade está na capacidade de impor pela força, se o caso, a realização dos efeitos pretendidos pela norma, ou a de vincular alguma consequência ao respectivo descumprimento de modo a provocar, substitutivamente, a concretização do efeito normativo previsto, ou um seu equivalente — é dizer, em nome da eficácia¹⁴¹ jurídica, “por força da qual, uma vez desrespeitada uma norma, podem ser exigidas providências diante do judiciário, instituição responsável por sua imposição coativa¹⁴²”.

Pontes de Miranda leciona, logo no início de monumental estudo, que “Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos¹⁴³”, e considera que as normas jurídicas¹⁴⁴ estão fixadas no plano da existência, validade e eficácia¹⁴⁵, inclusive para que possam incidir sobre certos fatos e, assim, fazê-los fatos jurídicos, para, então, ingressarem no mundo jurídico¹⁴⁶.

Os atos jurídicos decorrem dos fatos jurídicos que nascem de uma manifestação de vontade¹⁴⁷, e a existência de uma norma — e também de um ato

¹⁴⁰ BARCELLOS, 2002, p. 32.

¹⁴¹ A compreensão de eficácia, nesta dissertação, possui sentido abrangente, dado que, no ponto, está a significar a aplicabilidade (executoriedade) da norma jurídica.

¹⁴² BARCELLOS, 2002, p. 33. Prossegue a professora Ana Paula de Barcellos: “Essa particularidade é que distingue as normas jurídicas de todas as outras formas de proposições normativas, como as que habitam o universo da moralidade ou das convenções sociais. De acordo com a lógica de funcionamento do Estado de direito, no momento em que uma norma se torna jurídica, qualquer que tenha sido a sua origem remota (e.g., a religião, a moral ou a economia), seu cumprimento passa a ser obrigatório para todos — inclusive para o Poder Público —, o que requer todo um aparato estatal capaz de impor essa obediência, direta ou indiretamente, caso ela não seja obtida de forme voluntária.”

¹⁴³ PONTES DE MIRANDA, Tomo I, 1977, Prefácio, p. IX.

¹⁴⁴ Válido sinalar que norma jurídica também se constitui em ato jurídico, no sentido da “manifestação de vontade que tem por fim criar ou modificar direitos. O traço que singulariza a lei em sentido material é precisamente esta sua aptidão para inovar na ordem jurídica”. (BARROSO, 2003, p. 81).

¹⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Tomo I, 1977, Prefácio, p. XXII.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 6, *passim*: “2. Fatos do mundo jurídico. — Os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam. (...) 3. Incidência da regra jurídica e juridicidade. — Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas — isto é, normas abstratas — incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais. (...) À lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico e determinando-lhes os efeitos (eficácia deles).”

jurídico — configura-se quando nela estiverem presentes todos os elementos constitutivos, concebidos pela respectiva lei como causa eficiente de sua incidência¹⁴⁸. Nesse plano, assim, não se indaga da invalidade e tampouco da eficácia da norma, ou do ato, ou do fato jurídico, dado que importa, somente, a realidade da existência¹⁴⁹.

Nada obstante isso, o conceito de validade está próximo do de existência, e às vezes até se considera que são sinônimos¹⁵⁰, e isso decorre mesmo da concepção relacional, segundo a qual uma norma deve estar sempre em consonância com a norma jurídica que lhe permite a criação¹⁵¹.

A título ilustrativo, cabe lembrar a lição de Luis Roberto Barroso, para quem “uma lei que contraria a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*”, dado que “Norma inconstitucional é norma *inválida*”¹⁵²⁻¹⁵³.

Conquanto a sabedoria e a cultura do constitucionalista pátrio, aqui, neste estudo, a sustentação é no sentido de que uma norma inconstitucional é uma norma *inexistente*, sobretudo porque é nenhuma a coisa julgada derivada de uma

¹⁴⁷ BARROSO, 2003, p. 81.

¹⁴⁸ Ibid., p. 82. Discorre, mais: “...É possível distinguir, dentre estes elementos, os que se poderiam dizer comuns, porque indispensáveis a qualquer ato jurídico (v.g. agente, objeto e forma) e os que são específicos de determinada categoria de atos.

A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo, se necessário. Seria inexistente, por exemplo, uma ‘lei’ que não houvesse resultado de aprovação da Casa Legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico.”

¹⁴⁹ MELLO, 1993, p. 75.

¹⁵⁰ PIOVESAN, 2003, p. 55: “A teoria escalonada do ordenamento jurídico surge, assim, como uma teoria da validade do direito, que busca indicar os pressupostos para a norma jurídica válida. Nesta concepção Kelseniana, dizer que uma norma existe significa dizer que ela é válida.”

¹⁵¹ Ibid., p. 55: “A validade é conceito relacional, ou seja, norma válida é aquela que está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior e este raciocínio é desenvolvido à luz de um sistema normativo escalonado, que se apresenta como norma jurídica positiva suprema à Constituição que, por sua vez, busca sua especial validade na norma fundamental, que é o termo unificador das normas que integram a ordem jurídica, fundamento de validade de todas as normas do sistema.”

¹⁵² BARROSO, 2003, p. 83.

¹⁵³ A seguir, o professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), complementa (Ibid., p. 83): “Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a vigência de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade.”

norma inconstitucional, assunto, aliás, que será abordado no decurso do trabalho, todavia se pede o registro, desde logo¹⁵⁴.

A eficácia jurídica da norma corresponde à aptidão que possui para gerar efeitos, “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos *típicos*¹⁵⁵”, ou, em sentido convergente, “a eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de atuação da norma, ou seja, apresenta eficácia jurídica a norma que tiver condições de aplicabilidade¹⁵⁶”.

A propósito da eficácia jurídica das normas constitucionais cuidou, superiormente¹⁵⁷, José Afonso da Silva¹⁵⁸, cuja abordagem está a merecer destaque, haja vista a enorme significância do estudo do professor da Universidade de São Paulo.

Leciona, pois, que “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia¹⁵⁹”, mas admite que para determinadas normas constitucionais a eficácia não se manifesta “na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte”, isso porque tais normas estão a depender de uma normatização ordinária, ou complementar executória, prevista pelo mesmo constituinte¹⁶⁰, para, daí, classificar as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em três categorias, a

¹⁵⁴ Ao longo deste trabalho, voltar-se-á ao tema, mas que sejam permitidos, de plano, os seguintes questionamentos: a) é possível conceber validade a uma sentença que fere a cidadania? b) a sentença que contraria o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é válida? Parece que, para os dois quesitos, a resposta é apenas uma: a sentença que dilacera a cidadania é inexistente, como também é inexistente a sentença que oblitera a dignidade da pessoa humana. Este trabalho está a sustentar que a sentença que for proferida em contrariedade à cidadania não passa em julgado, como também não é capaz de formar coisa julgada a sentença que se prolatar em desconformidade com a dignidade da pessoa humana, haja vista a violação constitucional. A distinção é importante. Ora, se se admitir que uma dessas sentenças seja apenas inválida, ela estará apta a transitar em julgado, e ficará imutável, caso não se efetive o exercício da ação rescisória.

¹⁵⁵ BARROSO, 2003, p. 83.

¹⁵⁶ PIOVESAN, 2003, p. 57.

¹⁵⁷ BARROSO, 2003, p. 84.

¹⁵⁸ SILVA, 1982, p. 3: “Esta monografia se propõe a estudar a *aplicabilidade das normas constitucionais*.”

Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz *efetivamente* esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua *eficácia social*, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia do direito.”

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 71 et. seq.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 72.

saber, 1) *normas constitucionais de eficácia plena*; 2) *normas constitucionais de eficácia contida*; 3) *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*¹⁶¹.

As normas constitucionais de eficácia plena incidem, diretamente, sobre o tema a que o constituinte atribui expressão jurídica, e são de aplicabilidade imediata “porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade¹⁶²”; as de eficácia contida também possuem natureza de normas imperativas e consagram, em geral, direitos subjetivos das pessoas, enquanto “as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias”, é dizer “são regras conceitos limitativos das situações subjetivas de vantagem¹⁶³”.

As normas constitucionais de eficácia limitada¹⁶⁴ são aquelas que estão a depender de outras providências normativas a fim de que possam surtir os efeitos essenciais, almejados pelo constituinte, e se subdividem em dois tipos, a saber, normas constitucionais de princípio institutivo¹⁶⁵, e normas constitucionais de princípio programático¹⁶⁶.

¹⁶¹ SILVA, 1982, p. 72 et. seq.: “Na primeira categoria, incluem-se toda as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.”

¹⁶² Ibid., p. 90.

¹⁶³ Ibid., p. 105. Leciona, mais: “*Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.*

(...)

São elas normas de aplicabilidade imediata e direta ...sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do poder público, para manter a ordem, a segurança pública, a segurança nacional, a integridade nacional, etc., na forma permitida pelo direito objetivo).”

¹⁶⁴ Ibid., p. 107.

¹⁶⁵ Ibid., p. 111 et seq., *passim*: “...as normas de que se trata aqui são não-programáticas dependentes de legislação. São de eficácia limitada, porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas. Não são, todavia, destituídas de aplicabilidade, como querem aqueles que as chamam de normas de eficácia

A leitura de norma constitucional, no sentido de admitir eficácia jurídica, revela-se importante, porém é preciso avançar, sobretudo para sentir a sua eficácia social, é dizer, a sua efetividade¹⁶⁷, que advém de densa tarefa hermenêutica, com a qual este estudo pretende realçar a abordagem na questão sentencial, como forma de concretizar a cidadania e a dignidade da pessoa humana, princípios estruturais da República, e, também, dos direitos fundamentais.

“Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se¹⁶⁸”, e, igualmente, que “Os direitos fundamentais são a bússola das

ou aplicabilidade diferida, como a pretender que nada signifiquem, enquanto o legislador não emitir regras jurídicas que as complementem.

Para distingui-las das normas programáticas (...), preferimos designá-las como *normas de princípio institutivo*, porque contêm *esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades (...)*

A caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. Uma deixam larga margem ao poder discricionário do legislador (...): ‘A criação de Estados e Territórios dependerá de *lei complementar (...)*’; outras condicionam a ação legislativa futura (...): ‘A União, mediante *lei complementar (...)*’; outras já indicam o conteúdo da lei (...): ‘*Lei complementar estabelecerá (...)*’ e assim por diante.

¹⁶⁶ SILVA, 1982, p. 129, 135-137 et 146 et seq., *passim*: “...normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

(...)

...são normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômicos-sociais, tais como: realização da justiça social; valorização do trabalho como condição de dignidade humana (...)

...são normas que não tiveram força suficiente para desenvolver-se integralmente, sendo acolhidas em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências;

...são normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem efeitos jurídicos (...)

(...)

...enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão preceptivas como as outras; regulam comportamento públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhes são objeto, sendo, nesse limite, vinculantes, como consequência da eficácia formal prevalecente da fonte (a Constituição), no que respeita às leis ordinárias, pelo que estas, se anteriores e contrárias, ficam invalidadas, se posteriores e conflitantes, são inconstitucionais.

...normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais de que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura.

...as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I — estabelecem um dever para o legislador ordinário; II — condicionam a legislação futura (...); III — informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica (...); IV — constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V — condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI — criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (...)”

¹⁶⁷ BARROSO, 2003, p. 85.

¹⁶⁸ BONAVIDES, 2007, p. 592.

Constituições¹⁶⁹”, e de tudo isso se pode deduzir que a eficácia dos direitos fundamentais se revela imperiosa na realização constitucional, seja quanto à eficácia jurídica, quer quanto à efetividade, qual seja “a concretização do comando normativo”, assim “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social¹⁷⁰”.

As normas constitucionais fundamentais também exibem densidades diversas, e, portanto, há normas que “estão aptas a produzir efeito concreto independentemente de regramento ulterior” e há outras que precisam de “legislação infraconstitucional integradora para a deflagração da plenitude de seus efeitos¹⁷¹”, mas, apesar disso, essas normas apresentam certas peculiaridades e, por isso, pode reconhecer-se “a existência de um regime jurídico próprio, que configura um autêntico sistema, ainda que aberto e flexível¹⁷²”, sobretudo porque “os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana¹⁷³”.

O art. 5º, § 1º, Constituição da República¹⁷⁴, estampa um instrumento e um princípio de eficácia das normas fundamentais, e é certo que essa aplicabilidade imediata “engloba, não apenas os direitos individuais, mas também, os direitos coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos¹⁷⁵”, já porque, inclusive, esse princípio registra “a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais¹⁷⁶”, e, ainda, importa ressaltar que todas as normas fundamentais estão a salvo de emenda constitucional¹⁷⁷ (CR, art. 60, § 4º¹⁷⁸).

¹⁶⁹ BONAVIDES, 2007, p. 600.

¹⁷⁰ BARROSO, 2003, p. 84 et seq.;, *passim*.

¹⁷¹ BONTEMPO, 2005, p. 165.

¹⁷² *Ibid.*, p. 165.

¹⁷³ SARLET, 1998, p. 73.

¹⁷⁴ CR, art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁷⁵ BONTEMPO, 2005, p. 180.

¹⁷⁶ PIOVESAN, 2006, p. 35.

¹⁷⁷ BONAVIDES, 2007, p. 640 et. seq.: “Com efeito, introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º do art. 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida e favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas acepções ora

Direito subjetivo compreende o “poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse¹⁷⁹”, sendo certo que importante doutrina está a entender que os direitos sociais, ainda que de cunho programático, geram direitos públicos subjetivos¹⁸⁰⁻¹⁸¹, nada obstante respeitáveis opiniões em contrário¹⁸²⁻¹⁸³.

Esse relevante tema perpassa o trabalho, conquanto irradiante à matéria da eficácia sócio-jurídica da coisa julgada.

Merece destaque, então, aduzir, sim, que os direitos sociais geram direitos públicos subjetivos, inclusive como manifestação da cidadania¹⁸⁴, embora os obstáculos nas questões orçamentárias¹⁸⁵, porém há um ponto irreduzível, qual seja o mínimo existencial¹⁸⁶, como núcleo da dignidade da pessoa humana¹⁸⁷, sendo

examinadas, não abrange apenas o teor material dos direitos de primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se entende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.”

¹⁷⁸ CR, art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV — os direitos e garantias individuais.

¹⁷⁹ BARROSO, 2003, p. 103.

¹⁸⁰ BONTEMPO, 2005, p. 238.

¹⁸¹ BARCELLOS, 2002, p. 149: “Além da submissão à lei, é característica essencial do Estado de direito a submissão de todos à jurisdição. (...)”

A universalidade da tutela jurídica significa (...) que a todo direito, interesse jurídico ou situação de vantagem, conferida pelo ordenamento, deve corresponder uma ação que ofereça instrumental apto a sancionar os efeitos previstos pela norma jurídica. Sem a ação judicial, o direito queda-se inerte, como o medicamento injetável na ausência da seringa e dos equipamentos próprios.”

¹⁸² SILVA, 1982, p. 160.

¹⁸³ BARROSO, 2003, p. 121: “As normas constitucionais programáticas, dirigidas que são aos órgãos estatais, não de informar, desde o seu surgimento, a atuação do Legislativo, ao editar leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. (...)”

Delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação positiva. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo ‘negativo’ de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. (...)”

¹⁸⁴ TORRES, 2001, p. 258: “O conceito hodierno de cidadania, em suma, compreende os direitos fundamentais, os políticos, os sociais e econômicos e os difusos, em constante tensão com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances e de resultados, e de solidariedade, a que se vinculam.”

¹⁸⁵ BARCELLOS, 2002, p. 236: “A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 305: “Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.”

certo, ainda, que se deve olhar a expansão desse mínimo existencial até o máximo dos recursos disponíveis, os quais devem obedecer a um aumento gradativo¹⁸⁸, ponderando, enfim, que “Lutar pela eficácia plena dos direitos sociais significa, em última análise, lutar para que se cumpra a ‘vontade da Constituição’¹⁸⁹”.

Importa referir, desde agora, que o acesso à justiça, como exercício da cidadania, deve garantir o direito fundamental de se obter uma sentença justa e que torne efetiva a norma fundamental, conforme os parâmetros da dignidade da pessoa humana.

¹⁸⁷ BARCELLOS, 2002, p. 248: “...É possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o seu núcleo, especialmente àquelas que dizem respeito a condições materiais de existência, isto é, exigibilidade da prestação em si diante do Poder Judiciário (...) Em suma: o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.”

¹⁸⁸ PIOVESAN, 2006, p. 168-170: “Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados (...)

...os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva (...)

(...)

...Ressalte-se, todavia, que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem enfatizado o dever dos Estados-partes de assegurar, ao menos, o núcleo essencial mínimo, o *minimum core obligation* relativamente a cada direito enunciado no Pacto, cabendo aos Estados o dever de respeitar, proteger e implementar tais direitos.”

¹⁸⁹ BONTEMPO, 2005, p. 307.

3 O DIREITO COMO FATO SOCIAL

3.1 CONCEITO SÓCIO-JURÍDICO DO DIREITO

“O Direito é; mas a medida do *ser* é dada pela sua *realização*¹⁹⁰”.

É corrente, mas não menos complexa, a conceituação do direito, pelos juristas. Hans Kelsen tenciona a edificação de uma ciência pura do Direito — para ele, portanto, a teoria do direito “é uma teoria do Direito Positivo” — com a preocupação de “conhecer o seu próprio objeto” e assim responder sobre “o que é e como é o Direito”, sem se importar em “saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito¹⁹¹”.

A pureza dessa teoria faz situar o direito com objeto único e, lógico, apartar desse conhecimento científico “tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito¹⁹²”, sendo que, para Kelsen, o objeto da ciência do direito é a norma jurídica¹⁹³, sobretudo porque o “Direito é uma ordem normativa da conduta humana¹⁹⁴”, o dever-ser normativo¹⁹⁵.

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Tomo I, 1987, p. 30: “...Tal realização, ou ocorre pela observância espontânea, ou pelos aparelhos do Estado, tendentes a isso, às vezes criados para isso, como é o da Justiça. Existe, ainda, direito especial, que se destina à realização do Direito — o direito processual.”

¹⁹¹ KELSEN, 1987, p. 1: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.”

¹⁹² Ibid., p. 1: “Quando designa a si própria como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”

¹⁹³ Ibid., p. 77: “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação — menos evidente — de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou — por outras palavras — na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.”

¹⁹⁴ Ibid., p. 4: “Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na

Ao esquematizar a teoria pura do direito, Hans Kelsen tem o intento de estudar o direito positivado, e, para tanto, separa o conceito de direito do de justiça, embora não a desmereça, mas considera que a teoria pura não é capaz de solver sobre o caráter justo ou injusto do direito, nem admite que o direito deva conter, sempre, um mínimo moral¹⁹⁶, e considera válida uma norma jurídica mesmo que contrarie a ordem moral¹⁹⁷.

Trata-se, com efeito, da centralidade positivista, e daí se percebe a influência do positivismo, o positivismo jurídico, com a sua “busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, que aparta o Direito da moral e dos valores transcendentais¹⁹⁸”, e isso trouxe graves prejuízos à compreensão do direito como fato social, tanto que, “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha¹⁹⁹”.

verdade, o Direito, que constitui objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.”

¹⁹⁵ KELSEN, 1987, p. 4: “Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.”

¹⁹⁶ Ibid., p. 63 et 71, *passim*: “...Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. (...)

(...)

...não se aceita de modo algum a teoria de que o Direito, por essência, representa um mínimo moral, que uma ordem coercitiva, para poder ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima.”

¹⁹⁷ Ibid., p. 74: “...a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral.

O que é mais importante (...) é a idéia de que não há uma única Moral (...), mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos, e que uma ordem jurídica positiva pode muito bem corresponder (...) às concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população (...) e contrariar ao mesmo tempo as concepções morais de um outro grupo ou camada da população. (...) A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte. De outro modo não poderia ela alcançar o seu fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme, independente de circunstâncias de tempo e de lugar, sobre o que é direito (justo) e o que é injusto.”

¹⁹⁸ BARROSO, 2003, p. 290.

¹⁹⁹ Ibid., p. 290.

Importa realçar que, naqueles períodos, o fascismo e o nazismo promoveram a barbárie “em nome da lei²⁰⁰”, e já se constata o afastamento da temática sócio-jurídica, cuja preocupação se revela como superveniente àquela época, e, assim, a sociologia do direito se vem acentuando a sua relevância, haja vista que não se poderá olvidar que o direito é fato social.

Norberto Bobbio também é considerado positivista, conforme a perspectiva de Tercio Sampaio Ferraz Junior, o qual adiciona, entretanto, que os seus resultados são críticos, “no sentido de levar a reflexão adiante e não de terminá-la²⁰¹”.

Nesse sentido, Bobbio também se ocupa da conceituação do direito, e o faz por meio da sanção²⁰², a qual se tem como uma maneira de proteger a lei em decorrência de sua violação, uma resposta ao desrespeito à norma, “donde a definição de norma jurídica como aquela norma ‘cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada’²⁰³”.

Entende que o caráter distintivo do direito não está “em um elemento da norma mas em um complexo orgânico de normas”, tanto que, assim, o conceito

²⁰⁰ BAROSO, 2003, p. 290.

²⁰¹ A inferência do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior está delineada na *Apresentação* da seguinte obra de Norberto Bobbio — *Teoria do Ordenamento Jurídico* (1991, p. 8 et. seq.) —, a saber: “Na verdade, Norberto Bobbio (...) jamais escreveu um tratado. (...)”

A maior parte de seus escritos sobre a problemática da cientificidade do Direito e sobre as mais importantes questões da Teoria Geral do Direito tem, certamente, um cunho positivista, nos quadros da Escola Analítica Italiana que ele ajudou a construir. Contudo, como a estrutura de seus textos é mais problemática e até mais rapsódica do que sistemática, os resultados obtidos são sempre críticos, no sentido de lavar a reflexão adiante e não de terminá-la.”

²⁰² Importa referir o traço discordante do professor emérito da Universidade de São Paulo, Goffredo da Silva Telles Júnior, em entrevista, publicada em *Justiça & Democracia: Revista de Informação e Debates*, 2001, p. 23: “...O que logo entendi foi que o Direito informa sobre o que *podemos* fazer e o que *não devemos* fazer. Ele nos indica o caminho. E eu me convenci de que o Direito tinha uma natureza *informativa, instrutiva, conselheira, pedagógica*. Convenci-me de que o Direito é feito para *servir* o homem, e não para *tiranizá-lo*. É feito para dar-lhe *segurança*, e não para *oprimi-lo*. Convenci-me de que o Direito é *amigo* do homem. Lembro-me da discussão acerba que mantive com certo advogado que sustentara, numa reunião da Academia Paulista de Direito, que a nota distintiva da lei era a sua *coatividade*. Nunca!, exclamei eu. A *coatividade* não pertence às leis. Ela pertence aos *lesados* pela violação das leis. Os *lesados* é que exercem a *coação*, não a lei. (...) ...eu tenho horror a *opressão*. Acho que eu teria abandonado o estudo do Direito, se o Direito fosse *coativo*. A vida não valeria a pena, se viver conforme o Direito, fosse viver *coagido*. (...)”

²⁰³ BOBBIO, 1991, p. 27.

do direito se torna “um problema de definição de um ordenamento normativo²⁰⁴”, que não se confunde com outro ordenamento não-jurídico²⁰⁵.

Uma abordagem posta no ensino de Norberto Bobbio, que está a merecer atenção, é a completude do ordenamento, tida como um dos aspectos do positivismo jurídico, consoante a qual “um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso²⁰⁶”, e, em se tratando de sistema normativo pelo qual o juiz deve julgar com base numa norma pertencente ao sistema, “a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, quer dizer, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema²⁰⁷”.

A completude do sistema reflete o imaginário do positivismo jurídico, e também o liberalismo, porém os fundamentos desse “Direito chamado moderno” se encontram abalados, quais sejam “o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação de vontade²⁰⁸”, já porque não dá conta dos direitos coletivos — não se trata da soma de direitos subjetivos individuais²⁰⁹ —, tidos como invisíveis²¹⁰, nada obstante a evidente presença dos

²⁰⁴ BOBBIO, 1991, p. 28.

²⁰⁵ Ibid., p. 30 et. seq: “...enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos. O termo ‘direito’, na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma.”

²⁰⁶ Ibid., p. 115: “Uma vez que a falta de normas se chama geralmente ‘lacuna’ (...), ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’. (...) Para dar uma definição mais técnico de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória.”

²⁰⁷ Ibid., p. 118.

²⁰⁸ SOUZA FILHO, In: OLIVEIRA; PAOLI, 1999, p. 307.

²⁰⁹ Ibid., p. 322 et. seq.: “Entre os direitos coletivos não devem ser incluídos, portanto, aqueles que são mera soma de direitos subjetivos individuais, mas somente aquele pertencente a um grupo de pessoas cuja titularidade é difusa porque não pertence a ninguém em especial, mas cada um pode promover sua defesa que beneficia sempre a todos. Este direito não pode ser dividido por titulares, uma eventual divisibilidade de seu objeto fará com que todos os titulares continuem sendo titulares das partes. Não são passíveis de alienação, portanto não podem ser reduzidos ao patrimônio de um indivíduo, são inalienáveis e, portanto, imprescritíveis, inembargáveis, intransferíveis. Não tem valor econômico em si para cada indivíduo, mas somente pode tê-lo para a coletividade, exatamente por isso é inapropriável individualmente.”

²¹⁰ Ibid., p. 314 et. seq: “O Direito moderno (...) apresenta o discurso da liberdade coletiva e a prática do direito individual. Os direitos coletivos, no dizer clássico, são metajurídicos. O Direito é sistema completo, não pode ter lacunas e, quando omite, optou por omitir. Kelsen considera as lacunas a

direitos coletivos, mormente a partir da Constituição de 1988, “embora a doutrina e a jurisprudência ainda relutem em tratá-los por este nome e dar-lhes efetividade²¹¹”.

Já se torna palpável o esboroamento da ficção da completude do ordenamento, suposto em nome do direito individual e dos seus adjacentes, consoante fixado, já porque, válido sinalar, “Os direitos coletivos são (...) função abstrata da lei que se concretiza independentemente da consciência ou vontade do sujeito”, sobretudo porquanto “eles são fruto da lei, quer dizer, da criação e determinação da sociedade por seus representantes”, eis que “a sua criação significa criação de deveres para os titulares de direitos individuais²¹²”, e, nessa perspectiva, a Constituição de 1988 passa a reconhecer alguns direitos coletivos para integrá-los no sistema jurídico²¹³.

diferença entre o direito positivo e uma ordem melhor, mais justa e mais correta. Portanto, para a teoria pura a lacuna existe apenas num mundo de sonho e ficção, que em conseqüência não é jurídico. Como afirmava Bartolomé Clavero, o silêncio da lei também é lei.”

²¹¹ SOUZA FILHO, In: OLIVEIRA; PAOLI, 1999, p. 323.

²¹² Ibid., p. 319 et. seq.

²¹³ Ibid., p. 323. O professor Marés, a seguir (p. 324 et. seq.), esclarece, a título de exemplo: “...a existência de um direito coletivo a uma administração fundada nos princípios da legalidade, moralidade e publicidade, conforme a garantia dos artigos 37 e seguintes da Constituição (...) A Constituição reconhece um patrimônio cultural, sem titular individual, que se sobrepõe aos direitos individuais de propriedade (...), conforme dispõe o art. 216. Outro conjunto de direitos que migraram de um limbo para um efetivo direito coletivo foram os direitos dos povos indígenas (...) Pela primeira vez, em 1988, a lei reconheceu que os povos indígenas são ‘coletivos’, garantindo-lhes o direito de continuar a ser índios. (...) O artigo 231 entendeu assim os direitos dos povos indígenas, ficando garantido o direito originário e coletivo sobre as terras que ocupam (...) Na ligação do direito ao patrimônio cultural e dos direitos dos povos indígenas, está a proteção das culturas vivas, locais e atuantes no cenário brasileiro. Esta proteção gera um direito coletivo que se pode entender como a proteção da pluriculturalidade da organização social brasileira, expressa no artigo 215, § 1º. Podemos chamar a isto de um direito a sociodiversidade. Talvez de todos o mais importante direito coletivo criado foi o estabelecido ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevado à categoria de bem jurídico e, portanto, apropriável juridicamente de forma coletiva, conforme o art. 225. Ligado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, está criado o direito à biodiversidade, definido no artigo 225, § 1º, II da Constituição. O texto garante a integridade do patrimônio genético do país, o que significa que qualquer ameaça a extinção de uma espécie deve resultar numa intervenção do Estado com a finalidade de repor mo equilíbrio, criando espaços geográficos protegidos ou limitando ou proibindo atividades nocivas. O direito do consumidor (...) ganha uma evidente conotação coletiva quando, por um lado, se desvincula do negócio realizado, e ganha a dimensão de um direito geral, de todos, a, por exemplo, informação sobre os bens e serviços oferecidos. A nova sistemática constitucional criou um direito de todos à emanção da norma jurídica. (...) que o direito deixe o espaço do sonho e se concretize como norma jurídica pode ser exigido pela cidadania. A concretização deste direito, quando assume repercussão individual, pode ser atendido pelo mandado de injunção e quando coletivo, pela inconstitucionalidade por omissão. (...)”

Dessarte se capta que a vertente sócio-jurídica do direito emerge com intensidade, seja pela reflexão quanto ao exercício da cidadania, quer em face do traçado superior da dignidade da pessoa humana, dado que a “realidade jurídica compõe um universo muito mais abrangente que o mundo das normas positivadas²¹⁴”, e, por isso, “A política judiciária engaja-se na construção e reconstrução constante do Direito a partir dos elementos fornecidos pela Sociologia Jurídica²¹⁵”.

Importa referir que, “Para o sociólogo, o direito é antes de tudo um fenômeno social”, e, então, “O direito é o conjunto das normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo momento pelo grupo ao qual se pertence²¹⁶”.

Ao discorrer sobre a conceituação, na perspectiva sociológica, Henri Lévi-Bruhl considera que a obrigação é elemento fundamental do direito, bem assim a sanção, mas sublinha, em harmonia com escola pluralista, a qual compreende os sociólogos e filósofos, e alguns juristas, que qualquer agrupamento — grupo social — pode instituir, e não raras vezes institui, “normas de funcionamento capazes de ultrapassar o caráter de simples regulamentos para elevar-se à categoria de verdadeiras normas jurídicas”, diversamente dos adeptos da escola monista, em que “se situam quase todos os juristas”, os quais acreditam que apenas um tipo de grupo social, o grupo político, “está habilitado a criar normas de direito²¹⁷”.

