

UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO



ULBRA

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À EFETIVA
TUTELA JURISDICIONAL NA PERSPECTIVA DO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

MÁRCIO DE BORBA GONZAGA

Canoas, 2006.

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À EFETIVA
TUTELA JURISDICIONAL NA PERSPECTIVA DO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

MÁRCIO DE BORBA GONZAGA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós - Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil para obtenção do título de Mestre em Direito
Orientadora: Prof. Doutora Elaine Harzheim Macedo

Canoas, 2006.

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

POR

MÁRCIO DE BORBA GONZAGA

Dissertação submetida ao Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil, como parte dos requisitos necessários para obtenção do título de

Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Fundamentais

Orientador: Prof. Doutora Elaine Harzheim Macedo

Comissão de Avaliação: Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Dr. Leonel Pires Ohlweiler

Dra. Andrea Nárriman Cezne

Prof. Dr. Wilson Steinmetz
Coordenador do PPGDir

Dedicatória

À Aline e ao nosso filho Lorenzo, minha família, minha
fortaleza.

Agradecimentos

À professora Elaine Harzheim Macedo por ter despertado em mim o senso crítico que moveu o presente trabalho.

RESUMO

Com a promulgação da Constituição de 1988, o direito fundamental de acesso à efetiva tutela jurisdicional despertou, na doutrina processual contemporânea, o estudo sobre a *eficácia social* do processo na proteção e concretização dos direitos fundamentais por meio de tutela efetiva e tempestiva. Por sua vez, a efetivação de ditos direitos depende de um novo paradigma de jurisdição que não se limite à mera declaração do direito. Hodiernamente, é imprescindível o exercício de uma jurisdição onde o direito seja criado e não apenas declarado. Impõe-se a realização de uma jurisdição construtiva, onde todos os sujeitos processuais compartilhem ônus e bônus. Desta feita, a fim de obtermos a efetiva tutela jurisdicional, torna-se imperioso que o jurisdicionado possa ver os seus direitos, liberdades e garantias defendidas, devidamente reconhecidos e efetivados. Assim, o acesso à efetiva tutela jurisdicional deve ser compreendido como o direito fundamental em que o jurisdicionado tenha acesso à jurisdição de forma real, e não meramente formal ou teórica, por meio de decisões justas e tempestivas, afirmando-se dessa forma os valores dispostos nos artigos 5º, XXXV, e 3º, I, ambos da Constituição Federal da República do Brasil.

Palavras-Chave:

Direitos Fundamentais – acesso à jurisdição – tutela jurisdicional – efetividade do processo

RESUMEN

Con la promulgación de la Constitución de 1988, el derecho fundamental de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva despertó en la doctrina procesal actual, el estudio sobre la eficacia social del proceso en la protección y concreción de los derechos fundamentales por medio de la tutela efectiva y en debido tiempo. A su vez, la efectivización de dichos derechos es dependiente de un nuevo paradigma de jurisdicción que no se limite a una mera declaración del derecho. Actualmente, es imprescindible el ejercicio de una jurisdicción constructiva, donde todos los sujetos procesales compartan responsabilidades. Para tener la efectiva tutela jurisdiccional es necesario que el jurisdicionado pueda ver sus derechos reconocidos y efectivizados. De esta Manero, el acceso a la efectiva tutela jurisdiccional debe ser comprendido como el derecho fundamental donde el ciudadano tenga acceso a la jurisdicción real, y no solo formal o teorica, por medio de decisiones razonables y a debito tiempo, afirmando así los valores ordenados en los artículos 5º, XXXV, y 3º, I, ambos de la Constitución Federal de La Republica del Brasil.

Palabras-llaves:

Derechos Fundamentales – Acceso a la jurisdicción – Tutela Jurisdiccional – Efectividad del proceso

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 NOÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
1.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
1.2.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão	24
1.2.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão	25
1.2.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão.....	27
1.2.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão.....	28
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS A PRESTAÇÕES POSITIVAS	30
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTICA.....	35
2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL COMO UM DIREITO PRESTACIONAL GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	37
2.2 JURISDIÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	43
2.2.1 Jurisdição.....	45
2.2.2 O Significado de Tutela Jurisdicional Efetiva.....	58
3 EFETIVIDADE DO PROCESSO E TUTELA JURISDICIONAL.....	66
3.1 EFETIVIDADE DO PROCESSO E A CONTRIBUIÇÃO DO PODER LEGISLATIVO.....	75
3.2 O PAPEL DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consolida um estudo acerca das garantias constitucionais pertinentes ao acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental na perspectiva do processo civil brasileiro. A partir do início do movimento de constitucionalização do processo civil ou da processualização da constituição (como preferem os autores lusitanos), passamos a verificar que certas garantias processuais, como por exemplo, o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), bem como o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV), passaram a ter *status* de direitos fundamentais, representando valores esculpidos pelo legislador constituinte originário.

Hodiernamente, a concepção de acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental, assumiu na doutrina processual contemporânea plena força, resgatando concepções teóricas para a formatação de uma teoria do processo civil capaz de contemplar as expectativas da nova realidade social, marcada pelo dinamismo da modernidade contemporânea.

Assim sendo, a doutrina passou a concebê-lo não mais num conceito uno de acesso à justiça, mas, sim, de acesso efetivo à tutela jurisdicional. Isso porque, quando a Constituição Federal assegura o amplo acesso à tutela jurisdicional (art.5º, XXXV), refere-se a um direito subjetivo, e não à mera possibilidade de ingresso com a demanda.

Seguramente, desde a promulgação da Constituição de 1988, o direito fundamental de acesso à justiça passou a despertar, na doutrina processual contemporânea, o estudo sobre a *eficácia social* do processo, a fim de aquilatar se, com a medida utilizada na proteção e garantias de direitos – sejam eles

fundamentais ou não -, houve a concreta produção dos efeitos pretendidos. Com efeito, desde então, o Pacto Constitucional gravou o processo civil através da introdução de valores sociais, buscando-se construir uma sociedade mais livre, justa, e solidária, nos termos do seu art. 3º, inciso I.

Nessa esteira, em meio à morosidade e os seus respectivos reflexos nocivos ao monopólio jurisdicional prestado pelo Poder Judiciário, mostra-se necessário que repensemos o processo civil sob a ótica da contemporaneidade, ou seja, um instrumento de justiça social útil, adequado, capaz de garantir o acesso efetivo à tutela judicial e à realização do direito material.

Postas essas coordenadas iniciais, a primeira parte do trabalho dedica-se à apresentação de noções gerais sobre direitos fundamentais e suas diferentes dimensões (direitos fundamentais de primeira, segundo, terceira e quarta dimensão), bem como a compreensão dos direitos fundamentais como direitos a prestações positivas.

Dessa forma analisa-se de forma panorâmica a sua perspectiva histórica, a fim de que se possa estabelecer uma compreensão adequada correlata aos direitos fundamentais, conhecendo-se melhor a sua evolução no decorrer da história. O passo seguinte no presente estudo visa a estabelecer o conceito mais adequado sobre direitos fundamentais.

No segundo capítulo, analisa-se o direito fundamental de acesso à Justiça como um direito prestacional garantido pela Constituição Federal de 1988, onde se aborda o conceito de acesso à justiça à luz do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Trabalha-se, pois, com a idéia de direitos fundamentais e acesso à justiça, mostrando que ao logo dos tempos, o conceito de acesso à justiça vem sofrendo mudanças, tal qual a própria evolução dos direitos fundamentais.

Demonstra-se que contemporaneamente o direito de acesso à justiça passou a ser compreendido como um requisito fundamental dentro de um sistema jurídico que aspirasse não apenas *eleger* direitos, mas sim *garanti-los* e *efetivá-los*.