Esse enfoque acentua que a ciência da norma, na concepção kelseniana²¹⁸, não responde, por inteiro, à conceituação do direito, e um ponto que agora merece destaque é a dinâmica da experiência jurídica, haja vista que ela “nunca é definitiva, porém temporária, perdurando no tempo conforme sua eficácia²¹⁹”, quem expressa uma validade social da norma²²⁰, sobretudo porque “as

²¹⁴ DIAS, 2003, p. 83.

²¹⁵ Ibid., p. 83.

²¹⁶ LÉVY-BRUHL, 2000, p. 20.

²¹⁷ Ibid., p. 24: “A primeira doutrina (...) ensinada pelos juristas mais clássicos, é materialmente errônea. Uma simples vista de olhos sobre a vida social permite convencer-nos de que existem prescrições legais, ou pelo menos jurídicas, fora das que foram impostas pela autoridade política. Existiram, e existem hoje, direitos que não emanam da competência os órgãos da sociedade global. Há direitos supranacionais e direitos infranacionais.”

²¹⁸ Conforme, especialmente, nota 193, pretérita.

normas jurídicas, para o sociólogo, não têm caráter estável e perpétuo²²¹”, dado que a sociologia jurídica “pode muito bem ser definida como uma ciência dedicada a observação das causas e dos efeitos do direito²²²”.

A precariedade da norma jurídica, no sentido de sua não-perenidade, decorre do fato de que o direito emana do grupo social²²³, e, assim, não poderia ter mais estabilidade que esse mesmo agrupamento humano, o qual se revela dinâmico, haja vista que os elementos que o compõem se modificam, mormente pela ação do tempo²²⁴.

Cláudio e Solange Souto, então, consideram que é imperioso constatar “*qual* a idéia ou conhecimento que informa o direito”, para, depois, obter a sua definição, e, nessa perspectiva, adiantam que o direito é o que está conforme o sentimento de dever-ser, ou sentimento de justiça, ou, enfim, “direito seria simplesmente a idéia científico-empírica de justiça²²⁵”.

²¹⁹ FARIA, 1984, p. 26 et. seq.

²²⁰ Ibid., p. 27: “...as normas jurídicas duram enquanto são marcadas pela correlação entre a vigência, que entrecorre os aspectos técnico-formais, de uma lado, e a eficácia, que expressa a validade social, de outro. Daí o caráter tanto teleológico quanto histórico do Direito, pois as soluções normativas positivadas sofrem constante necessidade de atualização, seja pelas judiciais, seja pelas reformas legislativas, em virtude da dinâmica social.”

²²¹ LÉVY-BRUHL, 2000, p. 29.

²²² CORREAS, 1995, p. 233.

²²³ LÉVY-BRUHL, 2000, p. 30: “...um agrupamento humano não é senão uma reunião mais ou menos natural, voluntária ou fortuita, de indivíduos de sexo e idades diferentes, grupo que nunca permanece semelhante a si mesmo, uma vez que os elementos de que se compõe modificam-se a todos os instantes pelo efeito do tempo.”

²²⁴ Ibid., p. 30: “...Se o considerarmos em dois momentos de sua existência, por exemplo, a dez anos de intervalo, mesmo supondo (o que é raro) eu ainda se compõe exatamente das mesmas pessoas, estas mudaram: os adultos envelheceram, os jovens tornaram-se homens e mulheres na força da idade, tendo necessariamente uma visão diferente das coisas. De resto, ao cabo de certo tempo, esse grupo renovou-se mais ou menos inteiramente pela morte de uns, pela introdução de novos membros, sensíveis a outras influências. Como o direito, sendo a expressão da vontade de um grupo, poderia ser imutável, enquanto o grupo modifica-se constantemente? ...a observação demonstra de maneira incontestável que o direito está sujeito a perpétuas modificações.”

²²⁵ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 220 et seq., et 228 et seq., *passim*: “...Como esse sentido do que deve ser é (...) o sentido do justo, ou do reto, e como os dados científicos de conhecimento são, por definição, adequados ou corretos, achou Cláudio Souto razoável e de acordo com o senso comum designar com a palavra *direito* (...): ‘Direito é a formulação científico-positiva atualmente insuperável do sentido básico permanente humano do dever ser’ (...) Posteriormente (...), aquele autor julgou de significação mais concreta a palavra sentimento que a palavra sentido: sentimento do que deve ser ou sentimento de justiça ou de justeza (que não é senão o sentimento de agradabilidade do homem de mente não-patológica diante do que acha que deve ser). (...) Para Cláudio Souto, pois, *seria regra de direito aquela em consonância com o sentimento de*

Não há dúvida que a visão sociológica do fenômeno jurídico se constitui tema importante com que se defronta o estudioso do direito, mormente pela “necessidade de melhor compreender o direito como fato social, e não apenas como um conjunto de normas que formam um sistema lógico, disciplinador da vida em sociedade²²⁶”, em especial porque “mesmo se o jurista não está reconhecidamente interessado no vínculo que liga a doutrina à vida real, apesar disso, o vínculo existe”, sendo que esse vínculo está fixado “no conceito do ‘direito válido’”, o qual “se refere à eficácia das normas como um fato social²²⁷”.

A abordagem sociológica do direito, esse liame que trata a doutrina jurídica à vida real, resta bem percebida na aguda concepção de Pontes de Miranda: “Fenômeno social, o Direito pressupõe no jurista o Sociólogo que fundamentalmente

justiça e com dados de conhecimento científico-empírico; e seria regra de conduta jurídica aquela em consonância com a norma de direito.

Tradicionalmente se reconhece que o direito representa um mínimo de preceitos de conduta considerados indispensáveis à convivência social: é o *mínimo ético*, segundo a fórmula clássica que significa um máximo de importância para o jurídico. E tradicionalmente se admite que o direito, devendo construir a segurança nas relações sociais, deve apresentar o máximo possível de precisão e certeza em suas formulações.

Ora, o máximo possível de precisão e certeza e substantivas nas formulações — precisão e certeza essas sempre relativas — se encontra nas formulações científicas (ou científico-empíricas, caso se prefira). (...)

Mais ainda: o máximo possível de precisão e certeza nas formulações se encontra nas formulações científico-empíricas *atualmente insuperáveis*. O conhecimento científico, como todo conhecimento humano, é relativo, não possui verdades absolutas, e, assim sendo, é claro que a maior precisão estará na fórmula atualmente insuperável.

Considerando as bases tradicionais que acabamos de expor, parece fácil saber *qual* a idéia ou conhecimento que informa o direito e assim obter a sua definição. Dito de modo simplificado, direito seria então o *que está com o sentimento de dever ser e com a ciência atual*. Seja norma ou seja conduta. Seja prerrogativa ou seja dever.

Mas *sentimento de dever ser* ou *sentimento de justiça*, ou, apenas, *justiça*, são expressões aqui usadas em sinonímia. Assim, direito seria simplesmente a idéia científico-empírica da justiça.

Parece que a definição, proposta á prática, da composição social do direito é de fácil compreensão imediata pelos estudiosos do jurídico. De fato, as expressões dela são tradicionais e muito conhecidas: *ciência empírica* (ou *ciência positiva*, ou, apenas *ciência*) é uma das expressões, entendida a palavra ciência no significado de conhecimento de qualquer espécie (social ou não) comprovável por métodos e técnicas de pesquisa empírica; enquanto *dever ser* é a outra expressão, entendendo-se este *dever ser* como algo que se contradistingue do simples ser.”

²²⁶ ROSA, In: SOUTO; FALCÃO, 2002, p. 3.

²²⁷ Ibid., p. 3.

deve ser²²⁸. Tudo está a indicar que não poderia ser diferente, haja vista que as relações sociais são os fenômenos com que se ocupa o cientista do direito²²⁹.

A conceituação sócio-jurídica do direito está a desejar a sua concepção como fato social — é dizer, assim, sociológico, porque a sociologia do direito é “Sociologia especial, cuida da realidade jurídica²³⁰” —, e não apenas no sentido dogmático-normativo, que se preocupa com a norma jurídica, tão-somente²³¹.

3.2 CONTROLE SOCIAL E DIREITO

A abordagem sobre a sociologia busca identificar o conceito e o objeto desta ciência, como expressão da realidade social.

Em outro vértice, pretende identificar a estreita relação entre a sociologia e o direito, daí a temática sócio-jurídica – a sociologia do direito. Nessa perspectiva, portanto, a incursão sobre o tratamento da Sociologia do Direito no âmbito da prática judiciária.

O conhecimento da organização social pode ser tratado de diferentes formas, “Mas a grande ciência da realidade global, da amplitude qualitativa, é a sociologia, e seu cultores os sociólogos²³²”.

O homem que vive em sociedade é diferente daquele que se desenvolveria em forma isolada, isso porque “É somente em contato com outros seres humanos que o indivíduo se torna pessoa humana, capaz de levar dentro de

²²⁸ PONTES DE MIRANDA, In: SOUTO; FALCÃO, 2002, p. 126. Acrescenta o cientista brasileiro: “...Legislador, intérprete ou juiz, não se compreende que use de outros métodos antes de empregar o da Ciência principal, que é a Sociologia. Como Ciência, é ela a garantia objetiva do Direito — abre novos caminhos à organização jurídica e à felicidade humana.”

²²⁹ Ibid., p. 126: “...É de perguntar-se qual o material com que vai trabalhar o cientista do direito. As relações sociais, que são os fenômenos susceptíveis da sua investigação. A relações econômicas, religiosas, morais, estéticas e das demais devem ser estudadas por ele. São elementos reais, de que se pode induzir e com os quais o conhecimento ganha em objetividade e em eficiência.”

²³⁰ ROSA, In: SOUTO; FALCÃO, 2002, p. 9.

²³¹ KELSEN, 1987, p. 77: “...são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou — por outras palavras — na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.”

²³² MATTAR, 1972, p. 31.

si, simultaneamente, o individual e o coletivo²³³”.

Assim, em torno da metade do século XIX, com a chamada revolução industrial, o centro dos interesses transmuda do campo jurídico-político ao aspecto econômico-social, ou seja do estado para a sociedade civil.

Esse contexto deriva a maior tessitura que se atribui às ciências sociais e ao nascimento da sociologia, “que se apresenta como uma ciência criada quase em antítese às ciências jurídicas, isto é, direcionada essencialmente ao estudo dos conteúdos e dos fatos e não das formas e estruturas abstratas²³⁴”.

Sem dúvida que a percepção da sociologia decorre da análise de sua realidade, em contato diuturno com a sociedade. Por isso é que “A visão do sociólogo deve ser mais ampla, mais abstrata e mais geral dos fatos sociais, e mesmo quando especialista, deve ele saber inserir seu ramo de conhecimentos no contexto social²³⁵”.

Válido asseverar que todo membro de uma dada sociedade está sujeito ao controle social de seu grupo, isso porque o desejo de obter um *lugar* na sociedade implica em que cada um se submeta aos padrões do grupo, inclusive a padrões jurídicos.

O fato social é dinâmico, e por isso “todo fato social é um *processo social*²³⁶”. No controle social está incluído o controle social jurídico, o qual contém mudança, e provoca mudança, que pode ser mais ou menos acentuada²³⁷.

Nessa perspectiva, não é suficiente uma sociologia que “se detém na descrição do mecanismo de controle social, cuja legitimidade não é posta em tela crítica²³⁸”. Válido realçar, então: o que se entende por legitimidade não é o que é conforme a lei, mas o que é conforme o direito²³⁹, isso porque não cabe à sociologia

²³³ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 23.

²³⁴ TREVES, 2004, p. 31.

²³⁵ MATTAR, 1972, p. 31.

²³⁶ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 37.

²³⁷ *Ibid.*, p. 37.

²³⁸ Roberto Lyra Filho. *Para um Direito sem dogmas*, mimeo, 1978, *apud* SOUTO; SOUTO, op. cit., p. 37.

²³⁹ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 37: “...Nesse contexto se entende por legitimidade, não o que é conforme a lei, mas o que é fundado sobre o direito. Pois, de fato, o controle social pode mascarar, por exemplo, sob a aparência de um consenso livre quanto ao controle, a imposição, inclusive por via

do direito apenas descrever o controle social, “mas examiná-lo em função do seu objeto básico e específico, o direito como fato social²⁴⁰”, sendo que o direito como fato social, a sua vez, “não se confunde com a forma legal de controle social, forma esta cujos conteúdos poderão ser ou não jurídicos²⁴¹”.

Diante dessas considerações, faz-se necessária, aqui, uma reflexão, sobretudo para ilustrar a contribuição da doutrina sociológica ao estudo da sociologia do direito. O móvel, assim, ainda que em sinopse, é o destaque a ser evidenciado ao contributo dos fundadores da sociologia, Saint-Simon e Comte, em França, e Spencer, na Inglaterra, quanto ao estudo sociológico do direito, e a preocupação de posicionar o fenômeno jurídico e sua função na sociedade.

Para alguns estudiosos, Claude-Henri de Saint-Simon (1760-1825) é considerado como o verdadeiro fundador da ciência que mais tarde passou a chamar-se de sociologia. Ele fez por discernir as grandes linhas de uma filosofia da história, a qual sustentava que a sociedade se desenvolve por meio de duas épocas orgânicas e uma crítica²⁴².

Saint-Simon imagina que a sociedade deverá ser organizada como uma grande indústria, e conclui que “...Em uma sociedade organizada e direcionada desse modo, o governo não deverá mais comandar, mas administrar, não deverá mais ter uma função diretiva e deverá se limitar a ser ‘o agente, o encarregado dos afazeres da sociedade’²⁴³”.

A doutrina do direito, para Saint-Simon, “é conexas de modo estreito e substancialmente dependente da doutrina geral da sociedade²⁴⁴”. Dessa forma,

legal, de interesses exclusivistas de classe. Neste caso, o controle social conduz a aguda dessemelhança entre pólos da interação social e, com isso, a agudo afastamento entre eles, com forte tendência ao desequilíbrio do sistema de interação social correspondente.”

²⁴⁰ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 37.

²⁴¹ Ibid., p. 37 et. seq. Cláudio e Solange Souto, ainda, ensinam que “...uma vez definido sociologicamente o direito como fato social, nem todo controle social, inclusive nem todo controle legal, será jurídico.”

²⁴² TREVES, 2004, p. 32. Assim, referindo a Saint-Simon, Treves leciona que: “as épocas orgânicas, diz ele [*Saint-Simon*], são aquelas nas quais a vida se desenvolve em harmonia, sustentada por um sistema de idéias bem construídas e universalmente aceitas, que são lideradas pelos mais diversos aspectos da organização social; a época crítica é, ao contrário, aquela na qual as idéias mantidas antes são atacadas, contestadas e rechaçadas, a ordem social vacila e precipita e os componentes da própria ordem se debatem em contradições e contrastes de todos os gêneros.”

²⁴³ Ibid., p. 34, com citação de Saint-Simon, *L'industrie* (1817), reimpressão, Paris, 1966, tomo II, v. III, p. 36.

válido asseverar, a concepção do direito — estruturas jurídico-políticas — não constitui elemento essencial, mas tão-somente um aspecto subordinado e dependente da sociedade.

Auguste Comte (1798-1857), discípulo e colaborador direto de Saint-Simon, destaca-se do mestre “por considerar que o advento da nova sociedade industrial não poderia acontecer por meio de uma simples ação política, mas sim que deveria ser preparado e precedido por uma profunda revolução intelectual e moral²⁴⁵”. A ênfase, pois, é na filosofia, de acordo com a obra fundamental do positivismo²⁴⁶, composta por Comte.

Importa realçar que Comte, ao tratar da dinâmica social, considera o direito de modo mais específico, mas o vê sempre ligado com a sociedade geral. Assim, a sociedade se desenvolve por meio de tipos de organização que se manifestam em três épocas sucessivas: a época teológica e militar, a metafísica e jurídica, e a positiva e industrial. Destarte, “Na análise das características da idade metafísica e da passagem dessa idade àquela positiva, pode-se dizer que Comte desenvolve e conclui, de certa forma, sua sociologia do direito²⁴⁷”.

Na passagem dessas três idades, Comte leciona sobre a percepção do direito no campo sociológico, e, ao final, estabelece que na “idade positiva (...) o direito não desaparece, mas retorna profundamente renovado” e, assim, subordinado “à política e à moral, ele se apresenta como um ordenamento objetivo que põe limites aos direitos individuais com base nas regras instituídas pela sociedade²⁴⁸”.

Herbert Spencer (1820-1903), na Inglaterra, propôs as bases da

²⁴⁴ TREVES, 2004, p. 34.

²⁴⁵ Ibid., p. 37. A propósito, importa realçar a posição de Auguste Comte (*Écrits de la jeunesse 1816-28*, sob os cuidados de P. E. Berrêdo Carneiro e P. Arnaud, Paris — La Maye, 1970, p. 72), *apud* Renato Treves, op. cit., p. 37: “É possível mudar as instituições — dizia em um texto da juventude — somente depois de ter modificado as opiniões. Cada regime social é fundado num sistema filosófico... O novo regime poderá ser instaurado somente depois que tiver sido concebido, produzido e adotado um novo sistema de idéias morais e políticas. É necessário, portanto, começar a organizar esse sistema e fazê-lo penetrar nos espíritos antes de aplicá-lo às instituições... A única revolução que nos compete é a revolução filosófica, uma modificação de sistema nas idéias; a revolução política, ou seja, a modificação das instituições, pode ocorrer somente depois.”

²⁴⁶ Comte, *Cours de philosophie positive* (1830 — 1842), sob os cuidados de E. Littré, Paris, 1864, conforme Renato Treves, op. cit., p. 38.

²⁴⁷ TREVES, 2004, p. 40.

²⁴⁸ Ibid., p. 42.

sociologia evolucionista. No campo da sociologia do direito, a contribuição de Spencer se mostra relevante, e, a tanto, importa considerar que ele aprofunda vários temas específicos, como a parte em que explica que “o direito é uma forma cristalizada de costumes, cuja origem vem das vontades expressas ou presumidas dos antepassados, dos mortos, sem distinção e, secundariamente, dos distintos”, bem assim quando o autor se ocupa da evolução da família, condição jurídica das mulheres e dos filhos, evolução da propriedade de comum a individual, a evolução das organizações políticas, entre outras situações estudadas²⁴⁹.

Fixadas essas considerações, cabe referir, vez mais, sobre a sociologia do direito e sua temática científica, em simetria com o direito.

Já foi mencionado que no controle social se inclui o controle social jurídico, mas a sociologia do direito não se ocupa apenas dessa circunstância, nem cabe a ela, apenas, descrever o controle social, “mas examiná-lo em função do seu objeto básico e específico, o direito como fato social²⁵⁰”.

O direito como fato social. Veja-se que, concorde acentuado, alhures, o direito como fato social não se confunde com a forma legal de controle social, “forma esta cujos conteúdos poderão ser ou não jurídicos²⁵¹”.

O direito é um fenômeno social, assim na visão sociológica e sócio-jurídica. Assim, o fenômeno jurídico também é um fenômeno de conduta social, embora específico. A diferença “entre uma conduta social qualquer e uma conduta social tida como jurídica (fenômeno jurídico), está na composição específica desta última²⁵²”.

É possível considerar que o fenômeno jurídico se revela como sendo o mais social dos fenômenos de controle social, e as regras de conduta social não-

²⁴⁹ TREVES, 2004, p. 48 et seq., *passim*.

²⁵⁰ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 37.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 37 et. seq.

²⁵² *Ibid.*, p. 41 et. seq.: “O fenômeno jurídico pode ser concebido como norma ou como conduta. Tanto numa, como noutra visualização, norma e conduta e conduta jurídica se implicam, pois a conduta jurídica é sempre normada e a norma sempre se refere à conduta social (a que ela atribui natureza jurídica).

Ainda mais, a norma jurídica se origina de uma conduta humana específica, a conduta elaboradora da norma.

Porém em qualquer das visualizações mencionadas, o direito é fenômeno claramente social, pois sempre deflui de interação social.”

jurídicas gozam de aceitação social menos intensa que regras jurídicas²⁵³, situação típica a acentuar que “o Direito é uma das formas mais constringentes de controle social²⁵⁴”.

Conquanto tudo isso, e considerando que o jurídico se revela um fato social de significativa importância, não se vê uma grande preocupação com a sociologia do direito, infelizmente; denota-se uma tendência, embora tendência progressiva²⁵⁵⁻²⁵⁶.

²⁵³ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 42: “...Por exemplo, a aceitação de uma norma ética como a que impõe a castidade é menos geral e menos intensamente sentida que a aceitação de normas jurídicas, como as que regulam o casamento. As regras jurídicas são reconhecidas bem amplamente como um mínimo indispensável para a convivência social.

Não é senão por isso que as normas de direito são geralmente imposta pela força, por via estatal ou, ao menos, tendem a essa imposição.”

²⁵⁴ Elías Días. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus Ediciones SA, 1971, p. 181, conforme SOUTO; SOUTO, 2001, p. 42.

²⁵⁵ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 42.

²⁵⁶ SOUTO; FALCÃO, 2002, Introdução, p. IX-XI, *passim*: “A Sociologia Jurídica, como disciplina universitária institucionalizada, tem, em nosso País, ao que tudo indica, origem relativamente recente: data do ano de 1963, quando foi curso formal de Pós-Graduação da Divisão de Ciência do Direito do então Instituto de Ciências do Homem da Universidade do Recife (depois Área de Concentração ‘Sociologia Jurídica’ do Programa Integrado de Mestrado em Economia e Sociologia da Universidade Federal de Pernambuco). E em 1964 a Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco iniciava as atividades da primeira cadeira de Sociologia Jurídica do Brasil (formalmente criada em 1962).

(...)

Tem sido reconhecido, como uma das causas da denominada crise do direito, o fato de nossas Faculdades se terem dedicado à tarefa de reproduzirem, quase que exclusivamente, visões dogmáticas do jurídico. (...) São diversos os autores que reconhecem esta como uma das causas das dificuldades por que passa hoje o direito e sua ciência no Brasil. Citamos Pontes de Miranda, Miguel Reale e Evaristo de Moraes Filho, para ficarmos apenas nestes representantes das modernas correntes no nosso pensamento jurídico.

Mas talvez tenha sido ainda Rui Barbosa, que ao defender a inclusão da Sociologia no ensino jurídico melhor sintetizou a situação: ‘O pensamento da Comissão, em todo o seu trabalho, está em substituir a ideologia, isto é, o culto da abstração, da frase, da hipótese, pelos resultados da investigação experimental, do método científico’ (*in Reforma do Ensino Secundário e Superior*, Ed. MEC, Rio, 1942, p. 101). (...)

(...)

Não é à toa que a crise do direito é muitas vezes entendida como a distância que tem separado o ‘direito positivo’ da realidade, dos fatos sociais. (...)

Tal afastamento entre ‘direito positivo’ e fato social não é fruto do acaso. É produto dos homens. Já foi dito que as gerações são, e continuarão a ser julgadas pela capacidade que demonstrem em adequar a realidade que experimentam aos ideais que partilham. A distância entre os ideais igualitários e a realidade hierárquica é uma das características da sociedade tecnológica ocidental. Poder avaliar as causas dessa distância, a sua eventual instrumentalidade na disputa entre os grupos e classes sociais pelo que é escasso — poder, *status* e riqueza —, é tarefa de que não se pode ausentar o bacharel. Somente a partir daí estarão abertos os caminhos do encontro desejável do ‘direito positivo’ com a realidade brasileira.

No que especificamente se refere ao ensino da Sociologia do Direito como disciplina, a situação no Brasil apresenta aspectos contraditórios. (...) A partir da resolução do currículo mínimo de 1972, o ensino de Sociologia se tornou obrigatório como ensino propedêutico do Curso de Bacharelado. (...)

Nada obstante isso, importa retratar, ao menos à guisa de ilustração, um diagnóstico sobre as faculdades de direito, ao longo da década de 1980, mormente para “recomendar insistentemente a adaptação do modelo de ensino do direito à dinâmica da vida social²⁵⁷”.

O Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Tecnológicas (CNPq), em diagnóstico sobre a situação da pesquisa jurídica no Brasil (1986), assevera que “As faculdades de direito funcionam como meros centros de transmissão de conhecimento jurídico oficial e não, propriamente, como centros de produção de conhecimento jurídico²⁵⁸”.

O aludido diagnóstico²⁵⁹ aponta que o poder judiciário, mais do que um mero agente aplicador da lei, deve funcionar “como órgão competente e com condições para provocar mudanças sociais²⁶⁰”.

Já se destaca, pois, a relevância da interpretação social da norma, de modo a transparecer a sua eficácia social, seja em trabalho doutrinário, quer na decidibilidade judicial, sobretudo para a maior concretude do direito no ambiente social.

Não será mesmo coerente analisar-se uma questão jurídica sem a visão da perspectiva sociológica, já porque alguns dados são alarmantes para, assim, apartar-se do positivismo jurídico e buscar novos paradigmas de interpretação normativa.

Assim é que no que diz com a promessa de liberdade, as violações aos direitos humanos são impressionantes, inclusive em países que estão vivendo formalmente em paz e democracia.

A esse ponto, por exemplo, “Quinze milhões de crianças trabalham

Na medida em que as Faculdades se constituíram desde sua fundação nos principais centros geradores e sistematizadores de nosso conhecimento jurídico, e na medida em que se dedicaram à tarefa de dogmatização dos ideais liberais, o resultado não poderia ser outro: uma incipiente produção científico-social do jurídico. (...)”

²⁵⁷ FARIA; CAPILONGO, 1991, p. 27.

²⁵⁸ Ibid., p. 28.

²⁵⁹ A referência é ao diagnóstico do mesmo Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Tecnológicas (CNPq) (1986) sobre a pesquisa jurídica no Brasil.

²⁶⁰ FARIA; CAPILONGO, 1991, p. 29: “...Da mesma forma o Poder Judiciário não pode funcionar apenas como um agente de aplicação da lei (e interpretação), mas como órgão competente e com condições para provocar mudanças sociais, senão antecedendo aos fatos sociais, pelo menos consolidando a sua experiência no trato com o cotidiano do drama e do desespero do homem em sociedade em repositórios de informações para a transformação social.”.

em regime de cativo na Índia; ...os incidentes raciais na Inglaterra aumentaram 276% entre 1989 e 1996, a violência sexual contra as mulheres, a prostituição infantil, os menores de rua, os milhões de vítimas de minas antipessoais (...) são apenas algumas manifestações da diáspora da liberdade²⁶¹”.

Não é possível avaliar socialmente uma norma jurídica sem a efetiva análise da sociologia do direito, e a avaliação, no caso, implica lembrar a questão decisória (coisa julgada) e a temática da interpretação, a qual é praticada pelos operadores do direito, e, também, da sociologia, porque a todos devem interessar a eficácia social da norma e a da jurisprudência.

A sociologia do direito poderá contribuir para a administração da justiça, e, lógico, para os mecanismos de resolução dos conflitos sociais, ponto culminante da prática judiciária.

Na perspectiva de Boaventura de Sousa Santos²⁶², a continuidade das reformas do judiciário é tema importante, isso porque elas “visam a criação de alternativas [que] constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária²⁶³”.

Ensina, também, que as “reformas do processo ou mesmo do direito substantivo” serão significativas se forem complementadas com outros dois tipos de reforma: “Por um lado, a reforma da organização judiciária”, e, “Por outro lado, a reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados²⁶⁴”.

²⁶¹ SANTOS, 2005, p. 24.

²⁶² SANTOS, 2003. O Capítulo 7 (A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça, p. 161-181) é o primeiro da 3ª parte (Cidadania, Emancipação e Utopia) da aludida obra. A propósito da 3ª parte e do Capítulo 7, as palavras do professor da Universidade de Coimbra, postas no Prefácio (p. 11): “*Na terceira parte a análise combina-se com a prospectiva, e quer numa quer noutra é mínima a consideração específica da sociedade portuguesa. No sétimo capítulo faço uma resenha dos estudos sociológicos sobre a administração da justiça e identifico o contributo possível destes estudos para a definição de uma nova política judiciária atenta ao imperativo político de democratização da justiça e do acesso ao direito.*”

Já se percebe, então, que o aludido Capítulo 7 (A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça) se revela material em reflexão científica, e não se refere, apenas, à sociedade portuguesa, daí porque sua pertinência à realidade brasileira.

²⁶³ Ibid., p. 176.

²⁶⁴ Ibid., p. 180: “A contribuição maior da sociologia para a democratização da administração da justiça consiste em mostrar empiricamente que as reformas do processo ou mesmo do direito substantivo não terão muito significado se não forem complementadas com outros dois tipos de reformas. Por um lado, a reforma da organização judiciária, a qual não pode contribuir para a democratização da justiça se ela própria não for internamente democrática. (...) Por outro lado, a reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados, sem a qual a ampliação dos poderes do juiz propostas em muitas das reformas aqui referidas carecerá de sentido e poderá

Ao controle social pelo direito mostra-se relevante a compreensão da questão social, consolidando a tendência de maior valorização da sociologia geral, e, especialmente, da sociologia do direito na análise interpretativa da norma jurídica, ao tempo em que toca maior sensibilidade a decisão judicial (sentença), a qual não poderá esquecer que o direito é fato social e não pode ser examinado de forma estanque e isolado da sociologia.

A apreensão do sentimento social transparece no direito ativo, é dizer naquele que se constata na sua formulação e trajetória, e em sua incidência, e, por isso, o juiz — quem deve atuar como intérprete da coletividade, em nome da qual exerce a jurisdição — não pode esquecer a justa aplicação do direito, para, assim, encher de máxima eficácia a norma, e, sobretudo, ao efeito de inflectir o sentido da norma na busca de uma solução equânime²⁶⁵.

É preciso estar atento à prática do direito que está no dia-a-dia da comunidade e não-oficial — portanto, uma ordem jurídica diversa da oficial —, porque ele se expressa, fortemente, na sociedade, ou, em célula restrita, na unidade social²⁶⁶, tema que se insere no pluralismo jurídico²⁶⁷⁻²⁶⁸, sendo que não é possível

eventualmente ser contraproducente para a democratização da administração da justiça que se pretende. As novas gerações de juizes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular.”