Mais além, analisa-se o tema pertinente à jurisdição e à tutela jurisdicional. No que tange à jurisdição, procura-se traçar a distinção entre o conceito e função da jurisdição clássica à luz da matriz do Estado Liberal, com apoio na doutrina de Chiovenda, Carnelluti, dentre outros autores que elaboraram suas respectivas doutrinas sob essa perspectiva, e o conceito contemporâneo de jurisdição.

Outrossim, trabalha-se, também, com o significado de tutela jurisdicional efetiva, demonstrando que aquele conceito inicial de acesso à justiça vai mais além do que a possibilidade de mero ingresso com a ação. Trata-se do encaminhamento do que vem a ser a tutela jurisdicional efetiva, na medida em que, sendo o direito de acesso à justiça típico direito subjetivo, há que retirá-lo da sua forma estática, a fim de desencadear uma atividade jurisdicional mais pró-ativa.

No terceiro e último capítulo procura-se demonstrar a relação existente entre efetividade do processo e tutela jurisdicional. A partir de uma visão contemporânea do processo civil identifica-se que ele tem suas linhas mestras traçadas por meio do Direito Constitucional, tendo este como sua base fundamental. Desta feita, procura-se demonstrar que o aspecto axiológico que permeia o texto Constitucional fez com que se refletisse no processo civil todo um modo-de-ser de um povo, representado por valores políticos, econômicos, sociais, éticos e jurídicos.

Nessa perspectiva, examina-se o processo civil contemporâneo, a fim de demonstrar que este guarda íntima relação com a idéia de efetividade do processo (aliás o norte a ser seguido por ele), na medida em que não se busca mais a mera declaração do direito, mas sim a efetividade e efetivação desses direitos.

Por fim, examina-se o tema pertinente efetividade do processo e a contribuição do Poder Legislativo no sentido de se alcançar o acesso à efetiva tutela jurisdicional, bem como a contribuição dos sujeitos processuais, a fim de que o processo se torne efetivo. Procura-se enfatizar a participação dos sujeitos da relação processual como condição de viabilizar a efetividade do processo, importando num compromisso assumido por todos na busca de decisões justas, e em razoável espaço de tempo.

É importante noticiar que a metodologia utilizada é expositivo-reflexivo, onde as fontes de pesquisa jurídica utilizadas foram a doutrina (livros e artigos

especializados), jurisprudência, legislação e bibliografia estrangeira. Assim sendo, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que o direito fundamental de acesso à efetiva tutela jurisdicional, enquanto direito subjetivo, depende muito de um modelo de processo civil que sirva de espaço de efetivação concreta do direito material, mais consentâneo com a realização de valores, principalmente aqueles estampados na Constituição Republicana de 1988. Procura-se dar a devida importância à conexão existente entre a jurisdição, processo e tutela jurisdicional na realização dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal.

1 NOÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo acerca dos direitos fundamentais, envolvendo a sua conceituação, suas diferentes dimensões, sua concepção como direitos a prestações, até chegarmos a sua positivação no instrumento constitucional, necessita que sejam feitas algumas considerações preliminares pertinentes à sua perspectiva histórica, a fim de compreendermos de onde partimos, aonde chegamos e até onde poderemos ir.

Assim sendo, para que possamos estabelecer uma compreensão adequada correlata aos direitos fundamentais, impende conhecermos melhor a sua evolução no decorrer da história.

Efetivamente, a primeira etapa deste estudo não visa a esgotar a temática correlata à instigante historicidade dos direitos fundamentais, visto que se dará muito mais de uma forma panorâmica e não pontual, mas de certa forma fará um apanhado temporal, até para possibilitar que nos situemos no tempo e no espaço de todo esse desenvolvimento que marcou especialmente o surgimento do Estado constitucional.

Com efeito, dentro desse contexto histórico, importante se faz inicialmente demonstrar a existência de uma época anterior ao *Virginia Bill of Rights* (1776) e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789), bem como do período posterior a esses documentos, caracterizada pela denominada constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais, conforme bem assinala Gomes Canotilho.¹

Desta feita, sem dúvida nenhuma, de todos os documentos anteriores às declarações supracitadas, aquele que maior relevância alcançou foi a chamada *Magna Carta* (1215), celebrada entre o Rei João Sem-terra, os Bispos e os Barões da época. Tratava-se de um pacto subscrito entre o rei e os nobres, muito comum no regime feudal, confirmando uma idéia de afirmação de direitos corporativos da

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 500.

aristocracia feudal em face do seu soberano.² Não obstante trouxesse no seu bojo a consolidação de direitos estamentais, forneceu elementos que iniciaram a transformação dos *direitos corporativos* em *direitos dos homens*.³

Mais adiante, já no século XVI, verifica-se que a doutrina jusnaturalista medieval já defendia o reconhecimento dos chamados “direitos naturais dos indivíduos” (liberdade e dignidade do homem), direitos estes que se sobrepunham ao direito positivo, onde o dever de obediência deste último estaria condicionado à conformidade com o direito natural.⁴ Assim, a partir das concepções cristãs dessa época,⁵ deu-se início ao pensamento de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, pertinentes à natureza humana.⁶

Neste contexto, quatro séculos após a concepção da *Carta Magna*, são promulgadas a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus* (1679), e o *Bill of Rights* (1689), cujos conteúdos denotavam expressiva transformação dos direitos de liberdade, agora extensivos ao plano geral do Direito público. Conforme assinala Perez Luño, ditos documentos representaram uma notável ampliação das liberdades já reconhecidas, estendendo sua titularidade daquele círculo inicial de nobres a todos os cidadãos ingleses.

En este largo período las libertades enunciadas en estas cartas sufren una profunda metamorfosis. De libertades estamentales, es decir, de principios delimitadores del *status* social, jurídico y político de la persona en régimen de Derecho privado, pasan a ser libertades generales en el plano de Derecho público. Es cierto que la mayor parte de estos documentos proclaman su vinculación a los que los han precedido, y se representan como mera repetición e restauración de antiguos derechos y libertades; sin embargo, su contenido registraba una notable ampliación de las libertades

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 502.

³ Nesse sentido, destaca-se na *Carta Magna* o artigo 39, onde prescrevia que “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. Muito embora destinado a determinadas castas sociais, acabou mais tarde por adquirir uma dimensão maior, a partir do momento em que o conceito de homem livre se tornou comum a todo cidadão inglês.

⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 30.

⁵ Foi a partir do cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir, conforme MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV, p.17.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 502.

reconocidas, extendiéndose su titularidad desde el estricto círculo nobiliario a todos los ciudadanos ingleses.⁷

Outrossim, no século XVIII, foi com Locke que a defesa dos direitos naturais à liberdade, à vida e à propriedade se converteu no fim prioritário da sociedade civil, bem como no princípio legitimador básico do governo.⁸

Nesse mesmo período, destacou-se a doutrina de Rousseau, na medida em que concebeu a mais célebre teoria do contrato social, onde toda a forma de poder somente se justificaria com o livre consentimento dos membros da sociedade, consentimento aqui compreendido como expressão da vontade geral, para cuja formação concorria cada cidadão em condição de igualdade, e que constituía o fundamento da lei entendida como instrumento de garantir e limitar a liberdade. Nesse sentido, as precisas palavras de Perez Luño:

Posteriormente, ya en pleno siglo XVIII, Rousseau concibió la formulación más célebre de la teoría del contrato social, para justificar mediante ella toda forma de poder en el libre consentimiento de los miembros de la sociedad. Dicho consentimiento halla su expresión en la voluntad general, a cuya formación concurre cada ciudadano en condiciones de igualdad, y que constituye el fundamento para garantizar y limitar la libertad.⁹

Tanto Locke quanto Rousseau construíram suas teorias concebendo a liberdade como *liberdade no Estado-sociedade*, como corpos políticos indiferenciados, contrariamente àquela idéia inicial exclusiva de uma liberdade perante o Estado, conforme assevera Canotilho:

Se as idéias contratuais de Hobbes desembocaram na legitimação do poder absoluto, em Locke a teoria contratual conduzirá à defesa da *autonomia privada*, essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade, e à propriedade. Esta concepção do individualismo possessivo influenciará, em parte, decisivamente, a *teoria liberal* dos direitos fundamentais que os considerará sempre como *direitos de defesa* do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada. Deve realçar-se, porém, que a doutrina de Locke, juntamente com a de ROUSSEAU, concebia a liberdade como *liberdade no Estado-sociedade*, como corpos políticos indiferenciados, ao contrário das doutrinas

⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**, p. 35.

⁸ Idem, p. 31.

⁹ Idem, p. 32.

fisiocráticas da ordem natural, conducentes à concepção exclusiva de uma liberdade perante o Estado.¹⁰

Concomitantemente a todo esse processo de construção doutrinária pertinente aos direitos fundamentais, fundado na idéia de universalidade (comum a todos os seres humanos), operava-se uma efetiva recepção de direitos, liberdade e deveres individuais, denominados *latu sensu* de *cartas* ou *declarações de direitos*. Com efeito, em meio a todo esse processo de positivação das liberdades, é concebida a Declaração de Direitos do povo da Virgínia (1776), que, fundamentalmente, traduz todo aquele ideal jusnaturalista e individualista, onde o direito à liberdade, à propriedade e à felicidade pertine a todos os indivíduos desde o seu nascimento. Trata-se de faculdades universais, absolutas, invioláveis e imprescritíveis do povo norte-americano.

De outra banda, mais precisamente em 1789, surge uma das maiores contribuições dos franceses à humanidade, representada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da revolução que provocou a queda do antigo regime e a instauração da ordem burguesa no Estado francês.¹¹ A declaração votada pela Assembléia Constituinte da França revolucionária confirmara mais uma vez o caráter universal dos direitos, com insofismável natureza individualista, onde considerava como direitos inerentes à natureza humana, o direito à liberdade, à propriedade, à segurança e a resistência à opressão. Com isso, somente a lei poderia limitar o gozo de ditos direitos naturais de cada cidadão, lei esta concebida como a expressão da vontade geral como já assinalara Rousseau, nas palavras de Perez Luño.¹²

Como bem observa Canotilho, dita declaração intitulava-se como *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, porquanto o primeiro dizia respeito ao homem como tal, enquanto o segundo pertine ao homem enquanto ser social, como indivíduo que vive em sociedade.¹³

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 504.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51.

¹² LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**, p. 36.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 518.

Neste particular, relevante são as considerações feitas por Paulo Bonavides, quando aduz que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário final o gênero humano (maior grau de abstração), enquanto que as declarações antecedentes de ingleses e americanos denotavam menor grau de abrangência, vez que dirigidas a castas sociais, representada por direitos de cunho estamental.¹⁴ Efetivamente, o legado francês foi de expressiva importância, na medida em que serviu de esteio a toda ação de reconhecimento e constitucionalização dos direitos e liberdades fundamentais nas diferentes constituições que se seguiram.

Todavia, foi durante a segunda metade do século XVIII, onde se processou a substituição do termo “direitos naturais” pela expressão “direitos do homem”, denominação esta popularizada no âmbito doutrinário por Thomas Paine, por ocasião da célebre obra *The Rights of Man* (1791/1792).¹⁵ Esta nova denominação denotava a aspiração do jusnaturalismo iluminista de converter em direito positivo, em preceitos de máxima categoria normativa, os direitos naturais.

Por fim, consoante assinala José Carlos Vieira de Andrade, foi ao término do século XVIII, com as revoluções liberais, que os direitos fundamentais triunfaram politicamente, cuja transcrição se oportuniza:

Os direitos fundamentais triunfaram politicamente nos fins do século XVIII com as revoluções liberais. Aparecem, por isso, fundamentalmente, como *liberdades*, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida econômica e social, como na vida pessoal.¹⁶

Mais adiante concluiu o citado autor:

Neste contexto, os direitos fundamentais eram vistos como *liberdades*, cujo conteúdo era determinado pela vontade do seu titular (e tendia a incluir a possibilidade de não exercício), ou com *garantias*, para assegurar em termos institucionais a não intervenção dos poderes públicos

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 562.

¹⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**, p. 32.

¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 51.

– em qualquer caso, enquanto *derechos de defensa* dos indivíduos perante o Estado.¹⁷

Postas essas coordenadas a respeito da evolução histórica dos direitos naturais para os direitos dos homens, cumpre referir ter sido, no decorrer do século XIX (verificado o avanço do processo de industrialização), que se iniciou o desenvolvimento e reivindicação por parte do proletariado dos chamados direitos econômicos e sociais, notadamente a partir do *Manifiesto comunista* (1848), redigido por Marx e Engels. O manifesto culmina com a revolução Russa (1917), dando ensejo à formação da União Soviética.

Paralelamente na América, e num pleno crescente do movimento de conciliação entre os direitos de liberdade com os direitos sociais, temos, como exemplo de avanço deste processo de desenvolvimento e evolução dos direitos do homem, a Constituição do México (1917), cujo predicado foi de conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais, superando, assim, os pólos opostos do individualismo e do coletivo. Nesse sentido são oportunas as palavras de Perez Luño:

La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo.¹⁸

Contudo, o texto constitucional que melhor refletiu essa nova regulação dos direitos fundamentais, em meio à transformação do Estado liberal para o Estado social de Direito, foi a Constituição de Weimar (Alemanha, 1919). O instrumento constitucional alemão primou no seu sistema de direitos fundamentais pela conjugação das liberdades individuais com os direitos econômicos, sociais e culturais.

Esse modelo constitucional serviu, a partir de então, de fonte inspiradora para diferentes cartas constitucionais que se seguiram, como por exemplo, a

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 53.

¹⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**, p. 39.

Constituição francesa de 1946, a Portuguesa de 1976, e a Constituição Espanhola de 1978, dentre muitas outras. Parece-nos que o grande salto de qualidade, havido nessa fase de desenvolvimento dos direitos fundamentais, decorreu da ampliação dos direitos sociais, em razão das mudanças econômicas, culturais e sociais havidas no século XX.¹⁹

Por sua vez, na perspectiva universalista ou internacionalista, cumpre referir que foi durante e posteriormente à Segunda Guerra Mundial que se percebeu a necessidade de criar, ao nível da comunidade internacional, ferramentas jurídicas capazes de proteger e dar desenvolvimento aos direitos fundamentais dos indivíduos. A própria experiência do Estado totalitarista fez com que, em 10 de dezembro de 1948, fosse firmada, em Paris, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.²⁰

A referida declaração representou a consolidação da idéia de que a responsabilidade universal era a chave para a sobrevivência humana, ou seja, a melhor garantia para os direitos do homem e para a paz mundial, na medida em que foram necessários mais de 5.000 anos de história registrada, com milhares de guerras, sistemas opressivos, escravidão, genocídios, guerras santas, repressão

¹⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**, p. 40.

²⁰ Sobre os ideais inspiradores da Declaração dos Direitos do Homem, transcrevemos o preâmbulo para sua melhor compreensão: “**Considerando** que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; **Considerando** que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; **Considerando** que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão; **Considerando** que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; **Considerando** que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; **Considerando** que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais; **Considerando** que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição”. DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/direitoshumanos.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2006.

hedionda, tortura, destruição em massa, e também infindáveis lutas pela liberdade, surgimento da Imprensa, Revolução Francesa, Revolução Industrial, e finalmente uma Guerra Mundial onde foi inaugurado o terror nuclear, para que a humanidade concluísse que, garantindo tais direitos e harmonizando os povos e o mundo, dar-se-ia um passo importantíssimo.

Mais adiante, nessa esteira, em 1969, foi assinada, na Costa Rica, a *Convenção Americana dos Direitos do Homem*, que entrou em vigor em 18 de julho de 1978. Posteriormente, outras convenções e declarações restaram firmadas no cenário internacional, denotando a preocupação hodierna dos Estados na garantia e proteção dos direitos fundamentais.