²⁶⁵ LÉVY-BRUHL, 2000, p. 32 et. seq.: “...se o direito é instável, freqüentemente sua expressão permanece fixa, ou, pelo menos, não segue o seu ritmo e atrasa-se ou, às vezes — o que é mais raro —, adianta-se a ele. O caso mais comum é o da norma de direito que (...) durante longos anos, de geração a geração, é cercada de um certo respeito, que se prende ao fato de ela emanar da coletividade ou de seus representantes: por isso é geralmente muito difícil modificá-la. Mas chega um momento em que sua formulação já não é adequada. A partir daí, pode-se colocar para aquele que é encarregado de aplicá-la — normalmente, o juiz — um verdadeiro caso de consciência que, em certas circunstâncias, pode assumir um aspecto dramático. O juiz está submetido (...) a dois deveres igualmente imperativos: deve ‘administrar justiça’, isto é, trazer ao litígio que lhe é submetido a solução que lhe parece mais eqüitativa; mas, ao mesmo tempo, está ligado ao texto da norma jurídica que deve servir de base à sua decisão (...) Posto na presença de uma norma que lhe parece iníqua, ou pelo menos inadequada, que deverá ele fazer? Se estiver convencido (...) de que o direito é a expressão da vontade do corpo social tal como ele existe a todo momento — portanto, no instante em que ele emite sua sentença —, o juiz, escravo do direito vivo mais que de sua norma imperfeita e esclerosada, deverá, por todos os meios de que dispõe, procurar infletir o sentido dessa norma para uma solução eqüitativa, se necessário mesmo fazendo-lhe sofrer uma interpretação astuta e abusiva.”

²⁶⁶ SANTOS, In: SOUTO; FALCÃO, 2002, p. 87: “Este texto faz parte de um estudo sociológico [cuja pesquisa de campo foi realizada no verão de 1970, constituiu uma tese de doutoramento apresentada na Universidade de Yale (U. S. A.) em 1973 e intitulada *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*] sobre as estruturas jurídicas internas de uma favela no Rio de Janeiro, a que dou o nome de Pasárgada. Este estudo tem por objetivo analisar em profundidade uma situação de pluralismo jurídico com vista à elaboração de uma teoria sobre as relações entre Estado e direito nas sociedades capitalistas. Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa

imaginar a sua invisibilidade — do direito da coletividade social — nem o juiz deve esquecer-lo na aplicação da lei para dar eficácia à cidadania e à dignidade da pessoa humana.

O direito formal, coercível, estatalmente, condensa ao menos três manifestações de controle da sociedade: o sentimento, a idéia e a força. Ainda: representa norma que deve estar em consonância com o sentimento de justiça e com idéia que se instrumentaliza da força estatal, e sua influência social é muito importante²⁶⁹.

Conquanto o exposto, importa assinalar que em muitas situações o direito aplicado, assim a sentença, a coisa julgada, não está a representar o sentimento de justiça²⁷⁰.

Enfim, como acentuam Cláudio e Solange Souto, a influência social do direito se revela acentuada ainda quando seja ele apenas regra em consonância

pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada de reprodução social — neste caso, a habitação.”

²⁶⁷ SANTOS, In: SOUTO; FALCÃO, 2002, p. 87.

²⁶⁸ WOLKMER, 2001, p. 326 et seq., *passim*: “...Em qualquer tipo de sociedade, das mais simples e informalizadas até as mais complexas e altamente institucionalizadas, persistem princípios de regulação produzidos pelas próprias instâncias grupais para definir a extensão e os limites de conduta entre seus membros, seja individuais, sejam coletivos. Na medida em que a dinâmica do controle social passa a ser um ingrediente essencial para o funcionamento da sociedade e, dependendo do grau de internalização no que tange a ‘sugestão’, ‘persuasão’ e ‘coerção’, o controle social poderá assumir dimensões formais (diferentes tipos de leis) e informais (costumes, tradições, opinião pública).

²⁶⁹ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 295.

²⁷⁰ SANTOS, In: SOUTO; FALCÃO, 2002, p. 92 et seq., *passim*: “...Uma terceira razão invocada pelos moradores de Pasárgada para não recorrerem aos tribunais reside no fato de saberem desde o início que a comunidade era ilegal à luz do direito social, quer quanto à ocupação de terra, quer quanto aos barracos que nela se iam construindo. Na expressão perspicaz de um deles, ‘nós éramos e somos ilegais’. (...)

...A expressão ‘nós éramos e somos ilegais’, que, no seu contexto semântico, liga o *status* de ilegalidade com a própria condição humana dos habitantes de Pasárgada, pode ser interpretada como indicação de que nas atitudes destes para com o sistema jurídico nacional tudo se passa como se a legalidade da posse da terra se repercutisse sobre todas as outras relações sociais, mesmo sobre aquelas que nada têm a ver com a terra ou com habitação. (...)

...em muitas entrevistas com os moradores de Pasárgada obtive declarações nas quais a idéia do mecanismo de feedback é subentendida. Eis uma declaração típica: ‘parece que, somente porque a terra não é nossa, o Estado não tem a obrigação de nos fornecer água e luz elétrica e a polícia pode invadir nossas casas quando bem entende. Existem mesmo patrões que recusam candidatos a emprego quando estes dão endereço numa favela.’”

com o sentimento humano de justiça, isto é, quando seja apenas direito informal, direito não revestido de coercibilidade estatal²⁷¹.

²⁷¹ SOUTO; SOUTO, 2001, p. 295.

4 A COISA JULGADA

4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO

A Constituição da República enfatiza o direito fundamental de acesso ao judiciário²⁷², e por isso está a salvo de alteração constitucional²⁷³, mas é válido acentuar que “O tema do acesso à justiça é aquele que mais directamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica²⁷⁴”.

O problema do acesso à justiça não é recente, isso porque, a título de exemplo, já no princípio do século XX é objeto de debate na Alemanha e na Áustria, haja vista a discrepância entre a procura e a oferta da justiça²⁷⁵, porém no pós-guerra esta situação ganha relevo, considerando que “a consagração constitucional dos novos direitos económicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efectivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais²⁷⁶”.

Afigura-se mesmo notável a circunstância de que qualquer direito daí decorrente se transforme em mera declaração política, sem efeito prático, caso não se permita a efetivação do acesso à justiça e a respectiva tramitação processual, fenômenos que devem ser olhados para além do limite técnico da doutrina processualista, tendo em vista a necessária análise da densidade jurídico-sociológica²⁷⁷.

²⁷² CR, art. 5º, XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁷³ CR, art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV — os direitos e garantias individuais.

²⁷⁴ SANTOS, 2003, p. 167. O professor da Universidade de Coimbra acrescenta: “...No âmbito da justiça civil, muito mais propriamente do que no da justiça penal, pode falar-se de procura, real ou potencial, da justiça.”

²⁷⁵ Ibid., p. 167.

²⁷⁶ Ibid., p. 167.

²⁷⁷ Ibid., p. 167 et. seq. Confirma, mais, a lição do professor Boaventura de Sousa Santos: “...Daí a constatação de que a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não

É preciso fixar, assim, que o acesso à justiça não é apenas “o direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesses²⁷⁸”, uma vez que, em realidade, quem recorre ao judiciário tem confiança de que ele é uma “instituição que tem por objeto ministrar justiça como valor, instituição que (...) não deve nem pode satisfazer-se com a pura solução das lides, de um ponto de vista puramente processual²⁷⁹”.

“As diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos²⁸⁰”, do que se extrai, assim, nitidamente, a importância de o estado garantir o pleno acesso à justiça, mormente porque também é do judiciário que se espera muito mais que a “mera solução processual dos conflitos”, porquanto “Cada sentença há que constituir um tijolo nessa construção da sociedade justa²⁸¹”, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil²⁸².

José Afonso da Silva rememora que o acesso à justiça “está resolvido do ponto de vista jurídico-constitucional”, mas lamenta que o direito brasileiro não consiga solucionar uma questão relevante, qual seja a da “igualdade perante o juiz”, haja vista que o simples “acesso ao Judiciário sem a garantia de um tratamento igualitário não é participar de um processo justo”, sem o qual, enfim, não haverá justiça, nem eficácia social da coisa julgada²⁸³.

podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos (interesses de patrões ou de operários, de senhorios ou de inquilinos, de rendeiros ou de proprietários fundiários, de consumidores ou de produtores, de homens ou de mulheres, de pais ou de filhos, de camponeses ou de cidadãos...)

²⁷⁸ SILVA, 2002, p. 150.

²⁷⁹ Ibid., p. 150.

²⁸⁰ BARROSO, 2003, p. 123. Adiciona o professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: “...É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas.”

²⁸¹ SILVA, 2002, p. 151.

²⁸² CR, art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

²⁸³ SILVA, 2002, p. 155 et. seq.: “O direito fundamental de acesso à Justiça (...) está resolvido do ponto de vista jurídico-constitucional. É, porém, profundamente triste constatar que, a despeito de assim resolvido, o nosso ainda não foi capaz de revogar a frase que Ovídio, poeta latino dos *Tristes* e

Ademais da norma constitucional de amplo acesso à justiça e da força normativa que lhe é imanente, válido anotar que no exercício da jurisdição civil o Código de Processo (CPC) contém dispositivo que confere amplos poderes ao juiz na instrução processual²⁸⁴, sobretudo para averiguar a verdade material, circunstância que milita no sentido da composição do processo justo, entanto “a prática demonstra que esses poderes normalmente não são utilizados em maior extensão²⁸⁵”, dado que, conforme ainda Luis Roberto Barroso, em regra, o juiz descarta do impulso oficial ao processo e a produção de provas mesma é, com frequência, “relegada ao alvedrio dos advogados, num inocutável descompromisso com o resultado final do processo e a realização efetiva de justiça²⁸⁶⁻²⁸⁷”.

As dificuldades são de toda ordem. Boaventura de Sousa Santos refere que, em suma, os obstáculos ao acesso efetivo à justiça por parte das classes populares são de três tipos, a saber, “económicos, sociais e culturais”, e, quanto ao primeiro aspecto, que “a justiça civil é cara para os cidadãos em geral”, porém, sobretudo, “é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis”, considerando que os mais pobres são os interessados nas causas de menor valor “e é nessas acções que a justiça é proporcionalmente mais cara, o que configura um fenómeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça²⁸⁸”.

das *Metamorfoses*, lançou há mais de dois mil anos, qual seja: *Curia pauperibus clausa est* (o tribunal, ou seja, a Justiça, está fechado para os pobres). É que o acesso à Justiça não é só uma questão jurídico-formal, mas é também e especialmente um problema económico-social, de sorte que sua aplicação real depende da remoção de vários obstáculos de carácter material, para que os pobres possam gozar do princípio de uma Justiça igual para todos. Ter acesso ao Judiciário sem a garantia de um tratamento igualitário não é participar de um processo justo. A igualdade é um elemento comum a toda concepção de justiça, mormente na sua manifestação mais característica e mais relevante, que é a igualdade perante o juiz. Pois é nesse momento que a igualdade ou a desigualdade se efetiva concretamente, como coisa julgada. O princípio da igualdade da justiça só será respeitado, no sentido formal, se o juiz perquirir a idéia de igualdade real, que busca realizar a igualização das condições dos desiguais em consonância com o postulado da justiça concreta, não simplesmente justiça formal.”

²⁸⁴ CPC, art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

²⁸⁵ BARROSO, 2003, p. 127.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 127.

²⁸⁷ CPC, art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

²⁸⁸ SANTOS, 2003, p. 168. O professor da Universidade de Coimbra acrescenta, ainda, o impacto da lentidão processual para os cidadãos economicamente mais pobres: “De facto, verificou-se que essa

O Brasil, timidamente, caminha para atenuar essa característica desproporcional, em relação às causas de menor valor econômico, desde a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995²⁸⁹, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, no âmbito dos estados, e a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001²⁹⁰, no campo da justiça federal, isso porque o acesso a essa justiça especial não depende do pagamento de custas, taxas ou despesas, em primeira instância, todavia o interessado deverá pagar todas as despesas processuais se interpuser recurso ao segundo grau de jurisdição²⁹¹, embora não pareça crível a discriminação, haja vista que o direito ao recurso está contido no direito fundamental da ampla defesa²⁹².

A Constituição contém norma fundamental que determina ao estado a prestação de assistência judiciária integral e gratuita a todos que demonstrarem insuficiência de recursos²⁹³, entretanto a efetividade desse direito “ainda é um ideal

vitimização é tripla na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos.”

²⁸⁹ Diário Oficial da União (DOU) de 27 de setembro de 1995. Trata-se do conhecido *juizado de pequenas causas*. Lei n. 9.099: Art. 1º. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

(...)

Art. 3º. O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I — as causas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo;

II — as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III — a ação de despejo para uso próprio;

IV — as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

²⁹⁰ Diário Oficial da União (DOU) de 13 de julho de 2001. Lei n. 10.259: Art. 1º. São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei n. 9.099, de 25 de setembro de 1995.

²⁹¹ Lei n. 9.099/1995: Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independe, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita.

Art. 55. (...) Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre 10% (...) e 20% (...) do valor da condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

²⁹² CR, art. 5º, LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁹³ CR, art. 5º, LXXIV — o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

longe de ser atingido, e sua insuficiência deixa o beneficiado em razoável desamparo²⁹⁴.”

Importa relatar que “a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo”, haja vista que, além das dificuldades econômicas, sempre mais evidentes, “envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito mais difíceis de transformar²⁹⁵”.

Também, em sentido convergente e para tanto reflexionar, que as condições sociais de desigualdade não permitem a fruição dos direitos fundamentais “porque a relação de injustiça está na própria configuração da ordem social” e que não se pode conceber um processo justo, tão-pouco um sistema judicial de solução justa dos conflitos, a partir de uma “ordem social injusta²⁹⁶”.

Não basta, nessa abordagem, a assistência judiciária que apenas procure superar os óbices econômicos, já porque há obstáculos sociais e culturais, bem por isso a prestação do estado para o acesso à justiça precisa atentar à “educação jurídica dos cidadãos, da consciencialização sobre os novos direitos sociais dos trabalhadores, consumidores, inquilinos, jovens, mulheres” e também “a concepção dos problemas desses cidadãos enquanto problemas colectivos das classes sociais subordinadas²⁹⁷”.

²⁹⁴ SILVA, 2002, p. 158. Ensina, mais, o professor da Universidade de São Paulo: “...embora o sistema de defensorias públicas tenda ao aperfeiçoamento com a profissionalização específica e missionária para o exercício desse mister. A velha e hoje ultrapassada fórmula de nomeação de advogados dativos transfere o tratamento desigual para eles, confrontando procuradores em situação de desigualdade. Com efeito, o *patrocínio gratuito* como dever honorífico de defender o pobre é uma mistificação, como nota Cappelletti, ‘que não prospera numa economia de mercado na qual uma prestação não retribuída está destinada a ser, na maior parte dos casos, de deficiente qualidade quando não possa ser, como de fato o é freqüentemente, simplesmente recusada’. Embora, na concepção da Constituição (art. 133), o advogado já não possa mais considerar-se um profissional tipicamente liberal, mas um colaborador ativo e indispensável ao julgador na solução justa, e não somente formal, das controvérsias, não será justo impor-lhe um ônus, o *patrocínio honorífico*, que deve caber ao sistema de prestações positivas do Estado.”

²⁹⁵ SANTOS, 2003, p. 170 et. seq.

²⁹⁶ SILVA, 2002, p. 158.

²⁹⁷ SANTOS, 2003, p. 171 et. seq.: “No imediato pós-guerra, vigorava na maioria dos países um sistema de assistência judiciária gratuita organizada pela ordem dos advogados a título de *munos honorificum* (...) Os inconvenientes deste sistema eram muitos e foram rapidamente denunciados. A qualidade dos serviços jurídicos era baixíssima, uma vez que, ausente a motivação econômica, a distribuição acabava por recair em advogados sem experiência e por vezes ainda não plenamente profissionalizados, em geral sem dedicação à causa. (...) A denúncia das carências deste sistema privado e caritativo levou a que, na maioria dos países, ele fosse substituído por um sistema público e assistencial organizado ou subsidiado pelo Estado. Na Inglaterra, criou-se logo em 1949 um sistema

A garantia do acesso efetivo à justiça deve abranger todos os cidadãos²⁹⁸, e o movimento de proteção aos novos direitos sociais vai mesmo além dos interesses das classes pobres para alcançar os interesses jurídicos das classes médias, como os interesses difusos, ou interesses referidos a grupos pouco organizados, mas protegidos por direitos sociais emergentes, nos quais a titularidade individual representa um problema²⁹⁹, entre os quais “os direitos da mulher contra a discriminação sexual no emprego e na comunicação social, os direitos dos consumidores contra a produção de bens de consumo perigosos ou defeituosos, os direitos dos cidadãos em geral contra a poluição do meio ambiente”, sendo que a defesa desses direitos propicia reformas no processo civil, “nomeadamente o alargamento do conceito de legitimidade processual e de interesse de agir³⁰⁰”, um dos aspectos importantes na concepção do direito fundamental de ingresso ao judiciário, e ao direito a uma coisa julgada justa e que dignifique a cidadania e a pessoa humana.

As instituições judiciárias devem ser dinâmicas porque os fatos sociais são dinâmicos³⁰¹ e porque também “são entidades históricas que, como a História, hão de transformar-se para bem servir à comunidade³⁰²”, sob pena de se converterem em instrumentos dos poderosos e em detrimento da justiça³⁰³.

de advocacia convencionada posteriormente aperfeiçoado (1974), segundo o qual qualquer cidadão elegível nos termos da lei para o patrocínio judiciário gratuito escolhe o advogado dentre os que se inscreveram para a prestação dos serviços e que constam de uma lista; uma lista sempre grande dado o atractivo da remuneração adequada a cargo do Estado. (...) Estes esquemas (...) foram submetidos a estudos sociológicos que (...) não deixaram contudo de revelar as suas limitações (...) Em primeiro lugar (...) o facto é que, na prática, se concentrava na assistência judiciária. Em segundo lugar, este sistema limitava-se a tentar vencer os obstáculos económicos ao acesso à justiça, mas não os obstáculos sociais e culturais. (...) Estas críticas conduziram a algumas alterações no sistema de serviços jurídicos gratuitos e, no caso dos Estados Unidos da América, conduziram mesmo à criação de um sistema totalmente novo baseado em advogados contratados pelo Estado, trabalhando em escritórios de advocacia localizados nos bairros mais pobres das cidades e seguindo uma estratégia advocatícia orientada para os problemas jurídicos dos pobres enquanto problemas de classe, uma estratégia privilegiando as acções coletivas, a criação de novas correntes jurisprudenciais sobre problemas recorrentes das classes populares e (...) a transformação ou reforma do direito substantivo (...)

²⁹⁸ É o que está esculpido no direito fundamental de acesso ao judiciário (CR, art. 5º, XXXV).

²⁹⁹ SANTOS, 2003, p. 172.

³⁰⁰ Ibid., p. 172.

³⁰¹ Consoante, p. ex., notas 236 e 237, precedentes.

³⁰² SILVA, 2002, p. 159.

Para José Afonso da Silva, o judiciário brasileiro, como instituição pública que deve prestar bons serviços à sociedade, não está a responder “às necessidades da hora presente”, isso porque “não consegue transformar-se para acompanhar as novas exigências históricas” e, assim, “Encastelado no espírito individualista, continua um poder passivo, à espera de que os sedentos de justiça lhe mendiguem a solução do seu caso³⁰⁴”.

O conteúdo do direito fundamental de acesso à justiça é assim amplo e significa o “acesso a um processo justo, o acesso ao devido processo legal³⁰⁵”, e bem por isso é imperioso fazer concreto o princípio da igualdade, o qual,

³⁰³ LEAL, 1997, p. 226-230, *passim*: “Com a República, passamos a ter duas justiças: a federal, de organização e processo da competência legislativa da União, e a local, organizada pelos Estados, que também legislavam sobre o respectivo processo.

(...)

Ao definir as garantias da magistratura, a Constituição federal só se referiu aos juízes federais. Alguns Estados, interpretando restritivamente a norma constitucional, estabeleceram limitações aos direitos de seus juízes, ou contra eles seus governos cometeram violências e abusos. Os menos conformados recorreram à justiça, e o Supremo Tribunal, reiteradas vezes, com pequenas variações, declarou aplicáveis aos magistrados estaduais as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, como implícitas no preceito que tornava obrigatórios para os Estados os princípios constitucionais da União. (...)

Aquelas garantias, entretanto, não se aplicavam aos juízes temporários, cuja investidura se destinava, segundo justificção corrente, a dar-lhes tirocínio profissional para o ulterior ingresso na carreira. Ficava, pois, uma numerosa categoria de juízes à mercê das exigências e seduções dos governantes menos ciosos da independência e dignidade do poder judiciário.

Embora de competência limitada, os juízes temporários substituíam os vitalícios nos seus impedimentos em muitos atos do processo e até no próprio julgamento. (...) A regra geral do recurso para os juízes vitalícios, bastante limitada nos casos de substituições, tinha eficácia relativa, pois com freqüência o provimento do apelo não repara, ou repara de modo imperfeito, o gravame sofrido pela parte. Finalmente, o mecanismo das promoções por merecimento, da recondução e das remoções para melhores termos ou comarcas acentuava a precariedade dos juízes temporários e reduzia a independência dos vitalícios. (...)

(...)

Por estas portas largas passava a desenvolva colaboração da organização judiciária nos planos de dominação do situacionismo estadual, refletindo-se, diretamente, no mecanismo ‘coronelista’.

(...) Além da justiça de paz, as Constituições de 34, 37 e 46 continuaram a permitir a criação, pelos Estados, de juízes temporários, com a importante atribuição, entre outras, de substituir os vitalícios. A última, todavia, tomou a precaução de dar vitaliciedade a esses juízes, ‘após dez anos de contínuo exercício do cargo’. Ainda assim, poderão ser cometidos abusos, quer pelo seu afastamento antes de decorrido aquele prazo, quer pela interrupção do exercício, que a Constituição exige ‘contínuo’.”

³⁰⁴ SILVA, 2002, p. 159. Ainda: “Todos estamos conscientes de que o Judiciário carece de profunda reforma, não só disso. Talvez precise mais ainda de ser repensado, para que passe a exercer novo papel histórico, desencastelando-se, para ir fartar a fome de justiça àqueles que não têm condições de ir às suas salas e palácios. Nesse sentido, são alvissareiras algumas experiências que estão sendo feitas de Juizados Itinerantes, no Estado do Amapá, sob três modalidades: *Juizado Itinerante Fluvial* (um barco com juiz, promotor, defensor e funcionários percorre o rio Amazonas, atendendo à população ribeirinha); *Juizado Itinerante Terrestre* (um ônibus é transformado em sala de audiência e percorre bairros periféricos da Capital); *Juizado Volante* (que atende, rapidamente, a acidentes de trânsito sem lesão grave). Experiência semelhante também se faz em São Paulo, em que *Juizado Itinerante Permanente*, em *trailers*, percorre os bairros periféricos da Capital para prestar serviços jurisdicionais a essas comunidades, já em fase de extensão a comarcas do interior do Estado. (...)”

no caso, está a refletir “a *par conditio*, significa a igualdade de armas, significa a obrigação do Estado de propiciar a todos iguais condições para, dentro do processo, superar as desigualdades de fato³⁰⁶”.

A igualdade apenas formal perante a lei não é capaz de realizar a cidadania, tão-pouco a dignidade da pessoa humana, haja vista que o acesso à justiça deve garantir a concretização do processo justo, “para cuja efetivação não basta que ante um juiz imparcial haja duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões de ambas³⁰⁷”, é indispensável que, muito mais que isso, todas as partes estejam entre si “em condição de paridade não meramente jurídica e teórica, senão que exista entre elas uma efetiva paridade *prática*, o que quer dizer paridade técnica e também econômica³⁰⁸”.

Nesse contexto, a concepção do processo justo, como corolário do direito fundamental de acesso à justiça, tem estreita vinculação com a eficácia da coisa julgada, uma indiscutível finalidade processual, e, por isso — pela compreensão do processo justo —, a ação judicial se revigora em um direito de projeção, não somente como meio de recorrer ao judiciário na defesa dos direitos, “mas para o estabelecimento de um verdadeiro direito material de justiça, que requer a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que impedem o efetivo acesso à jurisdição³⁰⁹”.

³⁰⁵ GRINOVER, 1990, p. 244.

³⁰⁶ Ibid., p. 244.

³⁰⁷ SILVA, 2002, p. 156.

³⁰⁸ Ibid., p. 156. Continua o professor da Universidade de São Paulo: “...É que também diante da administração da justiça existe o perigo de que gravite sobre o pobre aquela maldição que pesa sobre ela cada vez que os ordenamentos democráticos se limitem a assegurar-lhe, a ele como a todos os outros cidadãos, as liberdades políticas e civis, as quais, em demasiadas ocasiões, quando lhes faltam os meios econômicos indispensáveis para valer-se praticamente daquelas liberdades, se resolvem para o pobre em coisa irrisória.”

³⁰⁹ Ibid., p. 157.

4.2 A QUESTÃO PROCESSUAL

A referência à coisa julgada também pede a sua apreciação, e seu sentido, no âmbito da questão processual, aqui em sinopse, é dizer o enfoque no modo pelo qual se verifica, ao cabo, a decisão última de dado caso judiciário. A temática processual³¹⁰ e a de processo³¹¹, portanto, revelam-se importantes.

Pontes de Miranda, com mestria, e singularidade, leciona sobre as cinco³¹² espécies de resoluções³¹³, sobretudo porque — é Pontes de Miranda quem continua a ensinar³¹⁴: “O que se passa na justiça não é diferente, nem poderia ser” diverso do que se passa na vida diária, haja vista que “A lógica com que se conduz o homem, nas relações privadas, não é outra lógica”, pois a justiça, pelo Estado, teve início em face de monopolização estatal, “para que não pudesse e não tivesse o homem de se fazer justiça por si mesmo”.

³¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Tomo I, 1979, *Prólogo*, p. XLVII: “...O direito processual tem exatamente por objeto a marcação dos caminhos para se obter do Estado a prestação jurisdicional. Processo é estrada, é via.”

³¹¹ *Ibid.*, p. XLIX: “O processo é série de atos humanos, mas, de certo modo, também é lâmpada, com que se discernem o justo e o injusto.”

³¹² Adota-se, para efeito deste trabalho, a classificação quinária de classe de sentença, conforme a correspondente carga de eficácia, estudada pelo jurista pátrio, Pontes de Miranda. PONTES DE MIRANDA, Tomo I, 1979, p. 278-280, *passim*: “Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva.

A ação somente é declarativa porque a sua eficácia maior é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute. (...)

A ação somente é constitutiva porque a sua carga maior é a constitutividade. (...)

A ação somente é condenatória porque preponderantemente o é. (...)

A ação somente é mandamental porque preponderantemente o é. (...)

A ação executiva é a ação preponderantemente executiva. (...)

(...)

...na vida de estudos diários, intensivos, de sessenta anos, nunca encontramos, nem conhecemos qualquer ação ou sentença que não caiba numa das cinco classes. Ciência é livre disponibilidade de espírito: o cientista há de ter grande alegria em descobrir o erro em que estava, ou em acrescentar algo de novo à sua ciência.

...O conceito de ação, a classificação das ações por sua eficácia, tudo isso consulta o direito material, porque o fim precípua do processo é a realização do direito objetivo. Na própria classificação das ações e das sentenças, o direito processual tem de atender à eficácia das ações segundo o direito material. (...)

³¹³ É dizer, sentenças, decisões.

³¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Tomo I, 1979, p. 277.

Para explicar as ações e os pesos de eficácia das sentenças, bem como a lógica com que o homem se pauta na vida e o seu reflexo na justiça, conglobando as diversas resoluções — classificação quinária —, Pontes de Miranda faz uso de uma situação imaginária de rara sensibilidade, que se passa em uma cogitada exposição de pintura, na qual os fatos se sucedem, e, em consequência, são adotadas as respectivas decisões até que se compreendam, naquele ambiente, todas as classes de sentença, referidas pelo saudoso jurista brasileiro³¹⁵.

O acesso à justiça, muita vez, como na defesa dos direitos sociais e coletivos, carece do alargamento do conceito de legitimidade de parte³¹⁶, e é válido retratar que esse conceito se refere ao âmbito do direito processual civil, tanto que contém significado no Código³¹⁷.

A concepção individualista proclama que, “para receber o juiz a demanda, não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente àquele que o faz valer e contrário contra quem se faz valer³¹⁸”, contudo essa apreensão conceitual convive com a legitimação extraordinária, também prevista no mesmo Código de Processo³¹⁹, conforme a qual “a lei abre algumas

³¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Tomo I, 1979, p. 276 et. seq.: “Imaginal uma tela que estivesse colocada, no salão de exposição de pintura, no espaço correspondente às obras do pinto B, mas fosse de autoria do pinto A. Se alguém enuncia que o quadro foi erradamente posto naquela parte da parede, porque o autor foi A, e não B, esse observador bem informado *declara* a autoria de A, o que equivale a *declarar* que B não foi o autor. Há um *é*, a respeito de A, e um *não-é*, a respeito de B. Se A não expôs obras suas e foi B quem levou a tela, como se dela fosse o autor, o diretor da exposição pode chamar a B e dizer-lhe que tire de lá a tela: ao dano que B fez, expondo o que não era seu, o diretor da exposição faz corresponder outro dano, o dano correspondente, o *con-damno*, de onde vem o termo técnico ‘condenação’. Suponhamos que B não retira o quadro. O diretor da exposição registra o quadro como de A e, após esse ato de constituição de concorrência de A à exposição, afixa o nome de A por sobre a tela. Pode acontecer que a função de registro esteja a cargo de alguma seção do instituto a que pertence a exposição, subordinada ao diretor da exposição; então, *manda* ele que se proceda ao registro e à fixação. Se A já figurava como expositor, a transferência da tela, que se achava no espaço com a indicação de B, para o espaço com a indicação de A, pode ser por vontade de B, ou por ato de A, por ato do diretor. Por ato de B, houve execução voluntária. Por ato de A, houve justiça de mão própria. Por ato do diretor, houve execução forçada.”

³¹⁶ Conforme, no ponto, nota 300, pretérita.

³¹⁷ Código de Processo Civil (CPC): Art. 3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VI — quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

³¹⁸ CHIOVENDA, 1998, p. 222. Acrescenta, outrossim, o saudoso professor da Universidade de Roma, o seguinte: “...a identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação *ativa*), e a identidade da pessoa do réu com a pessoa a quem é contrária a vontade da lei (legitimação *passiva*).”

exceções, admitindo que uma pessoa venha a juízo, em nome próprio, pleitear direito de terceiro³²⁰, circunstância denominada de substituição processual³²¹.