De todo o exposto, percebe-se que o processo de afirmação dos direitos fundamentais é algo crescente na história mundial, conforme demonstrado neste breve panorama histórico, culminando com a sua positivação nas diferentes cartas constitucionais. Com efeito, o passo seguinte, no presente estudo, será no sentido de delimitarmos o seu conceito.

1.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Freqüentemente, as expressões *derechos do homem* e *derechos fundamentais* são utilizadas como se o mesmo significado expressassem.²¹ De certa forma, esse uso promíscuo de ditas denominações na literatura jurídica dá-se devido ao emprego reiterado do termo *derechos do homem* e *derechos humanos*, entre autores anglo-americanos e latinos, ao passo que os autores alemães preferem utilizar a denominação *derechos fundamentales* por razões históricas.²²

Todavia, a distinção que se faz necessária dessas expressões passa diretamente por suas origens e significados, onde *derechos do homem* dizem respeito a direitos válidos a todos os povos (caráter universal), enquanto *derechos*

²¹ Em relação às demais expressões tidas como análogas, de forma equivocada, tais como *derechos naturais* (vinculado a uma posição jusnaturalista), *derechos públicos subjetivos* (vinculado à escola de Direito público Alemão do século XIX), *liberdades públicas* (formulada no âmbito da doutrina francesa), direitos morais (de matriz anglo-saxão), confira crítica formulada de forma pertinente por MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. "Curso de Derechos Fundamentales". In: **Boletín Oficial Del Estado**, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 25-35.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 552.

fundamentais significam os direitos do homem que o direito vigente qualifica como tais.

Quanto à pertinência da adoção do termo direitos fundamentais ao invés da terminologia direitos humanos, esclarece Gregório Peces-Barba Martinez que direitos fundamentais é uma expressão mais precisa que direitos humanos, menos ambígua que esta última. Outrossim, destaca em favor da adoção da expressão direitos fundamentais, o fato de que a tradição lingüística dos juristas lhe atribui essa dimensão vinculadora ao seu reconhecimento constitucional ou legal.²³

Corroborando nesse sentido, são oportunas as palavras de Canotilho quando leciona que os direitos do homem são pertinentes à sua natureza humana, de caráter inviolável e universal, enquanto os direitos fundamentais corresponderiam aos direitos objetivamente vigentes, numa ordem jurídica constitucional de um determinado país.²⁴

De outra banda, numa conceituação *prima facie* acerca dos direitos fundamentais, assevera Jorge Miranda:

Na verdade, precisamente, por os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias da cada época e lugar.²⁵

Para o citado autor, em suma, deve-se ter por direitos fundamentais toda a posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagrada no Pacto Constitucional.²⁶

A partir destas primeiras distinções, denota-se que o termo *direitos do homem* melhor representa o ideal jusnaturalista, enquanto que a expressão *direitos fundamentais* se traduz numa forma mais avançada do próprio processo de

²³ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. "Curso de Derechos Fundamentales". In: **Boletín Oficial Del Estado**, p. 36-7.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 517.

²⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV, p. 10.

²⁶ Idem, p. 8.

positivação dos direitos naturais no instrumento constitucional. Nessa senda, esclarecedora é a lição de Jorge Miranda acerca do significado de direitos fundamentais:

Se a Constituição é o fundamento da ordem jurídica, o fundamento de validade de todos os actos do Estado (como diz o art. 3º da Constituição Portuguesa), direitos fundamentais são os direitos que, por isso mesmo, se impõem a todas as entidades públicas e privadas e que incorporam os valores básicos da sociedade.²⁷

Hodiernamente, passamos a conceber o conceito de direitos fundamentais como sendo todos aqueles direitos ou garantias previstas e nomeadas com esse *status* no instrumento constitucional. Contudo, é insofismável que os direitos fundamentais, de certa maneira, serão sempre direitos humanos na medida em que seu titular será o ser humano, ainda que representado por grupos, povos, etc.²⁸

No âmbito dessas discussões, assinala Perez Luño que a forma mais correta de aferirmos a diferença entre uma e outra expressão seria o da concreção positiva dessas duas categorias, onde o termo *derechos humanos* seria concebido muito mais como conceito de contornos mais amplos e imprecisos do que *derechos fundamentales*, vez que este último constitui um conjunto de direitos e liberdades reconhecidos positivamente pelo ordenamento jurídico de determinado Estado.²⁹

Nesse sentido, transcrevemos a lição de Pedro Cruz Villalón, quanto à definição sobre direitos fundamentais:

Derechos fundamentales son los derechos subjetivos anteriormente identificados, en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica.³⁰

Com isso, verificamos que toda essa precisão conceitual supra delineada pretende aclarar o âmbito semântico acerca das expressões *derechos do homem* e

²⁷ Conforme, por todos, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV, p. 51-2.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 35.

²⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**, p. 46.

³⁰ VILLALÓN, Pedro Cruz. **La Curiosidad del Jurista Persa, y otros Estudios sobre La Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1999, p. 30.

direitos fundamentais, tendo em vista que a pluralidade de seus significados podem nos levar a possíveis equívocos.

Cumpra assinalar, todavia, que compreender a diferença entre ambos, não significa desacreditar da estreita relação existente entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, em razão de que, a maioria das Constituições do segundo pós-guerra, teve como inspiração a Declaração Universal de 1948 (bem como os diversos documentos internacionais que a sucedeu), mostrando que cada vez mais se afirma um processo de harmonização, tendente ao que vem sendo chamado de um “direito constitucional internacional”.³¹

Então, como ponto de convergência, é possível afirmarmos que os direitos humanos são uma categoria prévia, legitimada e informadora dos direitos fundamentais, sendo estes uma categoria descritiva dos direitos humanos devidamente positivados no ordenamento jurídico.

Portanto, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com os instrumentos constitucionais, a partir dos quais se tornaram reconhecidos e garantidos, sendo que sob essa perspectiva deverão ser compreendidos. Ausente a positivação jurídico-constitucional, os direitos fundamentais serão tão-somente aspirações, serão direitos não garantidos por meio de normas estabelecidas no texto constitucional.

Os direitos são *fundamentais*, porque sem eles os seres humanos não têm a base normativa para serem realizadas, no plano concreto, suas aspirações e desejos viáveis de tutela constitucional capaz de lhe garantir convivência digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem ou cor.

1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrarmos no estudo da classificação das diferentes *dimensões* dos direitos fundamentais, importante é dizer que certa parte da doutrina também utiliza a expressão *gerações* no escopo de estudar a evolução histórica e desenvolvimento dos direitos fundamentais. Com efeito, optamos pelo uso do termo *dimensões* dos direitos fundamentais, haja vista que melhor representa a idéia de

³¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**, p. 42.

evolução de ditos direitos, contrariamente à concepção de *gerações* que denota a impressão de modificação progressiva de uma geração por outra, de substituição dos direitos fundamentais ao longo do tempo.³²

Assim sendo, trabalharemos com a seguinte classificação das diferentes dimensões destes direitos: a) direitos fundamentais de primeira dimensão (decorrentes da relação Estado x cidadão); b) direitos fundamentais de segunda dimensão (concepção política do Estado); c) direitos fundamentais de terceira dimensão (de titularidade difusa ou coletiva); d) direitos fundamentais de quarta dimensão (direitos relativos à informática, *softwares*, biociência, eutanásia, clonagens, dentro outros).

1.2.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, surgida no final do século XVII, inaugura-se como o florescimento das liberdades públicas, consubstanciada por direitos e garantias individuais, os quais encontravam, na limitação do poder estatal, seu embasamento.