A restrição da legitimidade de agir revela uma outra dificuldade de acesso ao judiciário e, inclusive, ao exercício da cidadania³²².

Nessa perspectiva, válido lembrar, à maneira de ilustração, a Lei n. 9.099/1995, cujo prognóstico é facilitar o acesso à justiça, mormente quanto às causas de menor valor econômico, todavia ela limita — apenas às pessoas naturais e capazes — a legitimidade de ser parte processual³²³, e assim a predita lei está a excluir diversas pessoas do acesso à justiça de pequenas causas, como a microempresa e a sociedade civil.

Ainda quanto à contenção da legitimidade de parte, a Lei n. 10.259/2001 — que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais junto à justiça federal — prossegue a excluir, por exemplo, a entidade sindical e a organização não-governamental, isso porque só admite, no pólo passivo, a pessoa física, a microempresa e a empresa de pequeno porte³²⁴, nada mais.

³¹⁹ CPC, art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

³²⁰ BARBI, 1988, p. 109.

³²¹ Ibid., p. 109.

³²² SILVA, 2002, p. 165: "...a tomada de consciência pela cidadania de seus direitos tende a buscar no Judiciário a sua satisfação, e essa é uma busca legítima, que não pode ser tolhida em favor da simples melhoria da condição de trabalho do aparelho da Justiça. Qualquer reforma do Judiciário, para ser legítima, há que estar fundamentada na ampliação do acesso da cidadania à Justiça, da melhoria dos serviços judiciário, da realização do processo justo. Do contrário será um engodo para o povo."

³²³ Diário Oficial da União (DOU) de 27 de setembro de 1995. Trata-se do *juizado de pequenas causas*. Lei n. 9.099: Art. 8º. Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

§ 1º. Somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

§ 2º. O maior de 18 (dezoito) anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação.

³²⁴ Diário Oficial da União (DOU) de 13 de julho de 2001, Lei n. 10.259: Art. 6º. Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível:

I — como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996;

II — como réus, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

A legitimidade de parte é uma condição de existência da relação jurídico-processual³²⁵, é dizer é uma das condições da ação³²⁶, por isso que a sentença é inexistente se advier de processo no qual não esteja presente a legítima parte processual³²⁷.

A construção da coisa julgada deve considerar o preenchimento dos requisitos processuais, porém o que se questiona é a ampliação do leque de legitimação de parte ativa³²⁸ a fim de que se concretizem os relevantes direitos sociais e coletivos, haja vista que o processo civil possui característica de significativo formalismo, “sem grande preocupação com a realização da justiça, serviu e serve aos direitos individuais tradicionais³²⁹”.

Considerando que os direitos sociais contêm titularidade difusa, nada mais razoável que a legitimação para estar em juízo, nesses casos, também deva ser difusa³³⁰, embora se reconheça, no Brasil, um grande avanço na reparação dos danos causados ao consumidor, meio ambiente e patrimônio cultural, sobretudo

³²⁵ PONTES DE MIRANDA, Tomo I, 1979, p. 128: “Na ‘ação’ (de direito processual), o autor e o réu estão sujeitos à atividade do Estado, porque aquele exerce a pretensão à tutela jurídica e esse, com a citação, foi chamado a exercê-la. Daí a relação jurídica processual ser entre o autor e o Estado e angularizar-se com a citação do réu (réu, Estado). O juiz vai verificar se o autor tem direito, pretensão e ação (pode dar-se que só tenha ação) e aplicar regra jurídica ou regras jurídicas, porque foi isso que ele prometeu ao autor, ou negar a aplicação, porque foi isso que, na contestação, lhe pediu no réu. A ‘ação’ (de direito processual) é exercício da pretensão à tutela jurídica, razão por que pode ser exercício da pretensão à tutela jurídica mesmo se apenas para declarar que uma relação jurídica de direito material não existe entre ele e o réu. (...)”

³²⁶ Conforme nota 317: CPC, art. 267, VI.

³²⁷ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 31: “Prosseguindo nossa análise do grupo de sentenças que não têm aptidão para transitar em julgado, devemos referir-nos, considerando também como sendo juridicamente inexistentes às sentenças proferidas em processos gerados pela propositura de ‘ações’, sem que tenham sido preenchidas as condições de seu exercício. Em outras palavras, para nós, se o autor não preenche as condições da ação, a sentença de mérito proferida neste contexto é juridicamente inexistente.”

³²⁸ A propósito, nota 306.

³²⁹ SOUZA FILHO, In: OLIVEIRA; PAOLI, 1999, p. 327.

³³⁰ *Ibid.*, p. 328: “O primeiro problema é de legitimação ativa, porque o direito de ação é, por si só, um direito individualizado e personalizado, sendo difícil realizá-lo coletiva ou difusamente. A solução que surge como óbvia ao sistema é a legitimação do Estado ou um seu órgão especialmente criado para esse fim, como o Ministério Público.

Esta solução não pode ser exclusiva, como não foi no Brasil, porque faz falta a legitimação também de indivíduos ou representante de indivíduos, como organizações civis especialmente legitimadas. A ação civil pública adotou esta fórmula. Entretanto, esta legitimação tem sido entendida apenas para a reparação dos danos causados ao consumidor, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural. Devemos lembrar que o ‘termo’ difuso foi vetado pelo executivo no projeto de Lei que veio do Congresso Nacional. O Código do Consumidor, porém, recolocou a tutela de todos os interesses difusos, assim, genericamente, mas os tribunais ainda não lhe deram a amplitude exigida para a efetiva defesa. (...)”

por meio da ação civil pública, nada obstante este meio processual não esteja a proteger outros direitos coletivos, “como o de moradia, acesso a terra, ao trabalho, à saúde, à educação, à assistência social, segurança³³¹”.

O alargamento da concepção de legitimidade de parte ativa revela um ponto marcante na efetividade dos direitos, mormente os direitos sociais e coletivos, e, nessa esteira, a dicção do art. 8º, III, Constituição, segundo o qual o sindicato tem ampla legitimidade para atuar na defesa dos direitos da categoria, quer em juízo, ou fora dele, é dizer em questões judiciais ou administrativas³³².

Não obstante a isso, e apenas a título de exemplo da dificuldade de concretização do direito social de que se cuida — legitimidade ativa de entidade sindical no trato da defesa dos direitos coletivos de categoria profissional —, derivado, diretamente, da Constituição, o Tribunal Superior do Trabalho³³³, a sua vez, afirma, em 1993, por meio de entendimento uniforme, que o art. 8º, III, CR, não proclama legitimidade processual extraordinária ao sindicato³³⁴, mas somente cancela³³⁵ essa compreensão, dez anos depois, isso em 2003, após perceber que o Supremo Tribunal Federal³³⁶, há muito, está a interpretar o predito art. 8º, III, CR, diferentemente³³⁷, qual seja no sentido de reconhecer ampla legitimidade ativa ao

³³¹ SOUZA FILHO, In: OLIVEIRA; PAOLI, 1999, p. 328 et. seq.

³³² CR, art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
III — ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

³³³ Tribunal Superior do Trabalho — TST.

³³⁴ Súmula 310-I/TST (Resolução TST n. 1/1993, in DJU de 6, 10 e 12 de maio de 1993):
“SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO.
I — O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo Sindicato.
(...)”

³³⁵ Resolução TST n. 119/2003, in DJU de 1º de outubro de 2003.

³³⁶ Supremo Tribunal Federal — STF.

³³⁷ Conforme se constata de excerto do acórdão, proferido pelo Tribunal Pleno do TST, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Embargos em Recurso de Revista n. TST-E-RR-175.894/95.9 (julgado a 25 de setembro de 2003, e publicado no DJU de 10 de outubro de 2003):

“(...)”

Ressalte-se que no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conquanto a matéria se encontre suspensa desde 15/10/97, em virtude de pedido de vista regimental feito pelo Ministro Nelson Jobim, ocasião em que foi adiado o julgamento conjunto dos processos RE 210029-RS, 193503-SP, 193579-SP, 208983-SC, 211152-DF, 211874-RS, o posicionamento das Turmas do STF no mandado de injunção n. 347-5-SC, no RE n. 202063-0-PR e no RE n. 182543-0-SP é pela aplicação do art. 8º, III, da Constituição Federal, em reconhecimento à legitimidade das entidades sindicais de representar todos os integrantes das categorias a que pertencem. No último processo citado, o STF concluiu que A

sindicato para agir como substituto processual³³⁸, circunstância ratificada, depois, pelo mesmo Supremo Tribunal, quem reafirma a legitimação ativa do sindicato “para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria³³⁹”.

Na composição do processo justo, a relevância da compreensão do conceito de legitimidade de parte se revela significativa, inclusive quanto à eficácia dos direitos sociais, difusos e coletivos³⁴⁰, e, no ponto, também está a merecer registro um caso emblemático, pelo qual o STF³⁴¹ — simultaneamente, provê agravo regimental, agravo por instrumento e recurso extraordinário tudo para julgar procedente ação rescisória, rejeitada, outrora, pelo Tribunal Regional Federal³⁴² da

legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. Assim, considerando que o cerne da discussão é a abrangência do art. 8º, inciso III, da Constituição Federal e considerando ainda que o STF já decidiu contra a jurisprudência desta casa, consubstanciada no Enunciado n. 310, assim como a maioria dos Ministros da SBDI-1 desta casa, voto no sentido de que o Enunciado n. 310 seja cancelado.”

³³⁸ A percepção do TST foi serôdia, e, a tanto, basta cotejar dois precedentes do STF, reportados pelo Tribunal Trabalhista para cancelar a Súmula 310/TST, a saber: a) o mandado de injunção n. 347/SC (Min. Néri da Silveira) é julgado, pelo pleno do STF, a 7-5-1993, e o acórdão, publicado no DJU a 8-4-1994, p. 7.222; b) e o RE n. 182543/SP (Min. Carlos Velloso) é julgado, pela 2ª Turma do STF, a 29-11-1994, e o acórdão, publicado no DJU a 7-4-1995, p. 8.900.

³³⁹ “O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu interpretação ao art. 8º, III, da Constituição e decidiu que os sindicatos têm legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. A falta de publicação do precedente mencionado não impede o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma controvérsia, em especial quando o entendimento adotado é confirmado por decisões posteriores. A nova composição do Tribunal não ensejou a mudança de orientação seguida. Agravo improvido.” (RE 197029-AgR, Min. Ricardo Lewandowski, julgamento a 13-12-2006, *in* DJU de 16-2-2007). No mesmo sentido: RE 189264-AgR, RE 208970-AgR, RE 216808-AgR, RE 219816-AgR, Min. Ricardo Lewandowski, julgamento a 18-12-2006, *in* DJU de 23-2-2007; (RE 193503, RE 193579, RE 208983, RE 210029, RE 211874, RE 213111, RE 214668, Min. Joaquim Barbosa, *in* Informativo STF n. 431).

³⁴⁰ GRINOVER, 1990, p. 51: “Os interesses difusos vêm sendo conceitualmente apartados de outros interesses coletivos, em razão da inexistência de um vínculo jurídico que ligue os seus titulares. Embora se trate sempre de interesses metaindividuais, a doutrina reserva a denominação ‘coletivos’ para os comuns a categorias de pessoas, unidas entre si por uma relação-base: a sociedade comercial, o condomínio, a família, os entes profissionais, o próprio sindicato. E esse vínculo jurídico, ou relação-base, permite a identificação dos componentes do grupo. Ao contrário, entendem-se por interesses difusos aqueles que, não se fundando em um vínculo jurídico, repousam sobre dados de fato, freqüentemente genéricos, acidentais e mutáveis: morar na mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas circunstâncias sócio-econômicas, submeter-se a particulares empreendimentos. Seus titulares são, portanto, uma pluralidade de pessoas, em número indeterminado e indeterminável.”

³⁴¹ STF, 2ª Turma. Agravo de Instrumento n. 382.298-2/RS.

³⁴² Tribunal Regional Federal — TRF. O TRF da 4ª Região, com sede em Porto Alegre, tem jurisdição sobre os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul (Lei n. 7.727, de 9 de janeiro de

4ª Região — assevera a ilegitimidade de dada entidade de defesa do consumidor para, em ação civil pública, garantir, a cidadãos-contribuintes, a restituição do empréstimo compulsório sobre aquisição de combustíveis, instituído pelo Decreto-lei n. 2.288/1986³⁴³ — oportuno recordar que o empréstimo compulsório sobre o preço da aquisição de veículos é declarado inconstitucional, incidentalmente, pelo STF³⁴⁴, sendo que, mais tarde, os dispositivos, correspondentes, foram suspensos, por meio de Resolução³⁴⁵, pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, Constituição da República³⁴⁶.

O STF, então, entende pela ilegitimidade ativa de associação de defesa de consumidor, sob o fundamento básico da “Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte)³⁴⁷”, e,

1989, art. 1º; e Resolução n. 1, de 6 de outubro de 1988, do então Tribunal Federal de Recursos, editada com base no art. 27, § 6º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, CR-1988).

³⁴³ Diário Oficial da União (DOU) de 24 de julho de 1986: Art. 10. É instituído, como medida complementar ao Programa de Estabilização Econômica, estabelecido pelo Decreto-lei n. 2.284, de 10 de março de 1986, empréstimo compulsório para absorção temporária do excesso de poder aquisitivo.

Parágrafo único. O empréstimo compulsório será exigido dos consumidores de gasolina e álcool para veículos automotores.

Art. 11. (...)

I — 28% do valor do consumo de gasolina e álcool carburante;

Art. 12. O empréstimo calculado sobre o consumo de combustível será cobrado, junto com o preço do produto, pelas empresas refinadoras, distribuidoras e varejistas de gasolina e álcool e recolhido pelas refinarias, no prazo de quinze dias úteis.

Art. 14. O empréstimo de que trata este decreto-lei incidirá sobre os fatos ocorridos no período entre a data de sua publicação e 31 de dezembro de 1989.

Art. 16. (...)

§ 1º. O valor do resgate do empréstimo compulsório sobre o consumo de gasolina e álcool será igual ao valor do consumo médio por veículo, verificado no ano do recolhimento, segundo cálculo a ser divulgado pela Secretaria da receita Federal, acrescido de rendimento equivalente ao das Cadernetas de Poupança.

³⁴⁴ STF, Tribunal Pleno (TP), Recurso Extraordinário (RE) n. 121.336/CE (Min. Sepúlveda Pertence), *in* DJU de 26 de junho de 1996, p. 10.108, em cujo acórdão, de 11 de outubro de 1990, consta: “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso pela letra b, mas negar-lhe provimento, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos do Decreto-lei 2.288/86: no art. 10 as expressões: ‘bem como dos adquirentes de automóveis de passeios e utilitários’, o art. 11 e seus incisos II, III e IV; os artigos 13 e seus parágrafos; 15 e 16 e seu § 2º.”

³⁴⁵ Resolução do Senado Federal (RSF) n. 50, de 9 de outubro de 1995.

³⁴⁶ CR, art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X — suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal federal.

³⁴⁷ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 382.298-2/RS, julgado a 4 de maio de 2004, e publicado no DJU de 28 de maio de 2004. Relator originário: Min. Carlos Velloso (vencido). Relator

assim, frustra a expectativa de milhares de cidadãos paranaenses de obter a restituição do empréstimo compulsório, incidente sobre a aquisição de combustíveis, embora, como se vê de excerto do teor do acórdão, nada se discute quanto à questão da constitucionalidade do predito empréstimo compulsório, sendo que a legitimação ativa se demonstra no único tema debatido no recurso³⁴⁸ — uma situação que também contribui para a lamentável invisibilidade dos direitos coletivos a partir da desqualificação do sujeito ativo, haja vista que o judiciário tem dificuldade em compreender o direito postulado³⁴⁹.

A par das condições de existência da ação, que a legitimidade de parte é uma delas³⁵⁰, os pressupostos processuais³⁵¹ têm significante relevo na

para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. A ementa do acórdão é elucidativa: “Agravo regimental em agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Matéria devidamente prequestionada. Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício. 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde logo, provido o recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória.”

³⁴⁸ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 382.298-2/RS — trecho do acórdão, que bem ilustra a questão debatida, de lavra do Min. Carlos Velloso (vencido): (...) O acórdão recorrido julgou improcedente ação rescisória em que se pretendia desconstituir o acórdão do T.R.F. da 4ª Região que confirmou sentença proferida em ação civil pública, garantindo a todos os contribuintes do Estado do Paraná a restituição do empréstimo compulsório sobre aquisição de combustíveis instituído pelo D.L. 2.288/86, bem como entendeu não configurada a ilegitimidade ativa da agravada, uma vez que a lei autoriza a propositura de ação civil pública por associações que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao consumidor ou a qualquer interesse difuso ou coletivo.

(...)

No que toca a matéria de fundo — inconstitucionalidade do empréstimo compulsório sobre combustíveis — nada foi alegado. Situa-se o RE na questão da legitimidade da entidade autora para ajuizar a ação coletiva (...)

³⁴⁹ SOUZA FILHO, In: OLIVEIRA; PAOLI, 1999, p. 313: “Por isso mesmo os direitos coletivos são invisíveis ainda hoje. Cada vez que são propostos ou reivindicados, é desqualificado o seu sujeito: o povo indígena, se reivindica um direito coletivo, deve fazê-lo como pessoa jurídica, o MST só pode ser visto como reivindicante de direitos individuais à propriedade de lotes de terra. Exatamente por isso a extrema dificuldade do Poder Judiciário em entender ou acatar o direito coletivo reivindicado (...)”

³⁵⁰ No passo, nota 317.

³⁵¹ FABRÍCIO, In: OLIVEIRA, 1989, p. 28: “...são pressupostos processuais, no mínimo: (a) a existência de um pedido; (b) a capacidade de quem o formula e (c) a legitimidade do juízo ao qual se dirige o pedido. Mas essa visão parece demasiado fechada, não afinando com a classificação geralmente aceita (...), a saber: (1) pressupostos objetivos e (2) subjetivos, sendo aqueles (1.1) intrínsecos (regularidade procedimental, existência de citação) ou (1.2) extrínsecos (ausência de impedimentos como coisa julgada, litispendência, compromisso) e estes (2.1) referentes ao juiz

existência, validade e regularidade processual³⁵², como, por exemplo, a competência do juízo, isso porque se o juízo for absolutamente incompetente o processo não existe³⁵³ do ponto de vista jurídico. O exame da questão processual, enfim, enquanto caminho para se atingir a coisa julgada, é indispensável, principalmente para que a sentença esteja de conformidade com a constituição e seus preceitos fundamentais³⁵⁴.

4.3 PROTEÇÃO JURÍDICA JUSTA E TEMPORAL

O acesso à justiça, como expressão da cidadania, deve garantir ao interessado o direito fundamental de obtenção de uma sentença justa, em conformidade com os parâmetros da dignidade da pessoa humana³⁵⁵.

A decisão justa de um dado conflito, pelo judiciário, não está alheia, antes tem estreito vínculo, com um dos objetivos fundamentais da República brasileira, qual seja a construção de uma sociedade justa, livre e solidária³⁵⁶, uma vez que cabe à jurisdição a suprema e inafastável incumbência de vigiar a efetividade dos valores materiais insculpidos na Constituição³⁵⁷. Já se descortina um

(investidura regular, competência, insuspeição) ou (2.2) referentes às partes (capacidade processual em seus três níveis diferentes).”

³⁵² Código de Processo Civil (CPC): Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) IV — quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

³⁵³ FABRÍCIO, In: OLIVEIRA, 1989, p. 27.

³⁵⁴ MORAES, In: TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p. 17: “Os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais.”

³⁵⁵ BARCELLOS, 2002, p. 305.

³⁵⁶ CR, art. 3º, I.

³⁵⁷ STRECK, 2002, p. 127: “...a noção de Estado Democrático de Direito (...) pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte de 1986-88 assumiu uma postura que Cittadino denomina de ‘comunitarista’, onde os constitucionalistas (comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos éticos-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também ‘resgatar a força do direito’, *cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição.*”

aspecto de processo, qual seja a conexidade em linha reta com a Constituição, daí o designado direito processual constitucional³⁵⁸.

A solução justa não está na decisão meramente formal³⁵⁹, sobretudo porque o sistema formalista não o tem mesmo compromisso com a efetivação da justiça³⁶⁰, sendo que, obviamente, a proteção jurídica não pode e tampouco deve afastar do processo justo, que se estrutura no indissociável vínculo entre Constituição e processo, o qual também é influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos, não apenas, como se vê, na só abordagem jurídico-processual, já porque o processo não significa, unicamente, um instrumento técnico, porém, mais que isso, está a representar um instrumento ético³⁶¹.

Porquanto possui inspiração antiga, importa avaliar que a lei também há de ser uma expressão de justiça, isso porque, para ser legítima, deve ser justa³⁶², no sentido de que considera a percepção do certo e do errado, em um pressuposto

³⁵⁸ Confira, no particular, nota 10.

³⁵⁹ A propósito, a referência, posta, em relance, em nota 294.

³⁶⁰ SOUZA FILHO, In: OLIVEIRA; PAOLI, 1999, p. 327: “O processo civil, criado e desenvolvido dentro de um rígido formalismo para resolver os conflitos intersubjetivos, sem grande preocupação com a realização da justiça, serviu e serve aos direitos individuais tradicionais. A sua crise atual não consiste na dificuldade ou demora da prestação jurisdicional intersubjetiva. Esta é apenas uma crise de quantidade, não de qualidade.”

³⁶¹ GRINOVER, 1990, p. 15: “...O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive.

A cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera privada do direito processual, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transformaria o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia da liberdade.

Já tivemos oportunidade de dizer que, em última análise, isso significa que o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético. E que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. E se é certo que a história, a filosofia e a política hão de parar às portas da experiência processual, é igualmente certo que é justamente a Constituição — como resultante jurídica das forças políticas existentes na sociedade em determinado momento histórico — que representa o instrumento de o processualista deve utilizar-se para o entendimento do fenômeno processo e de seus princípios.

E isso porque, à raiz dos princípios fundamentais do processo, se encontra sempre — cumprido ou violado — um preceito constitucional.”

³⁶² Conforme, entre outras, notas 117, 118 e 119.

ético, bem diverso do que se dá no totalitarismo³⁶³, o qual tem a pretensão de domínio total e daí o seu desprezo pela pessoa humana³⁶⁴.

A proteção jurídica depende e necessita da cidadania, concebida, para Hannah Arendt, como o direito a ter direitos³⁶⁵, sem a qual, aliás, sequer existe

³⁶³ ARENDT, 2006, p. 513 et seq., et 516, *passim*: “A afirmação monstruosa e, no entanto, aparentemente irresponsável do governo totalitário é que, longe de ser ‘ilegal’, recorre à fonte de autoridade da qual as leis positivas recebem a sua legitimidade final (...) O seu desafio às leis positivas pretende ser uma forma superior de legitimidade que, por inspirar-se nas próprias fontes, pode dispensar legalidades menores. (...)

(...)

A esta altura, torna-se clara a diferença fundamental entre o conceito totalitário de lei e de todos os outros conceitos. A política totalitária não substitui um conjunto de lei por outro, não estabelece o seu próprio *consensus iuris*, não cria, através de uma revolução, uma nova forma de legalidade. (...)

(...)

A política totalitária, que passou a adotar a receita das ideologias, desmascarou a verdadeira natureza desses movimentos, na medida em que demonstrou claramente que o processo não podia ter fim. Se é lei da natureza tudo o que é nocivo e indigno de viver, a própria natureza seria eliminada quando não se pudessem encontrar novas categorias nocivas e indignas de viver; se é lei da história que, numa luta de classes, certas classes ‘fenecem’, a própria história humana chegaria ao fim se não se formassem novas classes que, por sua vez, pudessem ‘fenecer’ nas mãos dos governos totalitários. Em outras palavras, a lei de matar, pela qual os movimentos totalitários tomam e exercem o poder, permaneceria como lei do movimento mesmo que conseguissem submeter toda a humanidade ao seu domínio.”

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 498 et 506, *passim*: “O primeiro passo essencial no caminho do domínio total é matar a pessoa jurídica do homem. Por um lado, isso foi conseguido quando certas categorias de pessoas foram excluídas da proteção da lei e quando o mundo não-totalitário foi forçado, por causa da desnacionalização maciça, a aceitá-los como os fora-da-lei (...) Em todas as circunstâncias, o domínio totalitário cuidava para que as categorias confinadas nos campos — judeus, portadores de doenças, representantes das categorias agonizantes — perdessem a capacidade de cometer quaisquer atos normais ou criminosos. (...)

(...)

Depois da morte da pessoa moral e da aniquilação da pessoa jurídica, a destruição da individualidade é quase sempre bem sucedida. (...) Porque destruir a individualidade é destruir a espontaneidade, a capacidade do homem de começar algo novo com os seus próprios recursos, algo que não possa ser explicado à base de reação ao ambiente e aos fatos. Morta a individualidade, nada resta senão horríveis marionetes com rostos de homem, todas com o mesmo comportamento do cão de Pavlov, todas reagindo com perfeita previsibilidade mesmo quando marcham para a morte. Esse é o verdadeiro triunfo do sistema (...)

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 329, *passim*: “...Os próprios nazistas começaram a sua exterminação dos judeus privando-os, primeiro, de toda condição legal (isto é, da condição de cidadãos de segunda classe) e separando-os do mundo para ajuntá-los em guetos e campos de concentração; e, antes de acionarem as câmaras de gás, haviam apalpado cuidadosamente o terreno e verificado, para sua satisfação, que nenhum país reclamava aquela gente. O importante é que se criou uma condição de completa privação de direitos antes que o direito à vida fosse ameaçado.

(...)

Algo mais fundamental que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato de sua livre escolha (...) Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados dos seus direitos humanos. São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. (...)

Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global. (...)

a possibilidade da formação de coisa julgada, e é curial observar que a proteção jurídica requer do juiz — que exerce a jurisdição em nome da coletividade — a justa aplicação do direito, inclusive o sentimento social que dimana da norma, e à sua efetividade, mormente para proporcionar uma decisão eqüitativa³⁶⁶ — é dizer, assim, uma solução jurídica de efetiva justiça, embora a relação entre justiça e eqüidade nem sempre seja concordante, ou interdependente³⁶⁷.

Um dos aspectos importantes na compreensão da proteção jurídica justa se encontra na democratização do acesso à justiça, isso porque, principalmente, permite a incorporação dos desvalidos ao sistema de direito e ao exercício da cidadania³⁶⁸. A proteção jurisdicional que se pretende justa, quanto à concretização dos direitos sociais, exige do judiciário o desapego ao formalismo para, em conseqüência, privilegiar “uma interpretação valorativa das normas jurídicas, consoante a ideologia e principiologia consagradas na Constituição” brasileira de 1988, considerando a responsabilidade do poder judiciário “em garantir a concretização dos direitos sociais, evitando que se tornem letra morta, meras declarações vazias de direito, bem como evitando retrocessos sociais³⁶⁹”.

Já se vê, portanto, que a proteção jurídica justa tem estreito vínculo com a efetividade das normas constitucionais, entre elas as normas que veiculam os direitos sociais, sendo certo que as regras de processo a tudo isso devem guardar simetria, e, assim, “Pesa, portanto, sobre a doutrina processual, a grave e importante

³⁶⁶ Veja, a propósito, nota 265.

³⁶⁷ DWORKIN, 2003, p. 214 et. seq.: “...Alguns filósofos negam a possibilidade de qualquer conflito fundamental entre justiça e eqüidade por acreditarem que, no fim das contas, uma dessas virtudes deriva da outra. Alguns afirmam que, separada da eqüidade, a justiça não tem sentido, e que em política, como na roleta dos jogos de azar, tudo aquilo que provenha de procedimentos baseados na eqüidade é justo. Esse é o extremo da idéia denominada justiça como eqüidade. Outros pensam que, em política, a única maneira de pôr à prova a eqüidade é o teste do resultado, que nenhum procedimento é justo a menos que tenda a produzir decisões políticas que sejam aprovadas num teste de justiça independente. Esse é o extremo oposto, o da eqüidade como justiça. A maioria dos filósofos políticos — e, creio, a maioria das pessoas — adota o ponto de vista intermediário de que a eqüidade e a justiça são, até certo ponto, independentes uma da outra, de tal modo que as instituições imparciais às vezes tomam decisões injustas, e as que não são imparciais às vezes toma decisões justas.”

³⁶⁸ MELLO, 2001, p. 47: “A proteção jurisdicional, nesse contexto, desempenha importante função político-social, pois, ao materializar o acesso à Justiça, permite tornar efetivos e reais os direitos abstratamente proclamados pela ordem normativa fundada na Constituição ou derivada de atos de direito internacional público.”

³⁶⁹ BONTEMPO, 2005, p. 261 et seq., *passim*.

incumbência de elaborar, teoricamente, um modelo de tutela jurisdicional adequado aos valores do tempo presente³⁷⁰.

O tempo, aliás, é outro componente da proteção jurídica justa, isso porque “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta³⁷¹”, e, logo, ganha relevo o tema relativo à temporalidade da decisão judicial, como componente da eficácia da coisa julgada, sobretudo porque a solução justa não pode compreender a pressa e a irreflexão, porquanto “incompatíveis com a atividade jurisdicional, tampouco pode ter a morosidade destrutiva da efetividade da jurisdição”, de modo que se há de encontrar “a justa medida, o que se traduz, em última análise, em fazer justiça³⁷²”.

É possível considerar que há uma relação entre o tempo e o justo. Identificar o nexos que se extrai entre a temperança — a sabedoria do tempo — e a justiça — a sabedoria do direito — é tarefa árdua, porque o “tempo não permanece exterior à matéria jurídica” e o “direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos”, especialmente porque para dizer o direito será preciso dar o tempo, o qual se materializa no tempo do processo, que permite ao “julgamento desenvolver seus efeitos performativos e instituintes: os efeitos jurídicos (a condenação, a absolvição) e efeitos sociais (o apaziguamento do conflito pelo mecanismo da catarse)³⁷³”.

Já os gregos se ocupam do tempo, e na mitologia aparece *Kronos*, o qual tenta suprimir, para seu benefício, tanto o tempo quanto o direito; sua história começa na indistinção do não-tempo, mas se finda na acepção de tempo do tirano, quem se esgota em um presente estéril, sem memória e nem perspectiva³⁷⁴,

³⁷⁰ MARINONI, 2003, p. 33.