Cumprе observar que o seu traço marcante é a noção de individualidade. Segundo Paulo Bonavides, ditos direitos têm por titular o indivíduo, ostentam uma subjetividade (característica marcante), sendo oponíveis perante o Estado (direitos de resistência).³³ Em suma, são os direitos da liberdade (os primeiros a constarem no instrumento constitucional), que privilegiam por primeiro o homem-singular, das liberdades abstratas, e que compõem a sociedade civil, conforme assinala o citado autor.

Esse direito à liberdade, envolve, na verdade, várias liberdades, quais sejam, liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião, culto, e de associação, entre outras. Tais liberdades são caracterizadas como direitos fundamentais de defesa. Aqui, essas ações negativas destinadas ao Estado passam a constituir uma dimensão fundamental correlata aos direitos fundamentais de primeira dimensão.

³² A expressão “dimensões dos direitos fundamentais” foi empregada num primeiro momento por José Carlos Vieira de Andrade (**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 15-37), e que vem sendo também utilizada no direito pátrio por Ingo Wolfgang Sarlet (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 53).

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 564.

Nesta fase da história, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (no sentido formal) tornam-se protegidos, sendo conferido ao Estado somente agir nos limites delineados pela lei. Com efeito, a matriz dos direitos de primeira dimensão esteia-se no pensamento liberal-burguês do século XVIII, como forma de direito de defesa e é representado por direitos de caráter “negativo” (*status negativus*). Trata-se, pois, de direitos que se opõem ao Estado.

Lecionando a respeito, bem refere Wilson Antônio Steinmetz que, nesta fase, “os direitos fundamentais são direitos subjetivos de liberdade frente ao Estado; são direitos que demarcam uma esfera de liberdade individual e social, intransponível aos poderes públicos.”³⁴

Efetivamente, os direitos fundamentais de primeira dimensão são caracterizados pelo direito à liberdade (Direito-chave de cunho individual), pela função omissiva do Estado (prestação negativa), por seu destinatário (o Estado), bem como pela concepção política do Estado (liberal). São, pois, direitos civis e políticos, cuja projeção de universalidade formal já se consolidou, inexistindo Constituição (digna desse nome) que não os tenha reconhecido.³⁵

1.2.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, até pela própria evolução da sociedade em si, nascem umbilicalmente ligados ao princípio da igualdade (acepção substancial)³⁶. São os chamados direitos sociais, culturais e econômicos, consagrados em meio ao século XX, onde os seus destinatários devem receber tratamento isonômico.

Neste período, os problemas sociais e econômicos da época, aliados à industrialização fizeram com que muitos movimentos de reivindicação impusessem ao Estado a concretização de direitos tendentes à realização da justiça social. A junção desses elementos fez com que o Estado saísse daquela posição inicial de inércia (prestações negativas), para assumir uma função no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos.

³⁴ STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 563.

³⁶ Idem, p. 564.

Como bem observa Wilson Steinmetz em relação a essa dimensão dos direitos fundamentais, “aqui, cabe ao Estado criar os pressupostos sociais para a realização da liberdade conferida pelos direitos fundamentais. Estes não são apenas direitos de defesa, mas também fundamentam pretensões de prestações sociais frente ao Estado”.³⁷

Desta feita, temos aqui os direitos fundamentais como direitos de prestações, onde estes devem ser concebidos como direitos de acesso e utilização de prestações estatais, retratando a mudança do paradigma das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Não se trata mais de liberdade *do* e *perante* o Estado, mas de liberdade *por meio* do Estado.³⁸

Dentro da perspectiva histórica, a segunda geração dos direitos fundamentais surge logo após a Primeira Grande Guerra, compreendendo, pois, os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam a assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem.

Nessa dimensão, os direitos sociais não postulam mais a abstinência estatal como no Estado liberal, exigindo, agora, a intervenção pública na realização destes direitos, pois a intervenção não é mais vista como um limite, mas, sim, como um fim do Estado. Como exemplos dessa ideologia pós-guerra, temos a Constituição mexicana (1917), e a Constituição de Weimar (1919), que modificaram de forma substancial a relação existente entre Estado e cidadão, na medida em que, a partir do surgimento do Estado social, os direitos fundamentais deixaram de ser representados por direitos de caráter “negativo” (*status negativus*), para assumir uma nova concepção de facilitar pretensões de prestações sociais perante o Estado.

Contudo, há que se ressaltar, ainda, que os direitos fundamentais de segunda dimensão não abarcam tão-somente os direitos de cunho positivo, como observa Ingo Sarlet, mas também congregam as intituladas *liberdades sociais*, tais como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, os direitos dos trabalhadores

³⁷ STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**, p. 107.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 55.

(direito a férias e ao repouso semanal remunerado), entre tantos outros direitos significativos.³⁹

Desta feita, percebe-se que os direitos fundamentais de segunda dimensão são representados fundamentalmente pelo direito à igualdade (sentido material), pela função promocional do Estado (prestação positiva), pelo Estado como seu destinatário, pela concepção política de Estado Social, sendo o direito tutelado de cunho individual (com traços de homogeneidade).

1.2.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão

A terceira dimensão dos direitos fundamentais engloba os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*. O meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, o avanço da tecnologia, o direito ao desenvolvimento, são alguns dos itens componentes do vasto catálogo de direitos de solidariedade, prescritos nos textos constitucionais hodiernos, e que constituem a terceira dimensão dos direitos fundamentais. São denominados direitos de solidariedade humana, na medida em que têm por destinatário toda a coletividade.

Trata-se de direitos que resultaram das novas postulações fundamentais dos indivíduos, criadas a partir do crescente impacto tecnológico, bem como pela fase de descolonização do segundo pós-guerra e suas respectivas conseqüências.⁴⁰

A peculiaridade dos direitos de terceira dimensão pertine à sua titularidade coletiva que, no mais das vezes, se torna indeterminável e indefinida (em que pese preserve a sua dimensão individual). Segundo observa Paulo Bonavides, os direitos fundamentais da terceira dimensão são dotados de alto conteúdo de humanismo e universalidade, não se destinando mais à proteção de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, passando a ter por destinatário final o gênero humano.⁴¹

Toda essa transformação denota que os direitos e garantias fundamentais não podem ser mais vistos na sua ótica absoluta de titularidade, porquanto as ações da humanidade e suas conseqüências estão centradas na esfera do difuso, do

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 56.

⁴⁰ Idem, p. 57.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 569.

coletivo, como por exemplo, a preservação do meio ambiente.⁴² Consoante assevera Bolzan de Moraes, o cerne destes direitos deixa de ser o direito individual (egoístico), e passa a ser efetivamente coletivo, onde a socialização e a coletivização assumem contornos fundamentais.⁴³

Desta feita, a efetivação desses direitos pressupõe uma compreensão solidária dos mesmos pelo ser humano, e em especial da sociedade, vez que não há possibilidade de fruição egoísta.⁴⁴

Então, podemos dizer que os direitos fundamentais da terceira dimensão são caracterizados pelo direito à fraternidade, impondo ao Estado a efetivação de prestações complexas (omissiva e promocional), cuja eficácia vinculativa da norma é o Estado e o cidadão, tendo por espécie de direito tutelado os direitos coletivos e difusos, intimamente atrelados ao direito individual.

1.2.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão

Em que pese a divergência existente na doutrina quanto à formulação de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, há que se referir que, dada a característica de categoria aberta e mutável destes, existe sólida inclinação no sentido de reconhecê-la.

Na doutrina pátria, a admissão e reconhecimento dessa quarta dimensão, veio pelas mãos do festejado Paulo Bonavides que, defendendo o reconhecimento da sua existência, alertava, contudo, que a sua consagração dependia de normas do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Para Bonavides o reconhecimento dessa nova dimensão dos direitos fundamentais é resultado da globalização dos direitos fundamentais pertinentes à fase de institucionalização do Estado social (universalização no plano social).⁴⁵

Consoante entendimento do citado autor, os direitos fundamentais de quarta dimensão podem ser representados pelos direitos à democracia, ao pluralismo e à

⁴² SCHAFFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31.

⁴³ MORAES, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 125.