³⁷¹ BARBOSA, 2003, p. 40: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. (...)”

³⁷² NICOLITT, 2006, p. 8.

³⁷³ OST, 2005, p. 14.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 9 et seq., *passim*: “...Desejosa de repelir as contínuas investidas de seu esposo, *Géia*, um dia, armou seu filho mais novo, *Kronos*, de uma foice com a ajuda da qual este decepou os testículos de seu pai. Essa mutilação marca a separação entre o Céu e a Terra e o início do reinado de *Kronos*. (...) Alertado por uma profecia de que um de seus filhos um dia haveria de destroná-lo, ele cuidava na verdade de devorar seus filhos tão logo sua mulher, *Réia*, os dava à luz. Até o dia em que esta, aborrecida, decidiu poupar o caçula, *Zeus*, vingando-se de *Kronos* (...) Chegado à idade adulta, *Zeus* (...) assumiu a chefia de uma revolta e pôs fim ao reinado de *Kronos* que, por sua vez, foi enviado ao Tártaro.

circunstância que se altera, depois³⁷⁵, para uma vida social possuidora de todo o sentido, regulada pelo tempo, como a harmonia das estações e a alternância dos períodos.

Fixadas, assim, as considerações sobre o tempo, premissas a propósito da interação entre o tempo e o justo — a temperança e a justiça —, importa realçar outra conexidade, qual seja a do devido processo legal e tempo razoável, contando indícios, a respeito, em Atenas, mais de cinco séculos antes de Cristo³⁷⁶, ao passo que a afirmação segura de sua originalidade está na Magna Carta das Liberdades, em 1215, na Inglaterra³⁷⁷, sendo que, depois, a 12 de junho de 1776, na Declaração dos Direitos da Virgínia, a idéia do devido processo e a da duração razoável do processo penal estão vinculadas³⁷⁸, e assim prevalecer à época da elaboração do texto da Constituição dos Estados Unidos da América, diversamente, por exemplo, das declarações de Delaware e de Maryland, nas quais

...*Kronos* (...) se coloca em posição de senhor do tempo, bloqueando sua passagem tanto em direção ao passado quanto ao futuro. Cortar os genitais de seu pai é negar o peso do passado, é privá-lo de qualquer prolongamento possível; engolir seus próprios filhos é fazê-los regressar a uma posição uterina, é privar o porvir, desta vez, de qualquer prolongamento futuro.”

³⁷⁵ OST, 2005, p. 11 et. seq.: “...E, em *As Eumênides*, Ésquilo faz o relato de como a cidade de Atenas soube inverter a lógica vingadora das *Eríneas*, procedendo ao julgamento democrático de Orestes, baseando a partir daí a vida social sobre a confiança e a justiça e não mais sobre o medo e o sangue. Foi igualmente em Atenas que se imaginou a figura das *Horas* (*Horaí*) que poderíamos opor à de *Kronos*, devorador de crianças. Filhas de *Zeus* e de *Têmis*, as *Horas* andavam em três, segundo Hesíodo. O que chama a atenção é a dupla função que se lhes atribuiu: deusas personificam as estações, e simbolizam igualmente as virtudes cívicas.

Do lado bucólico, eram denominadas *Thallô*, *Auxô*, *Carpô*, três nomes que evocam as idéias de empurrar, crescer e fortalecer. Do lado político, eram denominadas *Eunomia*, *Diké*, e *Eirênê*, ou seja, a disciplina, a justiça e a paz. Fecunda ambigüidade desta dupla atribuição: não é algo notável que uma ordenação regular das estações esteja associada à concórdia na cidade? (...) Longe de qualquer naturalismo suspeito, as *Horas* representam — ao contrário do tempo monolítico e violento de *Kronos* — a pluralidade das durações, a alternância bem-vinda dos períodos, a medida bem equilibrada dos dias e das cidades: a incitação de um tempo dialético, aberto, negentrópico (...).”

³⁷⁶ NICOLITT, 2006, p. 8: “...Precisamente na *Antígona* de Sófocles, peça exibida em Atenas por volta de 441 a.C., invocavam-se princípios morais e religiosos não escritos, que eram opostos à tirania das leis escritas.”

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 8 et. seq.: “...afirma-se seguramente que o *due process of law* tem sua origem em 15 de junho de 1215, na Inglaterra, quando o Rei João, chamado ‘O Sem Terra’, viu-se na obrigação de concordar e apor selo real na declaração de direitos que ficou conhecida como Magna Carta das Liberdades (*Great Charter of Liberties*). Este princípio inicialmente foi conhecido pela expressão *law of the land* e só no século seguinte passou a ser conhecido, como até hoje o é, *due process of law*. (...)

Enquanto o art. 39 da Magna Carta consagrava o direito ao devido processo (...) o artigo 40 estabelecia o acesso à justiça e a exigência do processo em tempo razoável: (...) (Para ninguém nós venderemos, recusaremos ou **atrasaremos** o direito ou a justiça).”

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 9.

a celeridade é mais ampla, dado que compreende um direito a ser respeitado, igualmente, nos processos cíveis³⁷⁹.

Nesse contexto, importa registrar que a pessoa tem direito ao devido processo legal e, mais, a um processo justo e adequado, isso porque “o processo justo deve ser orientado materialmente por princípio de justiça³⁸⁰”, e junto a tudo isso está a razoável duração do processo, sendo que este último princípio, sem prejuízo dos demais, consta em diversas declarações de proteção aos direitos humanos e, ainda, em documentos constitucionais, como a Convenção Européia de Direitos do Homem, em vigor desde 1953 (art. 6º. — 1.³⁸¹), o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, da Organização das Nações Unidas³⁸², de 1966 (especialmente, art. 9º. — 2. e 3., e art. 14. — 3., “c”³⁸³), a Convenção Americana de Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica), de 1969 (em especial, art. 7º. — 5.,

³⁷⁹ ARRUDA, 2006, p. 37 et seq., *passim*: “A importância da Declaração da Virgínia para o direito ao speedy trial consiste no fato de, pela primeira vez num documento genérico, consagrado em sua inteireza à declaração dos direitos de um povo, fazer-se consignar que todo cidadão acusado em um processo criminal tem o direito a um julgamento célere. Não se quis apenas afirmar o direito à celeridade em um específico tipo de procedimento, como o fazia o Habeas Corpus Act.

(...)

...deve-se registrar a tremenda importância dos dispositivos constantes das declarações de Delaware e de Maryland, que tinha a celeridade não como uma garantia a ser observada unicamente no processo penal, mas a compreendiam como um direito a ser respeitado também em procedimentos cíveis.

(...)

...é importante verificar que este entendimento mais amplo do alcance da speedy trial clause, consagrado em Maryland e no Delaware, acabou por não prevalecer no momento de elaboração da Constituição dos Estados Unidos. De fato, acabou por ser inserido no texto constitucional dispositivo bastante semelhante ao da Declaração da Virgínia que relaciona a celeridade processual e processo penal.”

³⁸⁰ NICOLITT, 2006, p. 11.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 11: “Art. 6º. — 1. Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, eqüitativa e publicamente, em um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ele. (...)”

³⁸² Organização das Nações Unidas — ONU.

³⁸³ PIOVESAN, 2006, p. 359: “Art. 9º. — 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...)”

Art. 14. — 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

c) a ser julgada sem dilações indevidas.”

e art. 8º.³⁸⁴), a Carta Africana de Direitos Humanos (Carta de Banjul), de 1981 (art. 7º. — 1., “d”³⁸⁵), a Constituição portuguesa, de 1976 (art. 20º. — 4.³⁸⁶), e a Constituição espanhola, de 1978 (art. 24. — 1. e 2.³⁸⁷).

Com efeito, a Constituição de 1988, em face da Emenda Constitucional³⁸⁸ n. 45/2004³⁸⁹, dispõe, expressamente, sobre o direito fundamental à razoável duração de qualquer processo e os meios que possam assegurar a celeridade processual³⁹⁰, sendo certo que esta garantia do processo célere “constitui um modo de impor limites à textura aberta da razoabilidade³⁹¹”, além de expressa vinculação do legislador³⁹², o qual deve atuar no intento de concretizar essa essencial abordagem do predito princípio constitucional, cuja observância já demonstra resultado efetivo e palpável, ao menos quanto à celeridade no âmbito do

³⁸⁴ PIOVESAN, 2006, p. 448 et. seq.: “Art. 7º. — Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. (...)

Art. 8º. — Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

³⁸⁵ NICOLITT, 2006, p. 14: “Art. 7º. — 1. Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende:

d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial.”

³⁸⁶ Ibid., p. 14: “Art. 20º. — 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”

³⁸⁷ Ibid., p. 14 et. seq.: “Art. 24. — 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y la presunción de inocencia.”

³⁸⁸ Emenda Constitucional — EC.

³⁸⁹ Diário Oficial da União (DOU) de 31 de dezembro de 2004.

³⁹⁰ CR, art. 5º, LXXVIII — a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.

³⁹¹ SILVA, 2007, p. 432.

³⁹² EC n. 45/2004, art. 7º. O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

processo civil, como a Lei n. 11.341/2006³⁹³, Lei n. 11.382/2006³⁹⁴, Lei n. 11.417/2006³⁹⁵, Lei n. 11.418/2006³⁹⁶ e Lei n. 11.419/2006³⁹⁷.

A morosidade judicial brasileira parece crônica, tanto que o acesso à justiça resta frustrado, enquanto uma prestação jurisdicional em tempo hábil³⁹⁸. Esse aspecto indica uma forte razão à constante mudança legislativa que se está a desencadear no Código de Processo Civil, em especial a partir de 1994, com as Leis n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953³⁹⁹, sendo que, por exemplo, a Lei n. 8.952 institui a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, importante inovação que se destina “a acelerar a produção de efeitos práticos do provimento, para abrandar o dano causado pela demora do processo⁴⁰⁰”, ou mesmo evitar que o tempo comprometa a efetividade da proteção jurídica.

Em remate da abordagem, tratada, aqui, importa referir que o direito a uma proteção jurídica justa e temporal se consubstancia em importante marco da cidadania e do respeito à pessoa humana, mas também corresponde a um dever da jurisdição, isso porque “À efetividade da atuação judicial liga-se de forma inequívoca o tempo da intervenção⁴⁰¹”.

³⁹³ Diário Oficial da União (DOU) de 8 de agosto de 2006. Altera o art. 541, parágrafo único, CPC, para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na Internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial, quanto ao recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, ou ao recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

³⁹⁴ Diário Oficial da União (DOU) de 7 de dezembro de 2006. Altera dispositivos do CPC, mormente no que diz respeito ao processo de execução de título extrajudicial.

³⁹⁵ Diário Oficial da União (DOU) de 20 de dezembro de 2006. Especialmente, regulamenta o art. 103-A, CR — acrescentado por meio da EC n. 45/2004, referente à súmula vinculante —, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁹⁶ Diário Oficial da União (DOU) de 20 de dezembro de 2006. Acrescenta, ao CPC, dispositivos que regulamentam o art. 102, § 3º, CR, o qual foi adicionado pela EC n. 45/2004 e estabelece o requisito da repercussão geral das questões constitucionais, como um dos pressupostos da admissão do recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁹⁷ Diário Oficial da União (DOU) de 20 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial, e altera dispositivos do CPC.

³⁹⁸ SILVA, 2007, p. 432.

³⁹⁹ Leis n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953. Diário Oficial da União (DOU) de 14 de dezembro de 2006. Alteram diversos dispositivos do CPC.

⁴⁰⁰ BEDAQUE, 2003, p. 297.

⁴⁰¹ ARRUDA, 2006, p. 74.

4.4 A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

A coisa julgada se forma no âmbito do processo, com a sentença⁴⁰². E é assim no processo⁴⁰³ que se fixa e se desenvolve a formação da proteção jurídica⁴⁰⁴, a qual é pronunciada pelo Estado-juiz⁴⁰⁵, materializada no respectivo provimento⁴⁰⁶.

Importa lembrar que a marcha do processo em busca da solução ao tema submetido à jurisdição está em freqüente dilema com a realidade da vida, haja vista que a ordinariedade, como procedimento típico da formação de tutela, considerando, em especial, a sua morosidade, já não dá conta de realizar os direitos fundamentais, nem responde às exigências da sociedade atual, tão-pouco atende à cidadania, e menos ainda o respeito à dignidade da pessoa humana, daí que o provimento sumário — um dos remédios contra a ineficácia do rito ordinário processual — ganha importância para o efeito de amparar o direito que se encontra sob ameaça, ou o mesmo direito que está sob lesão⁴⁰⁷, conforme, aliás, o art. 5º, XXXV, Constituição da República.

⁴⁰² PONTES DE MIRANDA, Tomo I, 1997, p. 37: “A sentença é a prestação jurisdicional, objeto da relação jurídica processual (...) Põe fim, normalmente, à relação (...). É para a sentença que segue a *existentia fluens* da relação jurídica processual, a relação mesma, pela direção de toda relação para a realização do seu conteúdo. O juiz entrega a prestação, e o seu ofício acaba: *functus officium*. (...)”

⁴⁰³ LIEBMAN, 1985, p. 33: “A atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional chama-se processo.”

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 33: “...Essa função não se cumpre, em verdade, a um só tempo e com um só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final. Daí a idéia de um *proceder* em direção a uma meta e o nome dado ao conjunto de atos postos em prática no exercício dessa função.”

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 34: “O sujeito que ‘procede’ e que pronuncia o ato final é o órgão jurisdicional; mas no processo colaboram necessariamente também as partes, as quais realizam alguns atos essenciais e indispensáveis, a começar da propositura da ação [*a cominciare dalla domanda*], que é o ato através do qual o processo se põe em movimento.”

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 34: “Em seu conjunto, o conceito dessa multifária atividade reduz-se ao esquema do pedido [*domanda*] endereçado por uma parte ao órgão jurisdicional visando a obter efeitos sobre a parte contrária [*nei confronti della controparte*] e ao qual responde o órgão com o seu provimento; entre esses dois atos, um que abre e outro que encerra o processo, desenvolve-se uma atividade intermediária mais ou menos complexa, destinada a tornar possível justamente a prolação do ato final.”

⁴⁰⁷ MARINONI, 2002, p. 14 et. seq.: “A doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como o procedimento padrão de tutela dos direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua

Importa referir, nesse sentido, que o direito à ampla defesa e ao contraditório, como está gravado no art. 5º, LV, CR, não se traduz em direito ao processo de rito ordinário⁴⁰⁸, mas à cognição exauriente⁴⁰⁹, a qual, em última análise, compreende a cognição conformada à base de contraditório e de defesa, adequados ao objeto cognoscível, sendo certo que a tutela, prometida na Constituição, é a exauriente, contendo juízo o mais proximamente possível da certeza jurídica, é definitiva, e, enfim, a tutela que privilegia o valor segurança⁴¹⁰.

Nesse sentido, essa provisão do juiz, como ato final do processo, é a sentença, a qual se ocupa em pronunciar a vontade concreta de lei para acolher ou negar o pedido inicial⁴¹¹, mas não se deve compreender uma cientificidade

universalização é algo impossível. Aliás, o que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento.

A proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pela ordinariedade. (...)

O procedimento ordinário (...) faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse o culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois aí há direitos evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria. ...o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão.

(...)

O processo do direito continental europeu foi influenciado pelas idéias do liberalismo do século XIX e, portanto, pelo conceito de lei do direito liberal. É justamente a idéia de neutralidade, que sabidamente caracteriza o procedimento ordinário e que é derivada da indiferença da lei pelo que se passa no plano da realidade social, que impede a concepção de um procedimento capaz de distribuir racionalmente o tempo do processo.”

⁴⁰⁸ ZAVASCKI, 1997, p. 20.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 18 et. seq.: “...No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do debate travado no processo. Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito existente; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo do grau de profundidade com que é realizada. ‘De sorte que, segundo a nossa visão’, diz Watanabe, ‘se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é *sumária* quanto à profundidade. Seria, então, cognição *ampla* em extensão, mas *sumária* em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada ‘de uma área toda de questões’, seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente* quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, a cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade. (...) Com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais’.”

⁴¹⁰ Ibid., p. 22 et 24, *passim*.

⁴¹¹ CHIOVENDA, 1998, p. 198: “A sentença, em geral, é a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei

autônoma e independente do direito processual, como se estivesse alheio ao direito material, dado que é o justo que se persegue por meio do mecanismo do processo e disso resulta a sua observância com os princípios, plasmados na Constituição⁴¹².

No ponto, válido ressaltar uma abordagem, a seguir, a propósito do conteúdo da decisão final no processo, pelo juiz, assim se a solução deve ser acentuada pelo formalismo⁴¹³, conforme o qual o juiz deve ser a “inanimada boca da lei⁴¹⁴”, ou se o mesmo juiz pode propor uma interpretação criativa do direito⁴¹⁵, e,

que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu.”

⁴¹² LIEBMAN, 1985, p. 35 et. seq.: “O direito processual (...) disciplina uma atividade que se situa no ponto de encontro de problemas fundamentais da sociedade e do Estado: trata-se da atividade consistente em fazer justiça (...)

O estudo do direito processual (...) deve, por isso, ser levado a cabo sempre com viva atenção às suas ligações com o direito material, sem o que se corre o risco de reduzi-lo a um pouco interessante computar de formalidades e prazos. Ele adquire o seu real significado, porém, enriquecendo-se agora de motivos dotados de bem maior importância, sempre que se coligar, de um lado, com o direito privado (...) e mesmo com o direito público, na medida em que este também é fonte de direitos subjetivos (de ambos o processo extrai o seu próprio objeto); e, de outro, com o direito constitucional, portador do indispensável aparato de garantias e modos de exercício da promessa de justiça contida na Constituição, para a defesa dos direitos fundamentais (...)

⁴¹³ CAPPELLETTI, 1993, p. 31: “Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século. Como escreve Lord Reid, outro eminente juiz inglês, em tempos anteriores ‘entendia-se quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito’, em vez de meramente ‘declará-lo’.”

⁴¹⁴ Ibid., p. 32 et. seq.: “Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da *escolha*. Típico de todas essas revoltas — representadas por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *Interessenjurisprudenz* e a *Freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Génys e de seus seguidores em França — foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção de interpretação, de tradição justiniana e montesquiana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva ‘inanimada boca da lei.’ Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da idéia de que o juiz se encontra na posição de ‘declarar’ o direito de maneira não criativa, apenas com os mecanismos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case law*, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas.”

⁴¹⁵ Ibid., p. 31 et. seq.: “...Ora, como se pode explicar a tônica que a nossa época colocou na criatividade judiciária?

Como primeira aproximação para uma resposta a essa indagação, direi que tal tônica pode se explicar como um aspecto do fenômeno mais geral, típico das últimas três ou quatro gerações, que o filósofo Morton G. White descreve como ‘a revolta contra o formalismo’. É bem compreensível que, nas diferentes partes do mundo, tal revolta tenha visado a alvos diversos. Enquanto nos Estados Unidos e, de forma mais atenuada, em outros ordenamentos de *Common Law*, cuidou-se essencialmente da revolta contra o formalismo do *case method*, em França e nas áreas de influência francesa dirigiu-se, pelo contrário, sobretudo contra o positivismo jurídico, enquanto na Alemanha e áreas de influência alemã representou principalmente uma insurgência contra o formalismo ‘científico’ e conceitual.”

finalmente, se há relevância quanto a um sentido social a servir de base para acolher o posicionamento dessa novel jurisprudência⁴¹⁶.

Então, se se admite a atividade criativa da jurisprudência, em linha de confronto com a interpretação apenas formal do direito, válido perscrutar se nesse contexto criativo do direito o juiz está a agir em substituição ao legislativo, e assim invadir o princípio da separação dos poderes — para que “o poder freie o poder⁴¹⁷”, porquanto, conforme Montesquieu, “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares⁴¹⁸” —, o qual está fixado em diversos

⁴¹⁶ CAPPELLETTI, 1993, p. 33: ...todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. (...)”

⁴¹⁷ MONTESQUIEU, 1992, p. 163: “A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder. Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permite.”

⁴¹⁸ Ibid., p. 164 et. seq.: “Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado. A liberdade política em um cidadão é aquela tranqüilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria

documentos constitucionais, como na Constituição brasileira⁴¹⁹, que o tem, inclusive, como cláusula pétrea⁴²⁰.

A teoria da separação de poderes se encontra sugerida, antes, em Aristóteles, John Locke e Rousseau⁴²¹, mas a proposição acabada da teoria da divisão de poderes cabe a Montesquieu⁴²². Essa formulação, encampada pela experiência de diversas sociedades políticas, dá origem a um mito, qual seja o mito da separação⁴²³, em contraste com a configuração histórica da predita teoria, desde então, sobretudo porque o poder político se apresenta como indivisível, eis que o seu “titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, atribui o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda, diferentes funções⁴²⁴”.

Importa referir, nesse desiderato, que, pelo critério material, o estado é composto da função normativa (produção de normas jurídicas), administrativa (execução das normas jurídicas) e jurisdicional (aplicação das normas jurídicas),

arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”

⁴¹⁹ CR, art. 2º. São poderes da União, independente e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴²⁰ CR, art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III — a separação dos Poderes.

⁴²¹ SILVA, 2007, p. 109.

⁴²² MONTESQUIEU, 1992. Essa obra tem Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, na p. 6, destaca um panorama do labor de Montesquieu: “Foi, como diria Camões, *‘mais do que prometia a força humana’*. (...) Ao cabo de vinte anos de labuta estava ele debilitado e quase cego. Publicou *As causas da grandeza dos romanos e de sua decadência*, em 1734, e *O espírito das leis*, em 1748. E faleceu sete anos após (1755), portanto com sessenta e seis anos de idade.”

⁴²³ CLÈVE, 1993a, p. 20.

⁴²⁴ Ibid., p. 27: “...A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados poderes. O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, atribui o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda, diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza, já que não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto que possa ser tomado, destruído ou multiplicado. O poder político, aquele soberano, constitui uma relação de forças entre as classes e grupos antagônicos; uma relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, materializa-se, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, como, inclusive, o Estado e o Direito. Por isso, não pode ser dividido.”

bem assim que é possível definir fronteiras, separando cada uma dessas três funções⁴²⁵, ainda que o princípio da divisão de poderes já não configure aquela rigidez de outrora, haja vista que a ampliação das atividades do estado impõe uma novel visão da teoria da separação e novas formas de relacionamento entre os respectivos órgãos do legislativo e executivo, e destes com o judiciário, sendo certo que se prefere dizer, atualmente, em colaboração de poderes⁴²⁶.

Não há mais lugar à concepção absoluta da doutrina da separação de poderes, e sua interpretação inflexível se revela inadequada ao estado que assume a “missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar⁴²⁷”, e, nesse norte, a teoria da divisão do poder deve adaptar-se “às mutações pelas quais passou o Estado moderno desde a concepção liberal até o atual modelo de orientação social⁴²⁸”.

A proposição de perquirir sobre se a atividade criadora da jurisprudência interfere no princípio da separação de poderes já não mais denota preocupação inconciliável, seja porque a teoria da divisão deve ser adaptada à realidade constitucional⁴²⁹ de nosso tempo⁴³⁰, quer porque até atravessa um processo revisionista⁴³¹, entre outras formas de consideração, todavia não se compreende a volta ao formalismo⁴³².

⁴²⁵ PAULA, 2002, p. 72 et. seq.

⁴²⁶ SILVA, 2007, p. 109.

⁴²⁷ MORAES, 2001, p. 362.

⁴²⁸ CLÈVE, 1993a, p. 31.

⁴²⁹ HÄBERLE, 1997, p. 41: “1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;

2. Na posição que antecede a interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juízes (...), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de ‘participante do processo constitucional’ (...) relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (...) desenvolve força normatizadora (...). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização política.”

⁴³⁰ CLÈVE, 1993a, p. 42.

⁴³¹ PAULA, 2002, p. 76.

⁴³² Consoante, p. ex., notas 414 e 415.

A formação da coisa julgada se dá no recinto do processo⁴³³, mas não se traduz em fenômeno tão-somente processual, isso porque sua construção tem estreito vínculo com a atividade criativa da jurisprudência, dado que “a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional” e sua força e desenvolvimento ao longo do século XX correspondem “a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais⁴³⁴.”

Mauro Cappelletti acentua que “os juízes estão constrangidos a ser *criadores do direito*, ‘*law-makers*’”, isso porque são instados a “interpretar”, e, logo, a “esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito⁴³⁵”, porém tudo isso não está a significar sejam legisladores os juízes que atuam nessa atividade criativa, já que se revela inevitável da função jurisdicional.

“Sob pena de servir apenas ao Estado formal do Direito, sem servir como deve, ao Estado democrático, o juiz é — e deve ser — criador⁴³⁶”, está a revelar uma sentença que muito difere da concepção formalista, sobretudo porque “o Direito está de fato em contínua reelaboração, e as necessidades que fizeram surgir determinado regramento não são nunca rigorosamente iguais às experimentadas em um momento posterior⁴³⁷”.

Rui Portanova, a sua vez, também sustenta que a tarefa criativa do juiz não se equipara à função legislativa, uma vez que a criação do direito pela via hermenêutica está adstrita ao caso concreto, também porque ela é proposta pela parte interessada, e, mais, que, diversamente da criação efetuada em decorrência da função do legislador, a criação do direito pela jurisprudência não é geral, não obstante o seu caráter coletivo, haja vista o surgimento das ações coletivas, como a ação civil pública⁴³⁸.

⁴³³ Código de Processo Civil (CPC): Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia da sentença, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

⁴³⁴ CAPPELLETTI, 1993, p. 73.

⁴³⁵ Ibid., p. 74.

⁴³⁶ PORTANOVA, 2003, p. 131.

⁴³⁷ Ibid., p. 131.

⁴³⁸ PORTANOVA, 2003, p. 132.

Diante de tudo isso, a formação da coisa julgada deve ser construída, com a exaltação da cidadania e o respeito à pessoa humana, sem distanciamento das normas constitucionais e processuais, contudo o juiz, ao mesmo tempo, precisa ser capaz de, “pelas vias hermenêutica e jurisprudencial, abrir caminho” para a elaboração de um direito “mais justo e igualitário do que o atual”, isso porque “libertar o juiz da escravidão e do império da lei é remetê-lo para uma motivação totalizadora, é aproximá-lo da realidade, é afastá-lo do idealismo positivista normativista⁴³⁹”.

⁴³⁹ PORTANOVA, 2003, p. 132 et. seq.

5 A EFICÁCIA SOCIAL DA COISA JULGADA

5.1 EFICÁCIA JURÍDICA

A eficácia, em síntese precisa, é a propriedade de ter força ou efeitos⁴⁴⁰, e toda sentença é dotada de eficácia⁴⁴¹, e, quanto ao alcance, a sentença pode ser sobre o mérito, ou sobre processualidade, que não se pronuncia sobre o mérito⁴⁴².

No aspecto da eficácia jurídica, e uma vez que se decida sobre o mérito da causa, importa referir sobre a ocorrência da eficácia preclusiva da coisa julgada material, a qual se opera depois de vencido todo e qualquer prazo de

⁴⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Tomo V, 1997, p. 57: “Uma coisa é a eficácia *ex tunc* de sentença, outra a eficácia *ex tunc* da relação jurídica ‘declarada’. Ali, há um ir ao passado; aqui, não: ao juiz foi pedido exatamente pôr-se ao tempo do passado. Portanto, é erro falar-se de eficácia *retroativa* da sentença declarativa. As sentenças constitutivas é que podem *ir ao* passado; a sentença declarativa é proferida por juiz que se pôs, desde o início, no passado. A sentença constitutiva pode mesmo ter eficácia *para o futuro*, a contar do momento mediato (*dies a quo*).

Falando-se de eficácia de decisão, tem-se de cogitar de força e efeitos, porque a eficácia é a propriedade de ter força ou efeitos.”

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 57 et. seq.: “...É eficácia: a) certa imodificabilidade pelo prolator, que varia da modificabilidade, quando o juiz volte a ter de examinar o assunto, até à sentença, que de regra é imodificável (sentença apelável) e só excepcionalmente alterável por provocação (...embargos, arts. 530-538); b) força formal de coisas julgada; c) a força ou o efeito declaratório, ou força ou efeito material de coisa julgada; d) a força ou o efeito constitutivo, condenatório, mandamental, ou executivo, se o tem; e) os efeitos próximos ou laterais; f) os efeitos-reflexos, que são os da sentença como ato jurídico ou fato jurídico. Em sentido estrito, eficácia seria o ter os efeitos a) e b).

...Força sentencial é a eficácia preponderante (...). Eficácia imediata é a que resulta da sentença, sem ser necessário qualquer novo pedido do vencedor (...) Eficácia mediata ou é a que concerne a questão prévia ou prejudicial ou enseja novo pedido.

A sentença em que se ressalva é sentença com reserva, porém não condicional resolutive. Tem-se de evitar a assimilação. A sentença condicionada fez-se a si mesma a reserva da resolução. Porém, nem toda sentença de reserva é sentença sob condição resolutive. Seja como for, umas e outras são sentenças, sujeitas às mesmas impugnativas e com as suas respectivas eficácias (força e efeitos). A sentença de execução provisória (art. 588) é sentença com reserva, de condição resolutive — o que a distingue é que a causa da resolução é a alteração ou cancelamento da sentença de que o novo processo é efeito.”

⁴⁴² *Ibid.*, p. 59: “...Há sentença sobre o mérito quando se decide sobre a *res deducta*, sobre a relação jurídica que se controverte, sobre o objeto do pedido (...) Há sentença sobre o processual (...) quando só se decide quanto a algum ato jurídico processual, ou pontos de direito processual, sem se atingir a relação jurídica controvertida. Se se disse que o credor não tem direito, pretensão, ou ação, ou procede a exceção de prescrição, ou outra que encobre a pretensão ou ação de direito material, decidiu-se quanto ao mérito. Se se disse que foi inepta a petição, ou que faltou a legitimidade *ad processum*, ou que a citação faltou, ou foi nula, ou ineficaz, decide-se quanto a processo.”

impugnação da sentença⁴⁴³, e, independentemente do valor justiça dessa solução judicial — ainda que, a título de exemplo, contrária a fundamentos da Constituição, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana, ou em aberto contraste com a realidade —, nada se pode fazer em face dessa sentença⁴⁴⁴ — a não ser na

⁴⁴³ Aqui, a expressão sentença é tomada como sinônima de *ato judicial final de processo*.