⁴⁴ SCHAFFER, Jairo. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 524.

informação.⁴⁶ Há quem sustente que, nessa dimensão dos direitos fundamentais, é permitido o acesso da sociedade, por meio de grupos especializados, ao controle e à gestão da *res publica*,⁴⁷ citando como exemplo, os conselhos que atuam ao lado dos serviços públicos que, anteriormente, eram prestados de forma unilateral pelo Estado, de sorte que este cede apenas os bens, sendo o controle realizado por órgãos colegiados de composição heterogênea, nos quais estão presentes representantes da sociedade civil.⁴⁸

Destarte, cumpre frisar que o ordenamento infraconstitucional prevê inúmeros outros instrumentos de participação da comunidade, como por exemplo, o orçamento participativo adotado por alguns dos vários entes federativos, no qual a sociedade civil, ao lado do Poder Público, prioriza e elege os investimentos a serem realizados.⁴⁹

De outro lado, há quem afirme que os direitos relativos à informática, *softwares*, biociência, eutanásia, clonagens, dentre outros, constituiriam a quarta dimensão dos direitos fundamentais. Todavia, ditos direitos seriam apenas uma nova roupagem deduzida, em sua grande parte, dos clássicos direitos de liberdade.⁵⁰

Contudo, a quarta dimensão dos direitos fundamentais encontra-se distante de um reconhecimento efetivo no direito constitucional e infraconstitucional interno

⁴⁶ Idem, ibidem.

⁴⁷ Cf. MIRANDA, Henrique Savoti. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 186.

⁴⁸ Nesse sentido, podemos citar como exemplos: o disposto no art 10 do Constituição Federal de 1988 que prevê “a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objetos de discussão e deliberação”; b) O inciso II do art 29 que prescreve “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”; c) o parágrafo 3º do art. 37 ao prescrever que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”; d) o inciso VII do art. 194, ao dispor ser objetivo da seguridade social assegurar o “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos colegiados”; e) o inciso III do art. 198 que prevê a “participação da comunidade” nas ações e serviços públicos de saúde; f) o inciso II do art. 204, que determina a “participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e controle das ações em todos os níveis” nas medidas governamentais na área da assistência social; g) a previsão de “gestão democrática do ensino público”, prescrita no inciso VI do art. 206; h) o parágrafo 1º do art. 227 que impõe ao Estado promover “programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais”; entre outros.

⁴⁹ Destaca-se como exemplo, ainda, o surgimento de mecanismos de parcerias público-privadas, instituídas a partir da Lei Federal n. 11.079/04 que, a exemplo do que já ocorria com os contratos de concessão de obras públicas, prevê a possibilidade de realização de investimentos na área de infraestrutura por empresas privadas.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 60.

(excetuando os casos previstos na Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o art. 29, inciso II, e o art. 204, inciso II), constituindo-se numa expectativa de que possamos avançar rumo a uma humanidade melhor.

Com efeito, o início do novo milênio prenuncia alterações na vida e na atitude dos homens. Nesse contexto, os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os coletivos, os difusos, conviverão com outros de notória importância e envergadura.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS A PRESTAÇÕES POSITIVAS

No que concerne aos direitos fundamentais a prestações positivas, verificamos, a partir da classificação antes mencionada, que estes estão localizados na perspectiva dos direitos fundamentais de segunda dimensão, notadamente vinculados à transformação do Estado de Direito para o Estado Democrático Social de Direito.

Assim, superada aquela idéia inerente aos direitos fundamentais de primeira dimensão, na qual o Estado detinha uma função de abstenção caracterizada pela ausência de intervenção na liberdade dos indivíduos, cabe-lhe, também, pôr à disposição dos cidadãos os meios materiais e implementar as condições fáticas que viabilizem o efetivo exercício das liberdades fundamentais.⁵¹

Essa função atribuída ao Estado contempla uma nova realidade social, onde o indivíduo necessita da intervenção estatal (prestação positiva) para fazer garantir aquelas liberdades já alcançadas no decorrer do Estado liberal. Lecionando a respeito, refere Alexy que o *direito à prestação* é a contrapartida exata do conceito de direito de defesa, na condição de direito a toda e qualquer atitude de abstenção do Estado.⁵² Assim, todo direito que exige uma ação do Estado é um direito à prestação (positiva).

⁵¹ Idem, p. 205.

⁵² ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 427.

Enquanto que os direitos de defesa exigem do Estado uma posição de abstenção (*status negativus*), os direitos a prestações impõem ao Estado uma proatividade, representada pelo *status positivus* de Jellinek, que implica uma postura ativa do Estado no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.⁵³

Nessa quadra, passamos a compreender que, ante a insuficiência dos direitos de defesa em assegurar a pretensão de eficácia que advém do pacto constitucional, deve-se assegurar ao indivíduo a condição de desfrutar das liberdades já garantidas, mediante atuação efetiva do Estado. Isso por que, como bem assinala Gilmar Mendes, não se trata mais tão-somente de ter liberdade em relação ao Estado, mas de usufruir essa liberdade por meio da atuação do Estado.⁵⁴

Postas essas considerações, cumpre referir que, segundo parte da doutrina germânica, os direitos a prestações podem ser considerados em sentido amplo (direitos de proteção e direitos à participação na organização e no procedimento), não se restringindo aos direitos sociais, bem como podem ser considerados em sentido estrito (identificados com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional).⁵⁵

No que ora nos interessa, passaremos a analisar o conceito sobre os direitos a prestações em sentido amplo, até porque o objeto de estudo do presente trabalho diz respeito ao direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, inc. XXXV, da CF), típico direito prestacional *lato sensu*.

Assim sendo, partimos da premissa de que todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito à prestação⁵⁶. Nesse sentido, podemos dividir os direitos a prestações em sentido amplo em três grupos: (i) direitos à proteção; (ii) direitos à organização e procedimento; (iii) direitos a prestações em sentido estrito.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 205.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 06.

⁵⁵ A respeito da distinção formulada pela doutrina alemã entre direitos a prestações em sentido amplo e restrito, há emblemática classificação feita por ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 419 e ss.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**, p. 427.

No que diz respeito aos direitos à proteção, há que se resgatar aquela idéia inicial de que ao Estado é dado o encargo de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos contra ataques por parte dos poderes públicos e de terceiros, por meio de medidas positivas, a fim de garantir de forma efetiva o gozo dos direitos fundamentais. Com efeito, nota-se aqui que o Estado evoluiu da posição de adversário para ocupar uma nova função de guardião desses direitos.⁵⁷

Quanto ao objeto dos direitos à proteção, nos valem da pertinente consideração feita por Ingo Sarlet:

É preciso levar em conta que estes não se restringem à proteção da vida e da integridade física, alcançando tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana em geral, a liberdade, a propriedade, incluindo até mesmo a proteção contra os riscos da utilização pacífica da energia atômica.⁵⁸

Não menos variadas são as formas possíveis de proteção (tarefa dos órgãos estatais), como argutamente refere Alexy, aduzindo que *“Ellas abarcan, por ejemplo, la protección a través de normas del derecho penal, de normas del derecho procesal, de acciones administrativas y de la actuación fáctica”*.⁵⁹

Destarte, o dever de proteção por parte dos poderes públicos implicará a averiguação das peculiaridades do caso concreto, verificando, pois, a dimensão da ameaça (se ela é efetiva ou não). Em caso positivo, será aferido se o poder público vem implementando de forma satisfativa a sua incumbência, conforme alerta Ingo Sarlet:

A forma como o Estado assume os seus deveres de proteção e os efetiva permanece, contudo (e de acordo com a doutrina germânica dominante), no âmbito de seu próprio arbítrio, levando-se em conta, neste contexto, a existência de diferentes alternativas de ação, a limitação dos meios disponíveis, a consideração de interesses colidentes e a necessidade de estabelecer prioridades, de tal sorte que não poderia, em princípio, falar em um dever específico de agir por parte do Estado.⁶⁰

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, p. 11.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 212.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 436.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 212.