⁴⁴⁴ MOREIRA, In: DIDIER JUNIOR, 2006, p. 205-207: "...Há situações jurídicas que, ao se formarem, pressupõem *desconformidade* com a situação anterior, e delas se diz que têm eficácia *constitutiva*. Outras há que, ao contrário, pressupõem *conformidade*, ao menos no essencial, com a situação anterior; a respectiva eficácia é meramente *declaratória*. Mas ainda há uma terceira categoria, em que a nova situação jurídica *independe da conformidade ou desconformidade* com a anterior; e aí se tem a eficácia *preclusiva*. Nas situações dotadas desse terceiro tipo de eficácia, abstrai-se por completo do que ficou para trás: nada importa que se haja ou não divergido da situação preexistente; faz-se tábua rasa dessa situação; todo e qualquer efeito que haja de ser produzido emanará *da nova situação*. Opera-se, por assim dizer, uma cisão entre o que passou e o que agora existe, de modo que já não é possível remontar à fonte senão na estrita medida em que o direito positivo, a título excepcional, o permita.

A prescrição é exemplo típico, no plano material, dessa espécie de situações. (...) Pode ser que o crédito existisse, pode ser que não; pode ser que a pretensão fosse fundada, pode ser que não. Acolhendo a arguição de prescrição, o juiz dará por encerrada sua atividade cognitiva: nada mais tem que investigar, e errará gravemente se acrescentar, na sentença, o que quer que seja a respeito da relação jurídica litigiosa. Outro exemplo é a usucapião: uma vez consumada, não interessa perquirir se o usucapiente já era proprietário, a título diverso, ou se só agora adquiriu a propriedade. O passado tornou-se irrelevante.

Pois bem: é nessa terceira classe de situações que se enquadra a coisa julgada material. Desde que ela se configure, já não há lugar — salvo expressa exceção legal — para indagação alguma acerca da situação anterior. Não porque a *res iudicata* tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (...), mas simplesmente porque ela torna juridicamente *irrelevante* (...) a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto.

Naturalmente se concebe que, em algum caso, a coisa julgada se desvie daquilo que existia, segundo o direito material. Os juízes não gozam da prerrogativa da infalibilidade: podem apreciar mal a prova, resolver erroneamente as *quaestiones iuris*; ou talvez o interessado não estivesse em condições de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, porque, digamos, fora destruído o documento decisivo. A sentença terá sido, porventura, injusta. De sua possível injustiça, todavia, só há cogitar se ainda é utilizável algum meio de tentar modificá-la. Formada a *res iudicata*, corre-se sobre a questão uma cortina opaca, que apenas dicção legal — a título excepcional (...) — pode consentir que se afaste.

A lei procura, não há dúvida, criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie. Com tal objetivo, ela enseja às partes amplas oportunidades de apresentar ao órgão julgador argumentos e provas; pode autorizá-lo (...) a buscar por iniciativa própria elementos necessários à formação de seu convencimento; abre aos interessados a possibilidade de impugnar, uma ou mais vezes, as decisões que lhes parecerem incorretas (...) Há, porém, um momento em que a preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize. Desse momento em diante, impede a lei que se prossiga na investigação; e, se foi julgado o mérito (...), proíbe que, em qualquer processo futuro, se ressucite o assunto. Algumas legislações, como a nossa, nem mesmo aí põem um ponto final: permitem ainda a impugnação da decisão, mas têm, o cuidado de limitá-la a determinados casos, havidos por muito graves e taxativamente previstos, e, em geral, trata, de fixar um prazo fatal da via impugnativa — consoante se dá, no direito brasileiro, com a ação rescisória (art. 495).

Fora de semelhantes lindes, simplesmente não tem propósito tentar repor em questão a justiça do julgamento. Ressalvadas as hipóteses legalmente contempladas, com coisa julgada material chegou-se a um *point of no return*. Cortaram-se as pontes, queimaram-se as naves; é impraticável o regresso. Não se vai ao extremo bíblico de ameaçar com a transformação em estátua de sal quem pretender olhar para trás; mas adverte-se que nada do que se puder avistar, nessa mirada retrospectiva, será eficazmente utilizável como aríete contra a muralha erguida. Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material; e, se ela não servir para isso, a rigor nenhuma serventia terá. Subordinar a

hipótese e no prazo da rescisória⁴⁴⁵, embora a injustiça da decisão não seja causa de pedir na ação rescisória⁴⁴⁶.

É mesmo muito difícil aceitar a coisa julgada material injusta, como aquela que emana de sentença, proferida em descompasso com a realidade⁴⁴⁷, mormente porque se está diante de ofensa, entre outros, aos fundamentos republicanos da cidadania e dignidade da pessoa humana, e, assim, à Constituição⁴⁴⁸, sendo que esse contexto de ato judicial injusto colabora na descrença da justiça e do judiciário e afeta a vida em sociedade e os seus valores⁴⁴⁹.

No olhar jurídico, estritamente, a coisa julgada é relevante à segurança da decisão judicial, tanto que a “coisa julgada decorre da necessidade de

prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do álveo do direito positivo, à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto do seu sentido essencial.”

⁴⁴⁵ Código de Processo Civil (CPC): Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I — se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II — proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III — resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV — ofender a coisa julgada;

V — violar literal disposição de lei;

VI — se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII — depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII — houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX — fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

(...)

Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

⁴⁴⁶ ARMELIN, In: DIDIER JUNIOR, 2006, p. 85: “Nessa conformidade não há como afastar a premissa de que o sistema processual aceita o risco da existência de sentenças materialmente injustas, desde que adimplidos todos os requisitos formais para a prestação da tutela jurisdicional reclamada e atendida. Também, em homenagem ao valor segurança jurídica, permite que sentenças tarjadas pelo seu descompasso com a realidade não apenas se revistam da imutabilidade inerente à coisa julgada material, como também restem imunes à atuação dos instrumentos processuais direcionados a romper, nos casos específicos, essa mesma imutabilidade.”

⁴⁴⁷ Conforme [nota 446](#), precedente.

⁴⁴⁸ CR, art. 1º, II e III.

⁴⁴⁹ ROBLES, 2005, p. 42: “Toda sociedade, todo grupo humano, necessita, para poder viver, acreditar em determinados valores, aqueles que defende como próprios do grupo, da sociedade. Quando tal crença não existe, o grupo, a sociedade, se dissolve. A divisão de ônus e de bens exige um acordo generalizado sobre os valores que dão sustentação ao grupo, e que, em última análise, constituem o fundamento do dividir, do compartilhar, do conviver. Uma sociedade sem valores é um espectro de si mesma.”

se estabilizar as relações sociais mediante decisões judiciais”, e, assim, a *res judicata* “é uma forma de manifestação do princípio da segurança jurídica⁴⁵⁰”.

Há relação de proximidade entre coisa julgada e segurança jurídica, além da consideração de que o instituto da coisa julgada age como “instrumento pacificador de interesses em conflito”, é dizer “como fator de inserção de *segurança jurídica* no sistema⁴⁵¹”, tanto que há expressiva doutrina a lecionar no sentido de que “Ainda quando a prestação jurisdicional não tenha chegado a um resultado justo, mesmo assim é importante que a pendência judicial assuma caráter definitivo e imutável, ou seja, que adquira a qualidade de coisa julgada⁴⁵²”.

Importa especificar a inflexível posição de Nelson Nery Jr., conforme a qual a eficácia jurídica da coisa julgada não indaga sobre o conteúdo da sentença, se justa ou injusta, se constitucional ou inconstitucional, se legal ou ilegal⁴⁵³, que a coisa julgada material precisa dos seguintes requisitos, a saber, a existência de processo, mesmo que inválido⁴⁵⁴, e a sentença de mérito, a qual não seja passível de impugnação mediante recurso ordinário, especial ou extraordinário, tão-pouco exposta ao reexame necessário, e uma vez vencido o prazo do ajuizamento da ação rescisória não é mais possível exercer qualquer tipo de controle sobre a sentença

⁴⁵⁰ NOJIRI, In: DIDIER JUNIOR, 2006, p. 316.

⁴⁵¹ Ibid., p. 313 et. seq.

⁴⁵² ZAVASCKI, 2001, p. 124.

⁴⁵³ NERY JUNIOR, In: DIDIER JUNIOR, 2006, p. 258 et. seq.: “A doutrina já discutiu à exaustão a questão da validade e eficácia da sentença de mérito transitada em julgado em face de seu conteúdo intrínseco, se justo ou injusto, se constitucional ou legal, se inconstitucional ou ilegal. Os constitucionalistas, processualistas e civilistas debateram a matéria e, depois de o questionamento evoluir durante mais de um século, a *conclusão* a que se chegou — e hoje se encontra praticamente extratificada na doutrina mundial, isto é, não mais suscetível de discussão — é a de que a coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da constitucionalidade, legalidade ou justiça do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença. Eventuais vícios de validade e de eficácia devem ser discutidos e recurso ou, posteriormente, em ação autônoma de impugnação (v.g. ação rescisória: CPC, 485; embargos do devedor: CPC 741).”

⁴⁵⁴ Ibid., p. 256: “...que o processo *exista*, isto é, que estejam presentes os pressupostos de constituição do processo (jurisdição, petição inicial, citação — CPC 267 IV) (...) O processo inválido, isto é, que contenha vícios porque não preenchidos os pressupostos de validade (juiz impedido, juízo absolutamente incompetente, petição inepta, citação nula, parte incapaz ou representante inexistente ou irregular etc.), não impede que a sentença de mérito nele proferida seja acobertada pela coisa julgada material. Neste último caso, a sentença de mérito faz coisa julgada, mas pode ser desconstituída por meio de ação rescisória, admissível com fundamento no CPC 485 II e V. (...)”

passada em julgado, mesmo se injusta, ilegal, ou contrariar a Constituição — é dizer, inconstitucional⁴⁵⁵.

Esse ritual formalista está longe da jusfundamentalidade constitucional, sendo certo que a segurança jurídica não se conquista por meio da sentença infeccionada de desvios que afrontem o justo. A sentença nunca pode ter mais força que as normas constitucionais, e, outrossim, válido evidenciar que, entre outros, não é capaz de configurar trânsito em julgado a sentença que incorporar a imoralidade, a transformação da realidade das coisas e o ataque à Constituição, dado que são fatores que viciam a vontade da jurisdição de modo absoluto⁴⁵⁶.

A sentença de conteúdo inconstitucional não é adequada à segurança jurídica, isso porque “A segurança jurídica pressupõe decisão conforme a constitucionalidade, encontrando no princípio da moralidade o pilar básico de sua sustentação⁴⁵⁷”, disso resulta, pois, que a coisa julgada deve ser compatível com a Constituição.

A eficácia jurídica da sentença também se refere à possibilidade de produção de efeitos⁴⁵⁸, assim a eficácia toma o sentido da possível produção efetiva de efeitos pretendidos pela sentença, a qual deve estar expurgada de nulidade,

⁴⁵⁵ NERY JUNIOR, In: DIDIER JUNIOR, 2006, p. 259: “Os atos jurisdicionais do Poder Judiciário ficam sujeitos ao controle de sua constitucionalidade, como todos os atos de todos os poderes. Para tanto, o *due process of law* desse controle tem de ser observado. Há três formas para se fazer esse controle interno, jurisdicional, da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário: a) por recurso ordinário; b) por recurso extraordinário; c) por ações autônomas de impugnação. (...) Passado o prazo de dois anos que a lei estipula (CPC 495) para se exercer o direito de rescisão de decisão de mérito transitada em julgado (CPC 485), não é mais possível fazer o controle judicial da constitucionalidade de sentença transitada em julgado. No século XXI não mais se justifica prestigiar e dar aplicação a institutos como os da *querela nullitatis insanabilis* e da *praescriptio immemorabilis*. Não se permite a reabertura, a qualquer tempo, da discussão de lide acobertada por sentença transitada em julgado, ainda que sob o pretexto de que a sentença seria inconstitucional. O controle da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário existe, mas deve ser feito de acordo com o devido processo legal.

À sentença transitada em julgado que eventualmente padeça do vício da inconstitucionalidade não pode ser dado o mesmo tratamento da lei ou ato normativo inconstitucional. Este último é norma de caráter geral, editado de forma *objetiva* e no interesse geral. A sentença é *lei* (norma) de caráter privado, editada de forma *subjativa* e no interesse particular. Para a lei *stricto sensu* concorre a vontade do parlamento e do chefe do Poder Executivo para sancioná-la ou exercer o seu poder de veto; na sentença é examinada a situação peculiar e particular das partes, depois das discussões e do exame de todos os argumentos que puderem e que poderiam ter sido utilizados no processo, de modo que se consubstancia em norma particular especialíssima. Seu controle de constitucionalidade, por isso, não pode ser ilimitado no conteúdo e no tempo.”

⁴⁵⁶ DELGADO, In: NASCIMENTO, 2004, p. 45.

⁴⁵⁷ NASCIMENTO, 2005, p. 123.

⁴⁵⁸ SILVA, 1982, p. 55 et. seq.

dado que “A nulidade é um estado de irregularidade que leva (ou tende a levar) à ineficácia” e, logo, “A ineficácia é (...) uma consequência da decretação da nulidade, que é, direta ou indiretamente, uma infração à lei⁴⁵⁹”, mormente à lei constitucional.

Conquanto isso, válido referir que a questão da compreensão de eficácia possui razoável incerteza, “que não é particular da teoria do direito constitucional, mas da ciência jurídica em geral⁴⁶⁰”, porém, a despeito disso, é legítimo considerar que a nulidade se refere à validade e a eficácia relaciona-se, de uma forma ou de outra, com o problema da produção de efeitos⁴⁶¹.

Uma outra abordagem merece ser sublinhada, qual seja o paralelo entre validade e eficácia, dado que de modo eventual, mas precariamente, o ato inválido pode produzir efeito, e, portanto, o ato inválido pode ser eficaz, contudo se trata de eficácia vulnerável e passível de ser extinta a partir dos meios de impugnação à respectiva nulidade⁴⁶², sobretudo porque “O grau máximo de eficácia é o reservado aos atos válidos”, sendo certo que o ato válido tem “aptidão de produzir em caráter durável e irremovível os efeitos típicos do ato⁴⁶³”.

Essa exposição serve para ilustrar que notável doutrina processual leciona que a sentença de mérito inválida é passível de formar coisa julgada, e, depois de vencido o prazo da rescisória, a coisa julgada assume, também, a função de *sanatoria* geral dos vícios da sentença, mesmo que se trate de sentença absolutamente nula⁴⁶⁴.

Essa concepção de coisa julgada, como remédio para todos os males e vícios da sentença, não prevalece em caso de sentença que contrarie

⁴⁵⁹ ALVIM PINTO, 1987, p. 63.

⁴⁶⁰ SILVA, 1982, p. 53.

⁴⁶¹ ALVIM PINTO, 1987, p. 61.

⁴⁶² TALAMINI, 2005, p. 292.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 292.

⁴⁶⁴ LIEBMAN, 1985, p. 266: “...Decorre também que a declaração da nulidade incumbe sempre e unicamente ao juiz do recurso; e que a falta de interposição deste, permitindo que passe em julgado a sentença, torna irrelevante a eventual nulidade do provimento. Costuma-se resumir essas regras, dizendo que os motivos de nulidade da sentença se convertem em motivos de recurso, no qual ficam absorvidos (...)

A essa disciplina estão sujeitos todos os motivos de nulidade, inclusive os insanáveis (...), de modo que, com o trânsito em julgado, também estes se tornam inoperantes, carentes de consequências; e esse resultado, se não é uma convalidação, tem porém todos os efeitos práticos desta, porque a preclusão do recurso e a eficácia da sentença, que se tornou inatacável, prevalecem sobre a invalidade e lhe cancelam toda a relevância jurídica.”

normas constitucionais, isso porque nesse caso de coisa julgada inconstitucional é cabível ação para o rompimento (desfazimento) da coisa julgada, mesmo que ultrapassado o prazo da rescisória⁴⁶⁵, sem prejuízo da compreensão de que não se compõe coisa julgada em afronta à Constituição, bem à semelhança do que ocorre com a situação circunstancial de ausência de elemento essencial ao exercício da jurisdição, e que por isso implica na inexistência jurídica da sentença⁴⁶⁶.

Coisa julgada e trânsito em julgado não se confundem. Importa acentuar que não há coisa julgada sem o precedente trânsito em julgado, mas nem sempre o trânsito em julgado implica na admissão da coisa julgada material, dado que pode se referir, apenas, à coisa julgada formal, relativamente à sentença que não analisa o mérito da causa. Ainda assim, não há identidade entre os conceitos, haja vista que o trânsito em julgado se refere ao aspecto cronológico de exaustão dos meios recursais de revisão da sentença, ao passo que a coisa julgada diz respeito à autoridade que se estabelece, impeditiva de reabertura de prazo no processo⁴⁶⁷.

A propósito da coisa julgada, convém destacar que “Coube a Liebman a precisa distinção entre coisa julgada e efeitos da sentença”, a saber: “coisa julgada é uma qualidade (‘autoridade’) dos efeitos da sentença – e não um de seus efeitos”. É, assim, “o modo como se manifestam os efeitos da sentença (...) (declaratórios, constitutivos...)”, de modo que a coisa julgada, “em face dos efeitos da sentença, é um elemento novo, um *plus*, que vai além daquilo que os efeitos, em

⁴⁶⁵ TALAMINI, 2005, p. 648: “A ação para a quebra atípica da ‘coisa julgada inconstitucional’, utilizável apenas quando incabível a via rescisória típica, deve ser configurada como um mecanismo *equivalente* à ação rescisória — vale dizer, uma ação rescisória extraordinária. Deve submeter-se ao mesmo regime de competência e, em regra, o objeto do processo também será equiparável ao processo rescisório (desfazimento total ou parcial do julgado anterior e nova solução). As diferenças põem-se: no prazo, necessariamente flexibilizado; nos pressupostos de ‘rescisão’ (na rescisória, a simples configuração de uma das hipóteses rescisórias; na quebra atípica, o necessário juízo de ponderação de valores); e na possibilidade de quebra parcial (em um sentido diferente daquele em que é possível uma ‘rescisão’ parcial: p. ex., apenas a eliminação da função positiva da coisa julgada; ou ainda, a neutralização de conseqüências da sentença, mediante ressarcimento ou compensação).”

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 361: “Uma razoável síntese dos elementos de existência da sentença está contida em julgado da Corte de Cassação italiana com o seguinte teor: o essencial é que existam um juiz, as partes e uma decisão e que entre esses três entes exista aquele particular liame representado pelo processo, pelo qual se possa dizer que o primeiro é juiz daquela causa, que os outros dois são partes naquela causa e que a sentença foi emitida pelo primeiro, naquela causa, em face daquelas partes; se uma única dessas proposições não for verdadeira, não existe processo e não existe sentença.”

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 32.

si, já propiciariam”, no sentido de que “A coisa julgada *qualifica* todos os efeitos da sentença⁴⁶⁸”.

Conquanto tudo isso, essa importante teoria para a compreensão da coisa julgada recebe, no Brasil, a contribuição de estudiosos do processo civil e da coisa julgada, seja para considerar que a imutabilidade se encontra no conteúdo do comando da sentença, quer para ponderar que a imutabilidade se refere ao elemento declaratório contido na sentença, ao passo que Liebman, em sentido diverso, leciona que a imutabilidade se acha nos efeitos da sentença⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ TALAMINI, 2005, p. 33 et 35.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 35-38: “Mas a teoria de Liebman foi, entre nós, alvo de percuciente crítica por parte de Barbosa Moreira. Segundo o ilustre processualista carioca, a coisa julgada não consiste propriamente na imutabilidade dos efeitos da sentença, mas na imutabilidade do *conteúdo* do comando da sentença. Os efeitos da sentença eventualmente se modificarão ou extinguirão — quer porque isso deriva da sua normal atuação (p. ex., efeito condenatório), quer porque, desde que o objeto seja direito disponível, as partes podem posteriormente ajustar solução diversa (p. ex., as partes separadas judicialmente em processo litigioso retomam o vínculo conjugal; remissão da dívida objeto da condenação). Será impossível, isso sim, a obtenção de outro comando, junto a qualquer juiz, para aquele mesmo objeto de processo antes decidido pela sentença revestida de coisa julgada.

Rigorosamente, a crítica de Barbosa Moreira é antes um reparo à fórmula sintética de Liebman (‘coisa julgada é qualidade dos efeitos’) do que uma oposição ao conteúdo da teoria liebmaniana como um todo. Do exame geral da exposição feita por Liebman, fica claro que sua preocupação maior estava em diferenciar efeitos e coisa julgada. (...)

Em certo sentido, a constatação feita por Barbosa Moreira já havia sido oposta a Liebman por críticos seus na década de 1930, os quais, todavia, chegaram a conclusões menos adequadas do que as do processualista fluminense. Na época, Liebman respondeu-lhes afirmando que a modificação da relação jurídica objeto do julgado não implicaria alteração dos efeitos da sentença (...) Mas, nesse ponto, Liebman confundiu a eficácia (i.e., a aptidão, a potência, de produzir efeitos) da sentença, cuja base está contida na sentença, com os próprios efeitos. Os *efeitos* consistem na concreta repercussão do *decisum* sobre a situação objeto de julgamento. Desse modo, se essa situação, depois de sofrer (ou de estar apta a sofrer) a repercussão da sentença, pode ainda assim ser modificada pelas partes, isso significará que os próprios *efeitos* estarão sendo modificados, extintos ou impedidos de operar. Então, não serão os efeitos que permanecerão incólumes, como pretendia Liebman, mas sim e apenas o conteúdo do *decisum* anterior: não será possível a emissão de novo comando jurisdicional a respeito daquele objeto (a mesma causa de pedir e pedido) já decidido. (...) ...em um dos últimos ensaios que Liebman publicou sobre o tema, em 1979, a formulação por ele proposta aproximou-se significativamente da de Barbosa Moreira: em face da coisa julgada, o que não se permite às partes ‘é pretender um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida.’

(...)

Para Ovídio B. da Silva, Liebman acertou ao afirmar que a coisa julgada não é um efeito da sentença. Por outro lado, o processualista gaúcho concorda com Barbosa Moreira na constatação de que a coisa julgada não é uma qualidade que torna imutáveis todos os efeitos da sentença. Porém, discorda da idéia de que a coisa julgada consista na imutabilidade do conteúdo do comando jurisdicional. Segundo Ovídio Baptista da Silva, a coisa julgada seria a qualidade de imutabilidade que recai apenas sobre a *declaração* contida na sentença. Aquilo que Barbosa Moreira denominou de ‘conteúdo’ da sentença, que se torna imutável, seria, a rigor, o seu *elemento declaratório*. Para Ovídio, quando, por exemplo, a dívida é paga ou perdoada, ocorre a extinção do efeito condenatório, mas permanecerá incólume o efeito declaratório, certificativo. Idêntico fenômeno dar-se-ia em relação aos demais efeitos da sentença (constitutivos, mandamentais, executivos...). Todos poderiam ser objeto de renúncia, perdão ou transação — exceto o efeito declaratório.”

A eficácia jurídica também se traduz na prestação jurisdicional prometida pelo estado-juiz, objeto da relação jurídica processual, mas em regra não investiga sobre a sua conformação com a sociedade, nem se preocupa sobre a coisa julgada justa, constitucional ou legal, tudo porque a análise puramente jurídica se esquece de que toda sentença contém um juízo acerca da normatividade e sua adequação aos fatos, e nisso pode englobar uma considerável diretriz sócio-jurídica⁴⁷⁰.

A coisa julgada se forma no âmbito do processo e daí irradia sua eficácia jurídica, mas a importância do escopo jurídico processual deve ser lida em simetria com os valores fundamentais da sociedade, e ceder passo a considerações de ordem social, política e econômica⁴⁷¹, isso porque não existe apenas a relação entre direito e processo, mormente quando se está a almejar a eficácia social da decisão judicial — “...à busca incontida de justiça convencionou-se chamar de *efetividade do processo*”⁴⁷².

5.2 EFICÁCIA SOCIAL

A eficácia social da coisa julgada deve preocupar-se com a sentença justa, a jusfundamentalidade da cidadania e dignidade da pessoa humana, princípios estruturais da República brasileira, e sublinhar, entre outras abordagens, a máxima eficácia das normas constitucionais⁴⁷³.

A percepção de norma constitucional, no sentido de lhe reconhecer eficácia jurídica, revela-se meritória, mas é necessário caminhar avante, mormente

⁴⁷⁰ TALAMINI, 2005, p. 296: “...a sentença não é apenas uma dicção prescritiva que, para ser válida, deve guardar consonância com o modelo descrito abstratamente na norma jurídica. Além disso, a própria sentença (como qualquer ato decisório) contém um *juízo* acerca da subsunção de outros fatos a normas. A dicção prescritiva, o comando, veiculado na sentença funda-se em tal juízo. Daí que a sentença, em concreto, pode guardar consonância com os elementos e requisitos previstos na lei para a configuração de uma sentença válida e, no entanto, conter um juízo incorreto (seja por reputar havidos fatos inexistentes, ou vice-versa; seja por aplicar erroneamente normas aos fatos apurados). Vale dizer, a sentença pode ser perfeita como ato processual, mas *incorreta* ou *injusta* no julgamento que veicula.”

⁴⁷¹ PORTANOVA, 2003, p. 110.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 114.

⁴⁷³ PIMENTEL JUNIOR, 2004, p. 58.

para o sentimento da eficácia social, é dizer “ao cumprimento efetivo do Direito por uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu comando normativo⁴⁷⁴”, circunstância que bem se amolda à decisão judicial capaz de formar a coisa julgada — imunização de conteúdo do comando declaratório — e sua recepção (acolhimento) junto à sociedade, à semelhança do que se dá com a norma jurídica, isso porque a coisa julgada pode produzir efeitos restritos, a teor do art. 468, CPC⁴⁷⁵, ou expansivamente, como na ação civil pública⁴⁷⁶, na jurisdição especial, como o art. 105, III, “a”, “b” e “c”, CR⁴⁷⁷, e na jurisdição constitucional (p. ex., CR, art. 102, §§ 2º e 3º, e art. 103-A⁴⁷⁸), e, portanto, interferir na respectiva realidade social.

A eficácia social da coisa julgada não se ocupa da questão jurídico-formal da sentença, é dizer da tão-somente positividade da decisão, tampouco se refere à vigência do direito, nem se confunde com a eficácia jurídica, no sentido da possibilidade da produção de efeitos típicos, tudo isso porque a eficácia social

⁴⁷⁴ BARROSO, 2003, p. 84.

⁴⁷⁵ Código de Processo Civil (CPC): Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

⁴⁷⁶ Lei n. 7.347/1985: Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

⁴⁷⁷ Constituição da República (CR): Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III — julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁴⁷⁸ Constituição da República (CR): Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...):

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

“designa uma efetiva conduta acorde com a prevista na norma⁴⁷⁹”, e, então, em adequada simetria, a eficácia social da coisa julgada assinala uma efetiva conduta de acordo com a previsão da sentença, ao fato segundo o qual a sentença é mesmo obedecida no respectivo ambiente social.

A construção desse dirigismo constitucional⁴⁸⁰ que dimana para a jurisdição e atua por intermédio da efetividade da coisa julgada, a qual se deve harmonizar em sintonia com a ampliação da legitimação ativa processual e a democratização do acesso à justiça, encontra ressonância na hermenêutica constitucional que possa sentir os intérpretes do interior da sociedade, sobretudo porque o processo de interpretação formal “não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional” e nesse panorama o constitucionalista desempenha o papel de mediador, e disso resulta que “A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional⁴⁸¹”.

⁴⁷⁹ SILVA, 1982, p. 55: “...A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a previsão da norma; refere-se ao fato de que a norma é obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao ‘fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos’.”

⁴⁸⁰ CANOTILHO, 2001, p. 479, 483 et 488, *passim*: “4.4 — A vinculação constitucional concebe-se de acordo com a *teoria das determinantes*, materialmente entendida, como uma *vinculação através da fundamentação*, ou seja, como exigência de *conformidade material* com a constituição dos actos dos poderes públicos.”

“6.13 — A insuficiência de instrumentos do Estado de Direito para dar operacionalidade prática às omissões legislativas indicia que a concretização do bloco constitucional dirigente necessita, progressivamente, da afinação de garantias democráticas dos cidadãos, como por exemplo de acções populares, do direito de iniciativa legislativa popular e de outros institutos de participação e de democracia direta.”

“11.4 — A constituição dirigente, ao aspirar à *mudança social através do direito*, não pode assentar num *optimismo voluntarista*, idealisticamente associológico e acientífico.”

⁴⁸¹ HÄBERLE, 1997, p. 42 et. seq.: “...Os participantes do processo de interpretação em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (...) O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consciência (...), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são os participantes fundamentais no processo de ‘*trial and error*’, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (...), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. (...)

A coisa julgada contém valor normativo constitucional⁴⁸² e sua eficácia social guarda semelhança com a eficácia social da norma jurídica, isso porque ambas têm interferência na realidade social, eis que, válido repisar, para a sociologia do direito, “o direito é antes de tudo um fenômeno social⁴⁸³”. A sentença também deve estar atenta e compromissada com valores sociais de seu tempo, dado que “Julgar deve ser o cotejamento do fato posto em juízo com a realidade social, já que o Direito (em geral) e a sentença (em particular) devem estar integrados à vida de relação e às outras ciências⁴⁸⁴”.

Já é possível, pois, dar mais um passo à frente, nessa conjuntura, para expor um aspecto relevante da eficácia social, qual seja a relação semântica da norma e da coisa julgada com a realidade social de que se trata e com os valores positivos, e, nessa abordagem, a eficácia social da coisa julgada — que se assemelha, aqui, à eficácia social da norma jurídica constitucional — possui estreita vinculação com a decisão judicial socialmente aceita e observada, ao reconhecimento da sentença pela comunidade, no plano social, e aos efeitos sociais que ela provoca a partir do seu cumprimento, pelos entes públicos — a eficácia, assim, decorre do fato da coisa julgada ser obedecida no meio social a que se remete⁴⁸⁵.

⁴⁸² SILVA, 2007, p. 436: “...A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim já estaria contemplada na proteção deste, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica.

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. (...) A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. (...)”

⁴⁸³ LÉVY-BRUHL, 2000, p. 20.

⁴⁸⁴ PORTANOVA, 2003, p. 122.