Quanto aos direitos à organização e ao procedimento, importante se faz observar que são um sistema de princípios e regras voltados para a obtenção de um resultado,⁶¹ ou seja, direitos procedimentais que regulam a forma de tomada de decisões e a prática de condutas que têm por escopo a interferência nos direitos fundamentais do indivíduo, bem como a regulação de instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos fundamentais.⁶²

Sobre a dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, assinala Ingo Sarlet que sem que sejam colocadas à disposição dos indivíduos prestações estatais na esfera organizacional e procedimental, muito provavelmente a fruição de certos direitos fundamentais não se revelará possível ou, no mínimo, perderá em efetividade.⁶³

A par dessas constatações notamos o relevante papel exercido pelos direitos à organização e ao procedimento de um modo geral, como posições jurídico-prestacionais, na condição de efetivação dos direitos fundamentais.

Ao lado dos direitos de proteção, e dos direitos à organização e o procedimento, temos, ainda, os direitos a prestações em sentido estrito que correspondem aos direitos sociais. Consoante a doutrina de Alexy, a expressão “direitos a prestações em sentido estrito” está vinculada à concepção de um direito a algo, ou seja, são direitos do indivíduo frente ao Estado para uma prestação concreta a qual, se o seu titular possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obtê-lo também de particulares.⁶⁴

Na qualidade de normas definidoras de direitos fundamentais que garantem direitos a prestações materiais por parte do Estado (destinatário), os direitos fundamentais a prestações *stricto sensu*, acabam sendo vinculados aos direitos sociais (*status positivus socialis*). Contudo, há que se ressaltar que o conceito de direitos fundamentais sociais não se restringe à dimensão prestacional, abarcando também um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*, representado pelas

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**, p. 457.

⁶² SCHAFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**, p. 47.

⁶³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 215.

⁶⁴ *Idem*, p. 482.

liberdades sociais. Dessa forma, tomando como exemplos, o direito à greve e à liberdade sindical, consagrados nos artigos 8º e 9º, da Constituição Federal de 1988, podemos reconduzir ditos direitos de cunho social, ao grupo dos direitos de defesa.

Com efeito, notamos a partir da distinção traçada de que os direitos fundamentais sociais estão longe de formar um grupo homogêneo no instrumento constitucional pátrio em relação à sua forma de positivação, bem como ao seu conteúdo, haja vista a diferença de objeto e função entre as duas importantes distinções. Contudo, verifica-se que a distinção traçada entre a dimensão positiva e negativa dos direitos fundamentais possui extrema relevância prática.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça pertence aquele rol de direitos que compõem o grupo dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Notadamente, ao longo dos tempos, o conceito de acesso à justiça vem sofrendo mudanças, tal qual a própria evolução dos direitos fundamentais.

Inicialmente, consoante observa Mauro Cappelletti, o direito de acesso à justiça vinculava o seu significado ao direito *formal* do indivíduo agravado para propor ou contestar uma demanda.⁶⁵ Nessa fase, o acesso formal dizia respeito à igualdade (formal), embora não efetiva.

Contudo, as transformações ocorridas no sistema social, bem como a evolução do conceito de direitos humanos (especialmente operada nos séculos XVIII e XIX), fez surgir movimentos no sentido de reconhecer direitos e deveres sociais dos governos, indivíduos e associações, como por exemplo, os direitos ao trabalho, à saúde, dentre outros. Em razão das modificações que se sucediam coube ao Estado Social assegurar a fruição de direitos conquistados por meio de uma ação positiva (*status positivus*).

Nessa esteira, o direito de acesso à justiça ganhou especial atenção, na medida em que as reformas ocorridas no *welfare state* procuraram prover os indivíduos com novos direitos substantivos que iam além da sua qualidade de cidadão, como por exemplo, na qualidade de consumidor, locatário ou empregado.⁶⁶ Desta feita, o direito de acesso à justiça começou a ser compreendido como um requisito fundamental dentro de um sistema jurídico que aspirasse não apenas *eleger* direitos, mas sim *garanti-los e efetivá-los*.

Não obstante todas as modificações havidas, inúmeras eram as circunstâncias que, de certa forma, inviabilizavam o acesso à justiça por todos os indivíduos que compunham a sociedade.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 09.

⁶⁶ Idem, p. 11.

Nessa perspectiva, talvez a mais preocupante barreira de acesso fosse aquela pertinente aos autores individuais, em especial aos que não detinham condições financeiras de prover os altos custos das demandas judiciais. Aqui, se faz importante ressaltar, que os primeiros esforços para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais centraram suas diligências para propiciar serviços jurídicos aos cidadãos menos favorecidos economicamente, consoante leciona Mauro Cappelletti.⁶⁷

A partir de avanços e retrocessos verificou-se que os diferentes sistemas de assistência judiciária em muito melhoram, afirmando o seu caráter vital de garantir a todos o acesso à justiça.⁶⁸ Por conseguinte, se minimizou as barreiras existentes em relação a dito acesso que se estendeu além das causas tradicionais (causas de direito de família ou defesa criminal), atingindo novos direitos.

Transposta essa barreira inicial, os estudos voltados ao direito de acesso à justiça centraram-se mais além da questão pertinente à igualdade formal, passando a pensá-lo mais focado na prestação jurídica eficaz e temporalmente adequada.

Nesse sentido, acompanhando a evolução do conceito de acesso à justiça, tivemos como exemplos evidentes dessa mudança o disposto no artigo 20º, da Constituição Portuguesa de 1974, bem como o artigo 24.1, da Constituição Espanhola de 1976, onde ambas as Cartas fundamentais passaram a se referir ao acesso à justiça como acesso *efetivo* à justiça, na qualidade de garantia de tutela efetiva e tempestiva no exercício de direitos e interesses legítimos.⁶⁹

Desta feita, notou-se o surgimento de um novo cenário no direito constitucional amplamente voltado à proteção jurídica implicando numa garantia de proteção eficaz e temporalmente adequada,⁷⁰ que tem como exemplo emblemático,

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**, p. 31.

⁶⁸ Assinale-se, outrossim, que a assistência judiciária no direito pátrio foi instituída a partir da Constituição de 1934, constituindo relevante faceta do acesso à jurisdição. Dita garantia foi firmada pela Constituição Federal de 1988 que ampliou ainda mais essa garantia ao conceder no art. 5º, LXXIV, assistência jurídica integral aos necessitados, criando a carreira da Defensoria Pública (arts. 134 e 135).

⁶⁹ Importante que se refira que dita evolução, positivada nas Constituições Portuguesa e Espanhola, teve por inspiração o que já dispunha a Lei Fundamental de Bom (art. 19.4), bem como a Constituição Italiana (art. 24), que sem sombra de dúvidas contribuíram para o desenvolvimento do conceito de tutela judicial efetiva.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 652.

a norma disposta no art. 20º, n.5, da Constituição da República Portuguesa, que prevê que “a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.⁷¹ A respeito do citado artigo, é oportuno transcrever o pensamento de José Carlos Vieira de Andrade, quando se refere ao dispositivo ora citado:

O meio de defesa por excelência dos direitos, liberdades e garantias continua a ser, no entanto, constituído pela *garantia*, a todas as pessoas, *de acesso aos tribunais*, para defesa da generalidade dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 20º, n.1) – ela própria, como vimos, um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Este direito-garantia implica o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário (n. 2) e inclui o direito a uma decisão *em prazo razoável* e mediante *processo equitativo* (n.4), isto é, a uma protecção jurídica *efectiva* e em *tempo útil*.⁷²

Note-se, pois, que o desenvolvimento do direito de acesso à justiça procurou buscar assegurar uma resposta efetiva e eficaz do órgão jurisdicional aos cidadãos, fugindo daquela idéia inicial formalista de mero acesso ao órgão judicial, pois como bem assinala Jorge Miranda “o eficaz funcionamento e constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica”.⁷³

Ipsa facto, vejamos a seguir, como se desenvolveu o direito de acesso à justiça no cenário constitucional brasileiro, até chegar ao patamar de direito fundamental no nosso ordenamento jurídico.