⁴⁸⁵ DINIZ, 1989, p. 56 et. seq.: “Sob o prisma semântico, a norma constitucional eficaz seria a cumprida e aplicada concretamente, por haver uma relação de adequação entre ela e o que sucede na realidade social e nos valores positivos. O sentido semântico liga, diretamente, a eficácia à *obediência* de fato (...) A adequação semântica conduz à verificação sociológica das razões pelas quais a norma constitucional é cumprida, uma vez que só importa o fato de sua obediência regular.

Logo, será eficaz, semanticamente, a norma constitucional que tiver condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade social e aos valores positivos, sendo por isso obedecida. A incidência da norma constitucional sobre a realidade fático-social e os valores objetivos, ou positivos, está relacionada com sua aplicabilidade, isto é, com sua aptidão para reger determinadas situações previstas no discurso normativo, tão logo elas ocorram.

Pela eficácia sociológica ou social considerar-se-á eficaz a norma que encontrar na realidade social e nos valores positivos as condições de sua *obediência*, ou seja, a que tiver preceitos observados pelos destinatários. A norma eficaz é a que for, realmente, seguida e aplicada; por seu intermédio configura-se um fenômeno real de poder, que exige e comanda efetivamente sua obediência. A eficácia (...) decorreria (...) do fato de ser a norma verdadeiramente observada ou obedecida no meio social a que se destina.”

Nessa intelecção de coisa julgada e sua conformidade sociológica deve ser a compreensão do dirigismo constitucional⁴⁸⁶, cuja concretude vai além da vinculação do legislador, haja vista que o mesmo dirigismo constitucional pode ser impulsionado pela decisão judicial — aliás, uma abordagem que se deseja destacar, ao longo e no conjunto deste trabalho —, dado que a justiça também é valor supremo da sociedade que resulta da instituição do estado democrático, referida na porção preambular da Constituição de 1988, ao lado de outros importantes valores, como o princípio da igualdade⁴⁸⁷, o qual é acolhido no aspecto formal e sob a ótica material⁴⁸⁸, ademais de se constituir em componente indispensável da sentença, eis que a igualdade real da mesma forma se “presta para uso como regra de interpretação⁴⁸⁹”.

A eficácia social guarda correlação da norma constitucional “ao querer coletivo, ou dos comportamentos sociais ao seu conteúdo” e o seu requisito essencial é a “efetividade da aplicação jurídica”, haja vista que se verifica na hipótese da norma, “com potencialidade para regular certas relações⁴⁹⁰”, restar aplicada ao caso concreto, e esse caso concreto representa o chamado conflito de interesse, submetido ao crivo da jurisdição, o qual pede uma decisão judicial — é dizer, a sentença, a coisa julgada, enfim —, cuja fundamentação tende a funcionar

⁴⁸⁶ Conforme notas 11 e 480.

⁴⁸⁷ BARBOSA, 2003, p. 26: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualdade aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (...)”
 Importa registrar, conforme Adriano da Gama Cury, anotador da obra em referência: a *Oração aos Moços* é o texto do “famoso discurso que Rui, por motivo de saúde, não pôde proferir em pessoa, em 1921, perante a turma de 1920, da Faculdade de Direito de São Paulo”. (Ob. cit., p. 7.)

⁴⁸⁸ NICZ, In: VILLATORE; HASSON, 2007, p. 19: “...Entretanto, visando alcançar o Estado Democrático de Direito consignado no caput do art. 1º da Constituição Federal e, também mencionado no seu Preâmbulo, acolhe, evidentemente, a concepção de tal princípio, tanto sob a ótica formal quanto material.

“A instituição de um Estado Democrático, nos termos da intenção manifestada pelo constituinte na parte preambular da Constituição, aponta o caminho pretendido de ‘assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais’ e, dentre outros, ‘a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos’.

É dentro do contexto do nosso sistema constitucional que se deve analisar tal princípio, de modo a perseguir o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos no art. 3º da Constituição.”

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁹⁰ DINIZ, 1989, p. 57.

“como paradigma moral das condutas das pessoas que compõem a sociedade⁴⁹¹”. Já se percebe, outra vez, que a eficácia social da norma jurídica tem estreita ligação com a eficácia sócio-jurídica da coisa julgada.

Válido sinalar, ainda que em breve ilustração, que o modo de dizer o direito pode refletir uma posição assumida pela interpretação e compreensão da norma jurídica, e que em torno dessa questão se concentra uma importante situação, qual seja “a *luta das teorias da interpretação jurídica* — designadas abreviadamente por teoria subjectivista e teoria objectivista⁴⁹²”.

Com efeito, no passado, “a teoria subjectivista foi (...) mais freqüentemente defendida que a outra”, segundo a qual, em síntese, “o intérprete deve ‘integrar-se o mais possível no espírito do legislador’”, e daí se busca a “vontade do legislador”, ao passo que, diversamente, diz a teoria objectivista, conforme a qual “Com o acto legislativo (...), a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objectiva”, é dizer que “A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado (...), mas são algo de vivo e mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação⁴⁹³”.

Embora a característica predominante da posição objectivista, parece mesmo uma simplificação do assunto “afirmar sem mais que, para todo o sistema constitucional parlamentar e democrático, o método objectivista de interpretação é o único possível”, dado que isso exprime desprezar demais “o significado voluntarista, político-decisório que a legislação *também* tem na democracia”. Diante disso, não existe resolução absoluta, considerando que se está a aguardar “uma solução definitiva e que, como todos os verdadeiros problemas fundamentais, nunca poderá ser definitivamente resolvido⁴⁹⁴”.

Para se alcançar a decisão justa e a efetividade da coisa julgada, o processo hermenêutico não deve ser fechado, mas funcionar como um “sistema aberto”, isso porque é a partir do “cotejo da singularidade da situação *sub judice* (...)”

⁴⁹¹ CORDEIRO, 2007, p. 64: “As decisões judiciais solucionam conflito de interesses na sociedade como função do Estado para cumprir seus objetivos, e para tanto a fundamentação funciona como elemento justificador e legitimador dessa função estatal, mas também como paradigma moral das condutas das pessoas que compõem a sociedade.”

⁴⁹² ENGLISH, 1988, p. 170.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 171-173, *passim*.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 181 et. seq.

que pode o juiz, antecipando e valorizando os efeitos sociais de sua decisão, retirar a convicção da razoabilidade da escolha metodológica realizada⁴⁹⁵.

Afigura-se mesmo fundamental o efeito sócio-jurídico da coisa julgada, por isso o juiz deve estar “em sintonia com a nova conformação social e preparado para responder, com eficiência e criatividade, às expectativas da sociedade moderna, tendo em consideração as promessas do direito emergente”, com a sensibilidade humanista, não sendo bastante o tecnicismo jurídico, isso porque a formação jurídica há de ser agregada pela “filosofia, pela ciência política e pela sociologia, perpassando pela psicologia e pela economia⁴⁹⁶”.

A compreensão social da sentença pode destacar que “O papel criador do juiz não é um efeito das condições particulares e mais ou menos conjunturais dessa ou daquela ordem jurídica”, porém mais do que isso, haja vista que a precitada atividade criadora “é, em realidade, a expressão própria da função jurisdicional⁴⁹⁷”, sem dúvida uma perspectiva contemporânea que bem se amolda às esperanças de eficácia sócio-jurídica de cidadania e dignidade da pessoa humana, fundamentos da República, e normas fundamentais da constituição do estado brasileiro democrático de direito⁴⁹⁸.

Para que se possa inferir a eficácia social da coisa julgada como uma função própria da jurisdição, é preciso “que os operadores jurídicos (notadamente o juiz) sejam capazes de perceber e obviar as insuficiências do direito positivo”, considerar “o direito criticamente, aferindo seus efeitos na realidade social, tendo em vista os interesses em presença, para sopesar-lhes o significado individual e social”, e de percorrer “o inverso do caminho a que conduz o formalismo jurídico que abstrai ‘o sistema jurídico de qualquer conteúdo histórico, sociológico ou

⁴⁹⁵ AZEVEDO, 1998, p. 133. Importa referir, mais, o seguinte excerto: “...O importante é que o processo hermenêutico funcione como sistema aberto, em que nem a vontade do legislador possa coarctá-la nem o sentido objetivamente extraído do texto legal possa abstrair aquela. (...)

É na ultrapassagem da abstração das normas jurídicas em direção à concretitude dos fatos que se desdobra o processo hermenêutico, conducente à determinação do sentido e alcance das normas, e à conseqüente aplicação do direito. É neste labor, em que se mostra toda a riqueza e variedade da vida, e que por isto mesmo não pode ser reduzido ao automatismo de uma operação lógico-dedutiva dominada pelo formalismo conceitual, que se faz necessário o engenho do juiz, servido por sua formação tanto jurídica quanto geral. Interpreta ele normas e fatos, aquelas em função da ocorrência destes, buscando encontrar as soluções aos casos que lhe são submetidos.”

⁴⁹⁶ ATAIDE JUNIOR, 2006, p. 67 et 70, *passim*.

⁴⁹⁷ AKEL, 1995, p. 120.

⁴⁹⁸ CR, art. 1º, II e III.

ideológico”, isso porque com o formalismo, “cuja cientificidade é sempre proclamada, acha-se o ideal do juiz absolutamente conforme a ideologia dominante, incapaz de alterá-la, ainda que de forma tênue⁴⁹⁹.”

A eficácia social da coisa julgada, portanto, depende de uma concepção criativa do juiz, se necessário, é dizer se a norma jurídica, no caso concreto, conduz a uma decisão injusta e socialmente inaceitável, porquanto “O juiz deve ser a expressão da democracia⁵⁰⁰”, sendo certo que, ademais, “A função jurisdicional não consiste em dizer abstratamente o direito”, já porque a jurisdição “aparece como um ‘poder social’ (...) igual aos outros poderes organizados, porque depositário de uma parte de autoridade instituída pelo ordenamento jurídico⁵⁰¹”.

Denota-se que a função jurisdicional deve estar em sintonia com a esperança de concretização do aspecto prospectivo quanto aos direitos fundamentais e sociais, postos na Constituição, em sentido bem diverso do tradicional formalismo retrospectivo de outrora⁵⁰², e, nesse contexto, evidentemente, encontra-se inserida a eficácia social da atuação judicial.

⁴⁹⁹ AZEVEDO, 1999, p. 31 et. seq.

⁵⁰⁰ PORTANOVA, 2003, p. 123.

⁵⁰¹ AKEL, 1995, p. 120 et. seq.: “Duas proposições fundamentais nos ajudam a dar conta da verdadeira natureza dessa função. A primeira é a de que *o papel do juiz não é simplesmente aplicar o direito existente mas, de um modo mais abrangente, o regramento dos conflitos e dos litígios entre sujeitos de direito*. A segunda é a de que, se essa é a sua função, *o juiz é necessariamente e naturalmente um órgão criador do direito*.”

A função jurisdicional não se limita à execução da vontade do Poder Legislativo. Na realidade, ela é muito mais extensa. Ela consiste em normar, sobre a base do direito e segundo um procedimento especial, que a legitima, os litígios que podem surgir entre os sujeitos de direito.

A esse respeito, pondera Hebraud que a referência à lei não é o alvo do ato jurisdicional, mas o meio de apaziguar os conflitos. Assim, ela é coisa diversa de uma seca e automática aplicação da lei.

A função jurisdicional não consiste em dizer abstratamente o direito; ela tem por objeto dar uma solução justa a um problema humano. O litígio que conhecemos não se resume apenas a um conflito entre duas posições diante das normas legais. O juiz não é apenas um técnico da aplicação da norma positivada.

Nessa perspectiva, o juiz aparece como um ‘poder social’ encarregado do exercício de uma função autônoma, independente e irredutível às outras funções do Estado; um poder social igual aos outros poderes organizados, porque depositário de uma parte de autoridade instituída pelo ordenamento jurídico.”

⁵⁰² KRELL, 2002, p. 93 et. seq.: “...vislumbramos que a Carta de 1988 inovou profundamente a função a ser cumprida por parte do Terceiro Poder dentro de um Estado Social, onde os parlamentos e governos de todos os três níveis federativos, em geral, não fazem o suficiente para criar as condições materiais adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais e os princípios da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza (artigos 1º, III, e 3º, III, CF).

(...)

Para Tércio Ferraz Jr., ‘o sentido promocional prospectivo’ dos direitos sociais ‘altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz

A eficácia social da decisão judicial se insere em contexto amplo e afirmativo da novel função jurisdicional, concebida pela Constituição de 1988, e, nessa abordagem, tendo em conta “que certos direitos sociais são condições da democracia, então o Judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa⁵⁰³”.

5.3 LEGITIMAÇÃO DA COISA JULGADA

A legitimação da coisa julgada está em relação direta com a constante social e o objeto de decisão, e, também, com sua adequação constitucional, especialmente com a promoção de cidadania e o respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana. A legitimação da coisa julgada também se acha comprometida com o dirigismo constitucional⁵⁰⁴, sem prejuízo da

politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (...) Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça’.

...a referida ‘desneutralização’ do Terceiro Poder significa que ‘o juiz é chamado a exercer uma função sócio-terapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). (...) A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social’.”

⁵⁰³ SOUZA NETO, In: BARROSO, 2006, p. 324. Na seqüência, adiciona: “...Note-se bem: se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um minus em relação ao controle de constitucionalidade.”

⁵⁰⁴ DERBLI, 2007, p. 46-48: “Em sua célebre obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de 1982, Canotilho retoma, em parte, a concepção de Lerche de dirigismo constitucional para assinalar a força normativa da Constituição. Para o mestre de Coimbra, caracteriza-se a Constituição dirigente através da presença de um conteúdo programático-constitucional, que, para além das Constituições-garantia típicas do Estado liberal, estabelece não apenas a distribuição de competências entre os órgãos do Estado e a proteção dos direitos de liberdade, mas também atribui ao Estado a realização de fins e a consecução de tarefas. Não bastaria ao Estado, portanto, erguer-

revisão parcial, *a posteriori*, proposta pelo seu idealizador, Gomes Canotilho, da Universidade de Coimbra⁵⁰⁵, porém essa doutrina do dirigismo constitucional permanece viva entre nós⁵⁰⁶, haja vista a responsabilidade do estado no cumprimento das normas constitucionais, mormente a posição do judiciário⁵⁰⁷.

se como ordem de uma organização e de um processo — espera-se do Estado Democrático de Direito que se legitime como um Estado de justiça social.

(...)

...enxerga o insigne constitucionalista luso que, se a Constituição se propõe, dentro de uma perspectiva pós-positivista, a promover, em alguma medida, a transformação da realidade, deve voltar-se para o que a sociedade, num determinado contexto histórico, decidiu acerca daquilo que é justo — reconhecerá, pois, o que está realizado e o que existe a realizar.

...apenas a existência de normas constitucionais que definam as tarefas e as finalidades do Estado, com vistas à promoção da justiça social, atenderá às exigências de compreensão normativo-material de legitimidade. (...) Encarrega-se a Constituição dirigente, portanto, de conformar a sociedade e, em especial, a política. (...) A Constituição, para Canotilho, ‘não pode ser apenas ‘tema’; deve tornar-se ‘premissa’ da política’, afirmando-se como a sua norma e a sua medida, sob pena de prejuízo da sua legitimidade.

A disciplina constitucional do elemento político envolverá, principalmente, a vinculação do legislador aos seus comandos. Em outras palavras, quer afirmar-se que o legislador deve conduzir obrigatoriamente sua atuação segundo os preceitos hierarquicamente superiores da Constituição, sob pena de uma inversão de papéis à moda weimariana, em que a Constituição não se coloca acima do legislador, mas à sua disposição. Assim, Canotilho reconhece um caráter cogente nas disposições constitucionais, às quais não se poderá opor a liberdade de conformação do legislador – o legislador está *heteronomamente* vinculado às normas constitucionais, pelo que não se concebe a Constituição sob a reserva do legislador; ao contrário, é a atividade legiferante que se deve pautar pelos ditames constitucionais.

...O *bloco constitucional dirigente* cuida, na verdade, de vincular o legislador negativa e positivamente, na medida em que, quanto ao primeiro aspecto, lhe veda a edição de normas que lhe contrariem o conteúdo material e, quanto ao segundo, estabelece um dever jurídico de criar as leis necessárias à concretização do comando constitucional. (...)

⁵⁰⁵ DERBLI, 2007, p. 63-67, *passim*: “A nosso ver, a compreensão adequada das novas posições de Canotilho quanto à Constituição dirigente exige a contextualização histórica das suas afirmativas, que decerto comprovarão que não houve propriamente contradição entre os dois momentos de sua obra

(...)

(...)

...não se ignora que Canotilho superou algumas de suas opiniões anteriores — e nem poderia ser de outra forma, na medida em que o mundo à sua volta sofreu mudanças, exigindo que a sua teoria da Constituição dirigente fosse devidamente atualizada. (...)

Antes de tudo, é de se compreender o que Canotilho pretende afirmar quando decreta a morte da Constituição dirigente se o ‘dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias’. ...a Constituição da República Portuguesa de 1976 foi originariamente elaborada sob os eflúvios de um movimento revolucionário, que (...) proclamava, em sua redação original, a revolução socialista, incorporando, inclusive, fórmulas como ‘transição para o socialismo’ e ‘exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras’, dentre outros.

(...)

De igual maneira, a República Portuguesa se vê hoje como membro da Comunidade Européia, cujos propósitos e estágios de integração são bem diferentes da atual situação do Mercosul, no qual o Brasil se encontra inserido.”

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 69-71: “...Seria, pois, o caso de perquirir se seria possível afirmar a sobrevivência da Constituição dirigente para além do seu caráter revolucionário.

...o próprio Professor Canotilho admite, expressamente, que o dirigismo constitucional ainda sobrevive no que concerne à fixação de limites para o legislador, ou melhor, para o estabelecimento de um programa constitucional, de fins aos quais o legislador permanece adstrito no exercício de sua

Válido alinhar que um ângulo desse tema se encontra na relação entre o conflito social e a resposta judiciária, considerando que é inegável a estreita correspondência entre um e outra, sendo certa a relevância social do judiciário, porém a prestação da tutela jurídica deve estar sempre atenta ao mecanismo entre a adequação e a justiça da decisão, inclusive o fator temporal⁵⁰⁸, isso porque já é

atividade, relativizando-se a sua liberdade de conformação. (...) A Constituição dirigente ainda é o arcabouço normativo necessário para o desenvolvimento de um projeto de combate à pobreza, mediante esquemas de sociedade.

Pois bem. A Constituição dirigente carrega em si as promessas de modernidade do Estado Democrático e Social de Direito. Para tanto, torna explícita a sua intenção de racionalizar a política, conferindo-lhe o fundamento jurídico que a legitima. Ocorre que essa modernidade não chegou ao Brasil ou a outros países periféricos, que continuam a conviver com inaceitáveis padrões de desenvolvimento social. A fome e a seca ainda são algumas das principais causas de morte; o percentual da população brasileira abaixo da linha da pobreza é estarrecedor; alfabetização ainda é um sonho distante em alguns rincões do país. Enfim, as promessas de modernidade da Constituição brasileira restam descumpridas.

Pergunta-se, então: é possível abrir mão da presença de um programa de justiça social na Constituição? A única resposta admissível é a negativa e, é bom que se ressalte, nem o próprio Canotilho sustentou o contrário. Prescindir do conteúdo dirigente da Constituição significaria retornar ao tempo das Constituições-garantia, nas quais o Estado aparecia como inimigo a ser controlado. Contudo, o Estado é partícipe do desenvolvimento social — mais do que isso, é o seu mais importante agente.

No caso brasileiro, o Estado ainda é o ator principal na condução de um projeto de transformação social, cumprindo-lhe um papel central na sua promoção. Dessa forma, parece-nos correta a afirmação de Gilberto Bercovici de que o *constitucionalismo reflexivo*, no qual o Estado divide com outros agentes a responsabilidade social, representaria a substituição de uma utopia por outra. ...é no mínimo ingênuo acreditar que a sociedade civil assumirá com vantagens as atribuições que o Estado já não vem honrando adequadamente. Em outras palavras, não se nos afigura sustentável que outros sistemas de (auto-)regulação social seriam mais eficientes do que a Constituição para ordenar a transformação da sociedade.

Por essa razão, o hoje tão badalado tema da desconstitucionalização é, em termos de Direito Constitucional brasileiro, terreno movediço. O discurso em favor da retirada do texto constitucional da sua programaticidade e, conseqüentemente, da redução da vinculação jurídica do legislador à Constituição baseia-se, em grande parte, no argumento de que o dirigismo constitucional busca substituir-se ao processo de decisão política característico dos regimes democráticos, com a pretensão de ocupar todos os espaços da regulação jurídica da sociedade. Sinaliza-se um retorno à Constituição do liberalismo, restrita a limitar o poder político e, no máximo, prever os direitos de índole social minimamente necessários à fruição dos direitos de liberdade.”

⁵⁰⁷ KRELL, 2002, p. 70: “Na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica.

As condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no início do século XXI não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela carta de 1988, com todas as suas conseqüências. Nesse processo, o Poder Público tem necessariamente um outro papel do que na Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil é incomparavelmente mais alto.”

⁵⁰⁸ BASTOS, 2001, p. 147: “Não resta a menor dúvida que a questão central que se coloca do Poder Judiciário de nossos dias, seja ao nível da Justiça Estadual e suas diferentes varas, seja ao nível da Justiça Federal, e suas diferentes seções, seja ao nível das instâncias intermediárias ou superiores, a questão central que se coloca é que o Poder Judiciário não tem conseguido responder (*output*) ao

possível constatar que “A fadiga ou, até mesmo, a falência da função decisória, tem profundos efeitos, não apenas no quadro social geral, mas na desarticulação interna entre os próprios poderes⁵⁰⁹”.

É preciso destacar que a legitimidade da decisão judicial não se coaduna com a posição processualista, meramente, tendo em vista que se há de compreender o ofício “do Poder Judiciário e a interconexão entre os problemas sociais (os conflitos sociais) e suas funções no exercício da moderação e harmonização do equilíbrio rompido das relações sociais”, é dizer, a sua função na construção da coisa julgada socialmente eficaz, qual seja a sensibilidade judiciária para o fato de que, por exemplo, “uma demanda de alimentos não decidida ou uma ação trabalhista para pagamento de salário pode provocar o aumento da miséria em uma família com seus conseqüentes efeitos sociais⁵¹⁰”, ademais de tantas outras questões, abarcando direitos coletivos e difusos, cujas conseqüências são dramaticamente impiedosas para a sociedade.

É recorrente a referência ao tema social porque está na base de estrutura do direito e da justiça, mas a sociologia “não condena, nem reprime”, isso porque a sua função “é descobrir as causas dos problemas, descrever o que as pessoas efetivamente fazem e não o que devem fazer”, e, além disso, “determinar os contextos e as relações entre as diferentes áreas de conduta que se referem os problemas sociais⁵¹¹”, sendo certo que se mostra importante e compatível com a proposição jurídica, mormente a decisão judicial, cuja legitimação também necessita de ressonância junto à sociedade, isso porque é preciso lembrar que “o direito é antes de tudo um fenômeno social⁵¹²”, e também por isso a importância da predita interconexão entre as questões sociais e a função judiciária.

Nesse contexto de direito, sociedade e coisa julgada, avulta a responsabilidade social do juiz na solução da questão concreta⁵¹³ e seu

volume das demandas (*inputs*) originárias do meio ambiente, o que provoca, necessariamente, restrições ao cumprimento de seu papel social.”

⁵⁰⁹ BASTOS, 2001, p. 149.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 192 et 198, *passim*.

⁵¹¹ SCURO NETO, 2000, p. 94.

⁵¹² LÉVY-BRUHL, 2000, p. 20.

compromisso com os valores essenciais da Constituição, isso porque “é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais”, com repercussão, inclusive, na jurisdição cível, em cujo contorno, mesmo que em dimensão própria, “também se impõe uma análise da influência exercida pelos direitos fundamentais sobre as normas de direito privado⁵¹⁴”.

A perspectiva de incidência dos direitos fundamentais nas relações de natureza cível permite presumir, por exemplo, que abrange o âmbito do direito de propriedade, como indexado na Constituição de 1988, cuja diretriz estrutural se pode consignar que permanece na sua função social⁵¹⁵.

A par das principais teorias⁵¹⁶ sobre o assunto da sujeição dos particulares aos direitos fundamentais, válido assinalar que, conforme outra vigorosa posição doutrinária, a Constituição brasileira “é intervencionista e social”, consoante o “elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloqüência”, e, mais, não obstante “a irrisignação de alguns, consagra um modelo de Estado social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada”, sendo certo que “existe uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais” e que “a jurisprudência (...) vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na

⁵¹³ CORDEIRO, 2007, p. 14: “No caso da atividade dos juízes é evidente a imposição de maiores responsabilidades em face das características da atividade judicial, e em vista das esperanças colocadas na função e tendo por parâmetro este período da história fortemente marcado por instabilidades, impasses e desigualdades, sendo a magistratura instada a solucionar esses conflitos e em face dessa intervenção multiplicada da atividade na sociedade em geral.”

⁵¹⁴ SARLET, 1998, p. 331.

⁵¹⁵ NICZ; OLIVEIRA, 2005, p. 109 et. seq.: “...estão incluídos constitucionalmente em tal conceito além da propriedade imóvel, os bens móveis e inclusive obras literárias, artísticas, industriais, como também inventos e outros. Enfim todo aquele que é objeto de conteúdo econômico.

A propriedade consagrada, portanto, não é mais romanística, mas sim emanada como função social. A Magna Carta não nega o direito ao proprietário, mas exige que o uso da propriedade condicione-se ao bem-estar geral.

...É por força da função social que o exercício deste direito fica condicionado a certos limites. Estes estão pautados pelo entendimento de que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse do proprietário.”

⁵¹⁶ SARMENTO, In: BARROSO, 2006, p. 193. Eis, portanto, a referência às principais teorias, conforme o ensino de Daniel Sarmento: “I. A negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina da ‘state actio’; II. A teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada; III. A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada; IV. Teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; V. Teorias alternativas.”

resolução de litígios privados⁵¹⁷”, ao passo que a dignidade da pessoa humana, além de se constituir como no principal critério quanto à ponderação de interesses constitucionais, é, sobretudo, o ponto nuclear para o acolhimento, no Brasil, da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁵¹⁸.

O direito não deve ser compreendido como um meio de manutenção do *status quo*, mas, sim, uma importante “ferramenta voltada para a promoção da justiça e da liberdade”, e, no passo, assim deve ser recebida a Constituição, dado que os valores essenciais nela inscritos representam a “tradução normativa de um generoso projeto de emancipação social dos excluídos⁵¹⁹”.

Verifica-se que os “direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do direito”, e o judiciário se situa em patamar especial “na medida em que, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o dever de não aplicar as normas inconstitucionais”, de modo que no “conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade (isto é, entre lei e Constituição) acaba por resolver-se em favor do último⁵²⁰”.

Essa posição estratégica do judiciário, que se entremistura com a sua principal função, faz ressaltar a inafastável responsabilidade social na proteção da eficácia social da coisa julgada, mormente à sentença que dispõe, por exemplo,

⁵¹⁷ SARMENTO, In: BARROSO, 2006, p. 245, 256 et 265, *passim*.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 255 et. seq.: “A própria compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, em nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana — principal objetivo de uma ordem constitucional democrática — permaneceria incompleta. Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal.

Na verdade, reconhecer na dignidade da pessoa humana o epicentro axiológico da ordem constitucional importa em postular uma vis expansiva para os direitos fundamentais, o que não se compatibiliza com construções que intentem atenuar seu impacto, diluir sua normatividade ou confiná-los a fronteiras já superadas. Se a dignidade é um valor absoluto, ela deve condicionar diretamente a todos, pois, como lembrou Jorg Neumer, ‘(...) pouco importa quem desferiu o chute no rosto do ofendido.’”

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 256.

⁵²⁰ SARLET, 1998, p. 331 et. seq.

em caso concreto, à preservação do “direito à vida, à moradia, à saúde, à liberdade e às condições da vida humana com dignidade⁵²¹”.

Isso ocorre porquanto “a cidadania tem sido interpretada como mecanismo político-jurídico de inclusão de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade”⁵²², e, quanto à prevalência dos direitos fundamentais, não se considera ingerência do judiciário na esfera do executivo, isso porque “não há discricionariedade do administrador frente aos direitos” que estão consubstanciados constitucionalmente, considerando que, nessa matéria, “a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise a afastar a garantia pétrea”, conforme, a propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caso judiciário que bem espelha a legitimação da coisa julgada em face do direito e da sociedade brasileiros⁵²³.

⁵²¹ CORDEIRO, 2007, p. 91 et. seq. Ainda, conforme Paulo Machado Cordeiro (p. 90): “A atividade dos juízes e sua vinculação aos direitos fundamentais resulta na relevante função exercida, sendo certa a subordinação dos próprios magistrados à Constituição e aos Direitos Fundamentais veiculados pelo Texto Magno. (...)”

⁵²² Ibid., p. 92.

⁵²³ STJ, 1ª T, relator para o acórdão Min. Luiz Fux, REsp 575280/SP, DJU de 25-10-2004, p. 228: “(...)”

1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

‘É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I — ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II — progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III — atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV — atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.’

2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenha eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

Válido distinguir que os poderes públicos — administrativo, legislativo e judiciário — e particulares estão vinculados aos direitos fundamentais e à Constituição, e o problema da vinculação encontra-se ligado, estritamente, “ao tema da eficácia e aplicabilidade, já que a vinculatividade dos direitos fundamentais constitui precisamente uma das principais dimensões da eficácia⁵²⁴”, e disso resulta um importante e decisivo aspecto da legitimação da coisa julgada, como expressão da cidadania, do direito e da sociedade, haja vista que a “vinculação do juiz com os direitos fundamentais tem substrato jurídico” na Constituição e ao dar eficácia a essas normas a decisão judicial representa “o próprio conteúdo da democracia⁵²⁵”.

5.4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A coisa julgada, igualmente, está inserida como direito fundamental — consoante a Constituição de 1988 — e por isso deve receber a respectiva proteção constitucional.

Nesse sentido, o que se protege “é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada”, é dizer a coisa julgada material, considerando que a

5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

(...)

8- Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9- Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

(...)

⁵²⁴ SARLET, 1998, p. 321 et. seq.

⁵²⁵ CORDEIRO, 2007, p. 100. Ajunta, no passo, Paulo Cordeiro: “Nessa perspectiva o juiz pode adotar postura ativa na proteção dos necessitados e da defesa dos politicamente vulneráveis, adotando medidas implementadoras de direitos que beneficiem os necessitados em geral, além de um controle efetivo e cuidadoso da legislação ou dos atos de governo que venham a restringir os direitos fundamentais.”

“coisa julgada formal só se beneficia da proteção” de forma indireta, isso porque ela “se contém na coisa julgada material⁵²⁶”.

O anteparo constitucional da coisa julgada não impossibilita, entanto, que a lei predestine disciplina que permita a sua rescisão, por meio de atividade jurisdicional, conforme, por exemplo, o art. 485, CPC⁵²⁷, mas a coisa julgada encontra-se protegida “contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei”, isso porque a “lei não pode desfazer (...) a coisa julgada⁵²⁸”.

A concepção da coisa julgada com abrigo no âmbito constitucional também decorre da estreita vinculação de sua normatividade aos direitos fundamentais, bem como a afinidade entre todos os direitos e garantias fundamentais ali inscritos e a palpitante idéia de que eles são manifestações finalísticas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana⁵²⁹.

Parece inegável a conformação de direito fundamental à proteção constitucional da coisa julgada, inclusive em face da dicção do art. 5º, § 1º, CR⁵³⁰, seja porque esses direitos e garantias fundamentais são “normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos”, quer porque “Apesar de inexistir norma constitucional destituída de eficácia jurídica, o fato é que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais diferencia — no sentido de uma juridicidade reforçada — esta categoria específica das normas constitucionais”, embora deva ser analisada “à luz do princípio da unidade da Constituição⁵³¹”.

⁵²⁶ SILVA, 2007, p. 436. Refere, mais, José Afonso da Silva: “...Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. (...)”

⁵²⁷ No ponto, confira-se nota 445, pretérita.

⁵²⁸ SILVA, 2007, p. 437.

⁵²⁹ A propósito, nota 173, precedente.

⁵³⁰ CR, art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵³¹ SARLET, 1998, p. 77 et. seq.: No passo, válido contextualizar o ensinamento de Ingo Sarlet: “...Em que pese a posição privilegiada (inclusive no que concerne à sua força jurídica) ocupada pelos direitos fundamentais na Constituição, de tal sorte que se sustenta até mesmo a máxima hermenêutica de uma interpretação (das normas constitucionais e infraconstitucionais) em harmonia com os direitos fundamentais, não há, a evidência, como reconhecer uma relação pautada pela diferença hierárquica entre estes e as das demais normas constitucionais originárias, já que inviável a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais. A posição dos direitos fundamentais — que não podem ser considerados uma espécie de supercodificação — relativamente

Importa referenciar, outra vez, que a coisa julgada merece amparo constitucional em face da segurança jurídica que lhe é imanente e que “assegura a paz social”, porquanto a “relevância da imutabilidade e da indiscutibilidade das sentenças concretiza o anseio de certeza do direito presente nas relações sociais”, ao passo que a desconstituição da coisa julgada por meio da ação rescisória “ocorre quando a sentença se reveste de vícios extremamente graves, que aconselham a prevalência do valor ‘justiça’ sobre o valor ‘segurança’⁵³²”.

A justiça da decisão judicial⁵³³ que se sobrepõe à segurança é porque está conforme a Constituição e os seus princípios fundamentais, dado que o primado da eficácia da coisa julgada, mormente a eficácia social, enquanto indiscutível valor constitucional, possui finca no vigor estrutural da dignidade da pessoa humana⁵³⁴ e no conseqüente exercício da cidadania, fundamentos que concedem superior direção⁵³⁵ ao direito e à sociedade, em especial à construção de “uma sociedade livre, justa e solidária⁵³⁶”, e, assim, um dos principais fundamentos a caracterizar a atuação do estado e de suas instituições, na contemporaneidade, deve ser a preocupação “em primeiro lugar com o bem-estar do povo⁵³⁷”.

ao restante da ordem constitucional deve, neste contexto, ser analisada à luz do princípio da unidade da Constituição, resolvendo-se os inevitáveis conflitos por meio dos mecanismos de ponderação e harmonização dos princípios em pauta. Cumpre lembrar, neste contexto, a preciosa lição do mestre gaúcho Juarez Freitas, no sentido de que — a despeito de inexistirem normas constitucionais originárias inconstitucionais — uma interpretação sistemática implica, necessariamente, uma hierarquização dos valores em pauta, sem que disto resulte a exclusão de um valor constitucional em detrimento de outro.”

⁵³² GRINOVER, 2000, p. 4.

⁵³³ É dizer, também, da coisa julgada.

⁵³⁴ PIOVESAN, In: PIOVESAN, 2006, p. 17 et. seq.: “...no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana. Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido.”

⁵³⁵ Novamente, aqui, a tônica do dirigismo constitucional por intermédio da coisa julgada, é dizer, por meio do judiciário.

⁵³⁶ CR, art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária.

⁵³⁷ NICZ, 1981, p. 2 et. 8, *passim*. Em obra clássica, mas dedicada, em substância, a temática diversa, é dizer para “demonstrar a evolução que teve o Estado no domínio econômico” (Introdução), o professor Nicz expressa uma sensível referência que aqui se contextualiza, cuja transcrição merece relida: “Enquanto nas Constituições liberais o Estado não se preocupava, pelo menos diretamente, com o bem-estar dos cidadãos, diversos fatores vieram a influir sobremaneira no decorrer na

Nada obstante tudo isso, importa registrar que há respeitável doutrina em sentido contrário, a entender que a coisa julgada não tem proteção constitucional, que não se trata de direito fundamental, e cuida, apenas, de direito intertemporal, para evitar que a lei nova possa contemplar regra diversa do acerto fundado na sentença⁵³⁸, sendo que o princípio da irretroatividade da lei se consubstancia na única razão da proteção constitucional da coisa julgada⁵³⁹, circunstância que estaria a revelar a vontade do legislador constituinte⁵⁴⁰.

É possível afirmar que a principal base de sustentação dessa doutrina que se manifesta pelo entendimento da coisa julgada como resguardo,

evolução estatal para a passagem ao Estado Providência que, sem deixar de lado os objetivos principais do Estado Liberal, a ordem e a segurança, acoplou uma preocupação a mais, elegendo-a como fundamental: a de patrocinar o bem-estar aos cidadãos através da fixação de princípios, nas Constituições, que passaram a reger o ordenamento econômico e social.

(...)

Este Estado contemporâneo, portanto, além da preocupação de manter a ordem e segurança preocupa-se em primeiro lugar com o bem-estar do povo provendo-lhe as necessidades e zelando por ele, transformando-se, pois, no Estado de benevolência que protege a todos.

(...)

Essa mudança de comportamento do Estado em suas relações com os indivíduos foi o produto da influência de fatores diversos, como social, político e ideológico.”

⁵³⁸ THEODORO JUNIOR, p. 16 et. seq.: “A CF/88 (...) não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada em si. Muito menos quanto aos aspectos envolvendo a sua inconstitucionalidade. Apenas alude à coisa julgada em seu art. 5º, XXXVI, quando elenca entre as garantias fundamentais a de que estaria ela imune aos efeitos da lei nova. Ou seja, ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’.

Como se observa, a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos da lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.

Com efeito, a regra do art. 5º, XXXVI, CF, dirige-se apenas ao legislador ordinário, cuidando-se de ‘sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito do poder legisferante ‘prejudicar’ a coisa julgada. É esta a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária’.

Daí que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no CPC (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.”

⁵³⁹ BERALDO, In: NASCIMENTO, 2004, p. 131 et. seq.: “Somos filiados à corrente que entende que o legislador, ao tratar da coisa julgada na CF/88, apenas quis colocá-la a salvo da lei nova, ou seja, uma decisão passada em julgado não poderia ser desfeita se uma lei posterior desse tratamento jurídico diferente àquele dispositivo utilizado pelo juiz em seu pronunciamento.”

⁵⁴⁰ DELGADO, In: NASCIMENTO, p. 35: “O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada.”

Conquanto isso, importa realçar que o mesmo autor, José Augusto Delgado, antes (p. 34), manifesta a compreensão de que a coisa julgada possui amparo constitucional, em sentido *lato*:

“A coisa julgada, em nosso ordenamento jurídico, possui proteção constitucional e infraconstitucional.”

apenas, da lei nova, daí a previsão constitucional se relacionar apenas com o princípio da irretroatividade, diz respeito, em essência, à preocupação quanto à compatibilidade da decisão judicial à Constituição e aos seus princípios fundamentais e que, por isso — em virtude mesmo do vício de inconstitucionalidade —, não é passível de formar coisa julgada a decisão incompatível com a Constituição⁵⁴¹.

A sentença violadora da Constituição, é dizer que disponha contra os preceitos e fundamentos constitucionais, não pode adquirir a força vinculante da coisa julgada, porém esse aspecto não autoriza a inferência de que a coisa julgada não seja direito fundamental a uma sentença justa e socialmente adequada, porque é o valor justiça⁵⁴² que também se encontra no suporte sócio-jurídico da normatividade constitucional de inafastabilidade de intervenção do judiciário na solução dos conflitos sociais⁵⁴³

Assim, não se aperfeiçoa a coisa julgada que deflui de sentença inconstitucional, e, nesse aspecto, válido recordar que é mesmo difícil compreender

⁵⁴¹ NASCIMENTO, 2005, p. 4: “A Constituição Federal abre um leque de situações que, descritas e seu texto, podem ser tomadas para explicar, com exemplos a elas vinculados, as sentenças insuscetíveis de ganhar foro de definitividade. Todos eles, porque impossibilitados de transitar em julgado, em razão do vício de inconstitucionalidade, acolhem iniciativas visando a sua desconstituição sem observância de prazo. Pode ser assim arrolada no plano de ofensa aos preceitos constitucionais, especialmente, aos princípios da isonomia e da moralidade a decisão judicial que: negue agasalho ao princípio da garantia judicial efetiva, assentado no art. 5º, XXV, do texto constitucional; atente contra a dignidade humana, um dos princípios de maior densidade inscrito em regra de direito público constitucional (art. 1º, III, da Constituição Federal); admita o trabalho escravo ou que permita a degradação do homem como objeto de tortura, situações que ordem jurídica não pode tolerar, sob qualquer pretexto; desrespeite o voto universal e secreto como instrumento do processo eleitoral destinado ao preenchimento de cargos eletivos nos níveis municipal, estadual ou federal; (...) não reconheça aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.”

Importa relatar que esses exemplos são apenas ilustrativos, dado que há inúmeros outros casos de ofensa à Constituição que impedem a formação da coisa julgada.

⁵⁴² PORTANOVA, 2003, p. 127: “O direito somente tem sentido lógico quando permite ver a justiça como idéia realizada e não diferente do fenômeno jurídico. A juridicidade deve se basear no estímulo do bem e por sua contribuição à ética. Sustenta que a lógica do Direito é dialética, logo a decisão que aplica lei injusta é ilógica e irracional, pois sufoca a razão emancipacionista e dialética que deve governar as decisões judiciais.

Um dos mais desconcertantes erros em que pode incorrer o intérprete jurídico é crer possível a separação entre o Direito tal qual é, e o Direito tal qual deve ser. O objetivo do Direito não é a busca do equilíbrio entre lógico e extralógico nem ordem de coação, mas busca do justo.

A lei injusta se dá quando contrária aos princípios gerais do Direito ou da justiça e quando é imenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico e o sentimento de justiça preponderante na sociedade. (...) Por isso, a resposta do juiz, no conflito entre seguir o jurídico ou o moral, há de ser sempre de conteúdo ético, pois não há justiça que se justifique. Só assim o Judiciário se assume como Poder, deixando de ser mero aplicador do Direito positivo para ser um garantidor dos princípios de justiça. O juiz não pode furtar-se à busca do justo.”

⁵⁴³ A propósito, nota 16, com a transcrição do art. 5º, XXXV e XXXVI, CR.

a coisa julgada material injusta, como aquela que dimanar de decisão judicial em desalinhamento com a realidade sócio-jurídica⁵⁴⁴, mormente porque se está diante de ofensa, por exemplo, aos fundamentos estruturais da cidadania e dignidade da pessoa humana, e, logo, diante de maltrato à Constituição.

A compreensão da coisa julgada e seu contexto constitucional como somente recomendação ao legislador ao efeito de abrigo do princípio da irretroatividade da lei, sem qualquer conteúdo de direito fundamental, parece que se afigura inconstitucional, haja vista que está em aberta contradição com a via interpretativa conforme a Constituição, cuja natureza está em “excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição”, haja vista que a “interpretação conforme a Constituição funciona também como um mecanismo de controle de constitucionalidade⁵⁴⁵”.

Importa referir que por meio da coisa julgada advém a efetividade da “justiça constitucional” que assume uma posição de destaque no “Estado Democrático de Direito”, isso porquanto essa mesma justiça constitucional está apta a desempenhar um papel “intervencionista, no sentido de — no limite, isto é, na omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e para evitar o solapamento da materialidade da Constituição — concretizar os direitos fundamentais-sociais”, sendo imperioso lembrar que a Constituição brasileira de 1988 coloca “à disposição do cidadão vários mecanismos de acesso à justiça e, em especial, à jurisdição constitucional⁵⁴⁶”.

⁵⁴⁴ DIAS, 2003, p. 40 et. seq: “O Direito ao permitir ou proibir comportamentos deve fazê-los considerando os valores que porta a sociedade e os objetivos que esta pretende realizar. Ao dizer-se que o Direito precisa ser instituído em função da sociedade, ou seja, em razão dos valores humanos e dos fins que esta julga necessário proteger ou realizar, está afirmando-se a necessidade de justificação democrática do Direito. As exigências jurídicas precisam fundamentar-se em razões socialmente compartilhadas e aceitas, ou seja, devem expressar aquilo que a sociedade deseja e valora como indispensável para sua própria ordenação.

(...)

...O Direito precisa legitimar-se socialmente porque constitui um condicionante da liberdade do homem e da sociedade (...) A exigência de legitimação social e democrática do Direito não constitui um imperativo teórico, abstrato, mas uma demanda *viva da práxis jurídica*, porque um Direito não legitimado só se cumprirá *pela força que o avalize ou pela passividade social que o suporte.*”

⁵⁴⁵ BARROSO, 2001, p. 186 et. seq.

⁵⁴⁶ STRECK, 2002, p. 661 et. seq. É importante realçar, mais, o seguinte (p. 660-663, *passim*): “...No topo do ordenamento está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como algo que constitui a sociedade, isto é, é preciso entender que a constituição do país é a sua Constituição. Neste ponto, adiro à postura substancialista, onde o Judiciário e a justiça constitucional assumem especial relevo.

(...)

A Constituição deve ser compreendida em sua autêntica substancialidade, isso porque, afinal, ela constitui a sociedade e conforme “toda a principiologia que assegura o Estado Social e o *plus* normativo que é o Estado Democrático de Direito que aparece já no art. 1º do seu texto”, sendo certo que, diante disso, é necessário acentuar o óbvio, “ou seja, que precisamos constitucionalizar o direito infraconstitucional”, pois, como “bem lembra Comparato, ‘no regime democrático, o atributo maior da soberania popular consiste em constitucionalizar a nação’⁵⁴⁷”, e não, diversamente, o sentido e a eficácia descompromissadas de desconstitucionalizar o direito e a sociedade.

A coisa julgada e sua eficácia sócio-jurídica têm *status* constitucional, mas resulta impreterível que a respectiva decisão judicial esteja conforme a Constituição, isso porque, “Afinal, não parece óbvio que a Constituição seja uma norma superior às demais e que ela — a Constituição — é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais⁵⁴⁸”?

A cidadania e a dignidade da pessoa humana, novamente. É preciso ressaltar que “A sublimação da sociedade civil, na extensão que atualmente se constata, é um fenômeno que se caracteriza pelo ineditismo⁵⁴⁹”.

O judiciário deve estar aberto à sociedade, e aos fenômenos sociais, para, sobretudo, promover a eficácia sócio-jurídica da coisa julgada constitucional, esta que deve ser um importante instrumento de atividade real da Constituição. Nessa cadência, importa referir, outra vez, com a doutrina um dos mais destacados

Com fundamento no controle difuso de constitucionalidade — que vigora no Brasil desde a Constituição Republicana de 1891 — qualquer cidadão pode suscitar, como questão prejudicial ou como fundamento jurídico no curso de qualquer ação judicial, a discussão acerca da constitucionalidade de uma lei (federal, estadual ou municipal), podendo, via recurso extraordinário, levar a questão ao Supremo Tribunal Federal.

...Ao lado desse importante mecanismo de acesso à jurisdição constitucional, o constituinte de 1988 introduziu o mandado de injunção, que é (ou deveria ser) um dos mais importantes instrumentos para viabilizar o cumprimento dos direitos sonogados pelo Estado, questão que deflui do sentido que pode ser atribuído ao dispositivo constante no inciso LXXI do art. 5º. (...)

...Outro instituo de relevância, inserido na Constituição para viabilizar o acesso direto do cidadão ao Supremo Tribunal Federal, é a argüição de descumprimento de preceito fundamental (...), que, em total omissão inconstitucional, permaneceu sem regulamentação durante longos onze anos. (...)

⁵⁴⁷ Ibid., p. 668.

⁵⁴⁸ Ibid., p. 668. Ainda: “...Não parece redundante dizer que uma norma infraconstitucional somente tem validade jurídica se estiver em conformidade com outra norma, superior a ela, que é a Constituição da República? Entretanto, não é isto que está ocorrendo, é dizer, nem os princípios constitucionais são aplicados e nem as normas infraconstitucionais passa(ram) pelo necessário processo de filtragem constitucional..”

⁵⁴⁹ BARROSO, 2003, p. 130.

juristas brasileiros, consoante a qual “Não há efetividade possível da Constituição (...), sem uma cidadania participativa⁵⁵⁰”, e a justiça muito bem pode contribuir na concepção da coisa julgada construtiva e emancipatória da pessoa humana.

⁵⁵⁰ BARROSO, 2003, p. 132.

6 CONCLUSÃO

O propósito, aqui, é identificar alguns aspectos que se fixaram ao longo da pesquisa, mas sem a pretensão de exaustividade. Nesse compasso, o ponto que emerge, já, é a percepção que a sociedade está a buscar soluções e alternativas judiciais que enfatizem o exercício da cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em estado democrático de direito, é dizer, em estado constitucional: pressupõe a Constituição que sirva de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos⁵⁵¹.

A cidadania está a presumir o exercício das prerrogativas inerentes ao aspecto político, o direito a uma vida digna e à garantia de participação nos destinos da administração pública. A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como a substância do estado democrático de direito, sobretudo porque o ser humano é o conteúdo da sociedade e a razão principal da formação das instituições.

Nesse contexto, a constituição não pode ser uma folha de papel, dado que, contemporaneamente, ela tem força normativa, e mais ainda: o objeto da constituição também é estabelecer⁵⁵² a estrutura do estado, o modo de aquisição do poder e o seu exercício, assegurar os direitos e garantias das pessoas, fixar o regime político, disciplinar os fins sócio-econômicos do estado, e os fundamentos dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

O estado de direito é o estado dos cidadãos⁵⁵³, e essa inferência deve estar simétrica ao estado constitucional democrático, bem conformado a uma constituição, na qual restam fixados os direitos fundamentais, a salvo das questões de oportunidade ou conveniência legislativa ordinária, ou mesmo do processo legislativo de emenda, sobretudo porque está situada na estrutura dos direitos e princípios fundamentais do direito e da sociedade brasileiros.

⁵⁵¹ CANOTILHO, 1991, p. 364.

⁵⁵² SILVA, 2007, p. 43.

⁵⁵³ BOBBIO, 2004, p. 78.

A expressão “direitos fundamentais” é recente, dado que, antes, predominava “direitos do homem⁵⁵⁴”, e, hoje, a locução “direitos fundamentais” está a abranger “os direitos de grupos, de sindicatos, de instituições, dos consumidores, enfim da coletividade”, são os direitos “econômicos, os sociais, os culturais”, e os ambientais, e, mais, que o núcleo é a dignidade da pessoa humana, isso porque “não haverá direitos fundamentais em regimes absolutista ou totalitário, onde a pessoa humana não é o ponto capital de atenção da entidade estatal⁵⁵⁵”.

A precariedade da norma jurídica, no sentido de sua não-perenidade, decorre do fato de que o direito emana do grupo social, e, assim, não poderia ter mais estabilidade que esse mesmo agrupamento humano, o qual se revela dinâmico, haja vista que os elementos que o compõem se modificam, mormente pela ação do tempo⁵⁵⁶.

Não é possível avaliar socialmente uma norma jurídica sem a efetiva análise da sociologia do direito, e a avaliação, no caso, implica lembrar a questão decisória (coisa julgada) e a temática da interpretação, a qual é praticada pelos operadores do direito, e, também, da sociologia, porque a todos devem interessar a eficácia social da norma e a da jurisprudência.

Nesse contexto, a concepção do processo justo, como corolário do direito fundamental de acesso à justiça, tem estreita vinculação com a eficácia da coisa julgada, uma indiscutível finalidade processual, e, por isso — pela compreensão do processo justo —, a ação judicial se revigora em um direito de projeção, não somente como meio de recorrer ao judiciário na defesa dos direitos, “mas para o estabelecimento de um verdadeiro direito material de justiça, que requer a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que impedem o efetivo acesso à jurisdição⁵⁵⁷”.

O acesso à justiça, como expressão da cidadania, deve garantir ao interessado o direito fundamental de obtenção de uma sentença justa, em conformidade com os parâmetros da dignidade da pessoa humana⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ NICZ, 2003, p. 75.

⁵⁵⁵ Ibid., p. 76 et. seq.

⁵⁵⁶ LÉVY-BRUHL, 2000 p. 30.

⁵⁵⁷ SILVA, 2002 p. 157.

⁵⁵⁸ BARCELLOS, 2002, p. 305.

Diante de tudo isso, a formação da coisa julgada deve ser construída, com a exaltação da cidadania e o respeito à pessoa humana, sem distanciamento das normas constitucionais e processuais, contudo o juiz, ao mesmo tempo, precisa ser capaz de, “pelas vias hermenêutica e jurisprudencial, abrir caminho para elaboração de um Direito (...) justo e igualitário”, isso porque “libertar o juiz da escravidão e do império da lei é remetê-lo para uma motivação totalizadora, é aproximá-lo da realidade, é afastá-lo do idealismo positivista normativista⁵⁵⁹”.

É mesmo muito difícil acolher a coisa julgada material injusta como aquela que emana de sentença, proferida em descompasso com a realidade, mormente porque se está diante de ofensa, entre outros, aos fundamentos republicanos da cidadania e dignidade da pessoa humana, e, assim, à Constituição, sendo que esse contexto de ato judicial injusto colabora na descrença da justiça e do judiciário e afeta a vida em sociedade e os seus valores⁵⁶⁰.

A eficácia social da coisa julgada deve preocupar-se com a sentença justa, a jusfundamentalidade da cidadania e dignidade da pessoa humana, princípios estruturais da República brasileira, e sublinhar, entre outras abordagens, a máxima eficácia das normas constitucionais⁵⁶¹.

A construção do dirigismo constitucional⁵⁶² que dimana para a jurisdição e atua por intermédio da efetividade da coisa julgada, a qual se deve harmonizar em sintonia com a ampliação da legitimação ativa processual e a democratização do acesso à justiça, encontra ressonância na hermenêutica constitucional que possa sentir os intérpretes do interior da sociedade, sobretudo porque o processo de interpretação formal “não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional” e nesse panorama o constitucionalista desempenha o papel de mediador, e disso resulta que “A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional⁵⁶³”.

⁵⁵⁹ PORTANOVA, 2003, p. 132 et. seq.

⁵⁶⁰ ROBLES, 2005, p. 42

⁵⁶¹ PIMENTEL JUNIOR, 2004, p. 58.

⁵⁶² CANOTILHO, 2001, p. 479 passim.

⁵⁶³ HÄBERLE, 1997, p. 42 et. seq.

A coisa julgada e sua eficácia sócio-jurídica têm *status* constitucional, mas resulta impreterível que a respectiva decisão judicial esteja conforme a Constituição, isso porque, “Afinal, não parece óbvio que a Constituição seja uma norma superior às demais e que ela — a Constituição — é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais⁵⁶⁴”?

A interação do direito constitucional e da sociologia do direito é ponto relevante para aquilatar a legitimidade sócio-jurídica da coisa julgada. O direito à coisa julgada, assim legítima, é uma questão fundamental.

Enfim, o recomeço: direito, fato social, Constituição, aspecto sócio-jurídico, sentença, cidadania, e dignidade da pessoa humana estão expostos no dia-a-dia do jurídico e da sociedade, e a coisa julgada não se sintoniza, apenas, como uma questão de direito, mas de direito e da sociedade.

⁵⁶⁴ STRECK, 2002, p. 668.

REFERÊNCIAS

AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALVIM PINTO, Teresa Arruda. **Nulidades da Sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. (Tradução: Roberto Raposo.) 6. reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O novo juiz e a administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 1 v.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. (Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury.) Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2003.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. (Coligidos e ordenados por Homero Pires.) São Paulo: Saraiva, 1934. 5 v.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: O princípio da dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição.** São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BASTOS, Aurélio Wander. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência.** 3. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERALDO, Leonardo de Faria. A Relativização da Coisa Julgada que viola a Constituição. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.) **Coisa Julgada Inconstitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** (Tradução: Regina Lyra) 3. reimp. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** (Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.) 2. reimp. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª reimpressão, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988.** Curitiba: Juruá, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. (tradução: Paolo Capitanio.) Campinas: Bookseller, 1998. 1 v.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Temas de Direito Constitucional**: E de Teoria do Direito. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CORDEIRO, Paulo Machado. **A Responsabilidade Social dos Juízes e a aplicação dos Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2007.

CORREAS, Oscar. **Crítica da Ideologia Jurídica**: Ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.) **Coisa julgada inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. (Tradução: Jefferson Luiz Camargo.) São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. (Tradução: João Baptista Machado.) 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo" e Mérito da Causa. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). **Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: Crise do direito e práxis política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FARIA, José Eduardo; CAPILONGO, Celso Fernandes. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação da obra de Norberto Bobbio. **Teoria do ordenamento jurídico**. (Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.) 2. reimp. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **O Poder Constituinte**. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 1985.

GOFF, Jacques Le; SCHMITT, Jean-Claude (org.). **Dicionário Temático do Ocidente Medieval**. (Tradução do prefácio: Vivian Coutinho de Almeida. Coordenador da tradução: Hilário Franco Júnior.) Bauru: Edusc, 2006. 1 v

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GUENÉE, Bernard. História. In: GOFF, Jacques Le; SCHMITT, Jean-Claude (org.). **Dicionário Temático do Ocidente Medieval**. (Tradução: Lênia Márcia Mongelli. Coordenador da tradução: Hilário Franco Júnior.) Bauru: Edusc, 2006. 1 v.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. (Tradução: Gilmar Ferreira Mendes.) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. (Tradução: Gilmar Ferreira Mendes.) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Tribunal constitucional**: exigência democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (Tradução: João Batista Machado.) 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. (Prefácio de Aurélio Wander Bastos.) 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. (Tradução: Antonio de Pádua Danesi.) 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. (Tradução: Cândido Rangel Dinamarco.) 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 1 v.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**: parte incontroversa da demanda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATTAR, Olga Maria. **A Organização Social**. 3. ed. Curitiba: [s.n.], 1972.

MELLO, Celso de. Democratização do Poder Judiciário e Acesso à Justiça. **Justiça & Democracia**: Revista de Informação e Debates, São Paulo, n. 4, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato Jurídico**. 5. ed. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 1993.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de Brède e de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo: a divisão dos poderes. (Tradução: Pedro Vieira Mota.) São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei n. 9.882/99 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.) **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Análises à Luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações Sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

NABAIS, José Casalta. Algumas Reflexões sobre o Actual Estado Fiscal. **Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Por Uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (*desconsideração*) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NICZ, Alvacir Alfredo. A igualdade como instrumento regulador das relações sociais. In: VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (org.). **Estado & Atividade Econômica**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Estudos de Direito Administrativo**. Curitiba: JM, 1995.

_____. Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional. **Revista Instituto de Pesquisas e Estudos (Divisão Jurídica)**, São Paulo, n. 38, set./dez. 2003, p. 75-81.

_____. **A Liberdade de Iniciativa na Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

NICZ; Alvacir Alfredo; OLIVEIRA, Ana Flávia Camilli. Limite Constitucional ao Direito de Propriedade pela Função Social. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, n. 5, jan./jun. 2005, p. 100-111.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

OST, François. **O tempo do direito**. (Tradução: Élcio Fernandes.) Bauru: Edusc, 2005.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. 1. ed. Barueri: Manole, 2002.

PIMENTEL JUNIOR, Paulo Gomes. **Constituição & ineficácia social**. Curitiba: Juruá, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Proteção judicial contra omissões Legislativas**: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea. In PIOVESAN, Flávia (org.) **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda n. 1 de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1 v.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I**: arts. 1º a 45. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V**: arts. 444 a 475. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. Naturalidade do Fenômeno Jurídico. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (org.). **Sociologia e Direito**: Textos básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 1 v.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROBLES, Gregório. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual**. (Tradução: Roberto Barbosa Alves.) Barueri: Manole, 2005.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. Posição e Autonomia da Sociologia do Direito. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (org.). **Sociologia e Direito**: Textos básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: Contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (org.). **Sociologia e Direito: Textos básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

_____. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. Capítulo 7: A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Poder Constituinte e Poder Popular: (Estudos sobre a Constituição). **Acesso à Justiça e Cidadania**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (org.). **Sociologia e Direito: Textos básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito: Uma visão substantiva**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia Paoli (org.). **Os sentidos da democracia: Políticas do dissenso e hegemonia global**. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania — NEDIC, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. Entrevista. **Justiça & Democracia: Revista de Informação e Debates**, São Paulo, n. 4, 2001, p. 15-37.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Reforma do Processo de Execução e Problema da Coisa Julgada Inconstitucional (CPC, Artigo 741, Parágrafo Único). **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Editora Síntese, ano V, n. 29.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TREVES, Renato. **Sociologia do Direito**. (Tradução: Marcelo Branchini.) 3. ed. Barueri: Manole, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)