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL COMO UM DIREITO PRESTACIONAL GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir de tudo que já foi dito, o livre acesso à jurisdição é a primeira consequência do direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional. Vale dizer: é o passo prévio e necessário para a prestação jurisdicional. Isso porque não há como se obter tutela à prestação jurisdicional (resolução que ponha fim ao processo), se de alguma

⁷¹ Cf. art. 20.5, da Constituição da Republica Portuguesa de 1974. Almedina: Lisboa, 2004, p. 15.

⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 368.

⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV, p. 256.

forma não é possibilitado ao jurisdicionado ter acesso aos juízes e Tribunais. Portanto, tal acesso é requisito fundamental ao exercício do direito à prestação jurisdicional.

Introduzido no direito pátrio a partir da Constituição de 1946, o preceito inovou sobremaneira a ordem jurídica da época. Tratava-se de uma garantia nova no ordenamento jurídico brasileiro. Nova e relevante, talvez a mais relevante, dentre todas as enumeradas no capítulo dos direitos individuais.⁷⁴

No passado, a ausência de dispositivo como esse deu lugar a que numerosas situações do homem, individualmente tomado, ficassem desamparadas de toda proteção judicial, quando contra elas se projetava o arbítrio das razões do Estado.

A injustiça, defluindo da atitude de omissão dos tribunais, em presença do conflito entre certas franquias constitucionais e a chamada *questão política*, era então um fato corriqueiro. Cometiam-se atos brutais. Os Presidentes da República, comumente, determinavam a prisão de pessoas, durante o estado de sítio, sem observância das formalidades do processo. Por conseguinte, desrespeitava-se vetusta garantia constitucional, ao desterrar cidadãos para lugares inóspitos.

Na perspectiva desse passado recente, a Constituição Federal de 1967 não foi muito além daquilo que disponha a Carta Fundamental anterior, em relação aos direitos e garantias fundamentais de acesso ao Poder Judiciário, na medida em que mantinha dito acesso em caso de qualquer lesão de cunho individual.⁷⁵

Nesse sentido, há que se ressaltar que, durante esse período, tivemos episódio histórico que deveras envergonhou o direito brasileiro (a exemplo do que ocorreu no sistema jurídico dos Estados totalitários da primeira metade do século passado), pertinente à edição do Ato Institucional 5/68, de 13.12.1968, outorgado

⁷⁴ Nesse sentido, assim dispunha o artigo 141, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1946: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras - 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 99.

⁷⁵ Semelhante era o disposto na Constituição Federal de 1967, ao dispor no Capítulo IV, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, art. 150, §4º, que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.presidenciadarepublica.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2006.

pelo Presidente da República,⁷⁶ que, em seu art.11, dizia: “*Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos*”.

O AI 5 violou expressamente a art. 150, §4º , da Constituição Federal de 1967, cuja redação foi repetida pela Emenda Constitucional 1/69. Por essa emenda, o AI 5 restou constitucionalizado, porquanto os artigos 181 e 182 da Emenda Constitucional 1/69 à Constituição Federal de 1967, diziam excluírem-se da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando da revolução de 31/03/1964, reafirmada a vigência do AI 5 (art. 182, da EC 1/1969).

Diante desse quadro de exceção, justificava-se a criação de dispositivo constitucional que impedisse certas arbitrariedades, dentre outros motivos, que não mais permitisse qualquer tipo de ofensa à garantia do direito de acesso à justiça.

Assim sendo, a Constituição Republicana de 1988, no seu art. 5º, inc. XXXV, passou a garantir que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou grave ameaça a direito*”. Em redação mais técnica do que a das Constituições anteriores, que se referia à lesão de direitos “individuais”, o novel Pacto Constitucional consagrou o chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. A referida norma consubstanciou-se num verdadeiro pórtico constitucional do processo.⁷⁷

Muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder judiciário, a Constituição de 1988 passou a garantir – garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto - a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Essa liberdade de acesso à jurisdição reconhecida no dispositivo supracitado veio a aperfeiçoar o conceito trazido pela Constituição de 1967, na medida em que todos passaram a ter acesso à justiça para postular tutela

⁷⁶ Não obstante ao ato editado pelo Presidente da República, há que se consignar que o AI 5 e demais atos institucionais eram inconstitucionais, vez que outorgadas por quem não tinha competência para modificar a Constituição.

⁷⁷ Justamente por isso, dispõe o cidadão brasileiro de *writs* constitucionais semelhantes aos do sistema *common law*, tais como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e, agora, o *hábeas data*, sem falar no mandado de injunção, remédio sem similar no direito comparado (Constituição Federal, art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI e LXXII).

jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito, contemplando não só os direitos individuais, mas também, agora, os direitos difusos e coletivos. Note-se que o ordenamento constitucional anterior falava apenas em proteção individual.

Com efeito, a limitação disposta no Pacto Constitucional anterior não mais se reproduziu, na medida em que a própria Constituição de 1988 consagrou, em diversos dispositivos, a tutela de direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito).

De outra banda, com a inclusão da tutela jurisdicional da ameaça - inexistente na ordem anterior -, constitucionalizou-se a tutela preventiva legitimando-se ainda mais a concessão de provimentos antecipatórios e cautelares. Portanto, agora, a Constituição tornou-se clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva. Estupenda evolução.

Desta feita, em razão das modificações havidas na Constituição de 1988, o direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional passou a pertencer a todos quantos aleguem terem sido lesados em seus direitos ou que estejam em via disso. Não apenas os indivíduos, mas também as pessoas jurídicas e algumas entidades despersonalizadas, como órgãos administrativos (PROCON, por exemplo) ou as chamadas pessoas formais (condomínio, massas falida, espólio, etc.) têm o direito de formular pretensão perante o Poder Judiciário.

Portanto, o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional passou a difundir a mensagem de que todo cidadão, independentemente de credo, condição econômica, posição política e social, tem o direito de ser ouvido por um Poder Judiciário independente e imparcial. O direito fundamental constante na Constituição Republicana de 1988 veio ao encontro do que já dispunham os pactos e convenções internacionais.⁷⁸ De outra banda, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2005, somou-se ao direito de acesso à Justiça, enquanto efetiva prestação jurisdicional, a garantia fundamental de que o jurisdicionado deve dispor de processo célere, conforme preceitua o inciso

⁷⁸ A propósito, dispõem a esse respeito a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela ONU (10-12-1948, art. 10), a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma (4-1-1950, art. 6º), o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (16-12-1966, art. 14) e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica (22-11-1969, art. 8º).

LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que prevê que *"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"*.

Por oportuno, trazemos as considerações de Luiz Guilherme Marononi, ao tratar sobre a tutela adequada e a respectiva tempestividade, segundo os termos estabelecidos pela nossa Constituição:

O direito de acesso à justiça, que na verdade garante a realiza concreta de todos os demais direitos, exige que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva.⁷⁹

Assim sendo, com a consagração da tutela reparatória, da tutela preventiva, bem como pela introdução recente do direito que assegura ao jurisdicionado a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, como lídimo direito fundamental, percebemos que a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um compromisso do órgão estatal para com o cidadão, a fim de dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito fundamental de acesso à efetiva tutela jurisdicional.

Sua importância destaca-se como pressuposto para o exercício pleno da cidadania nos Estados Democráticos de Direito, garantindo aos cidadãos a concretização dos direitos que lhes são constitucionalmente assegurados, porquanto a demora na prestação jurisdicional causa às partes envolvidas ansiedade e prejuízos de ordem material a exigir a justa e adequada solução em tempo aceitável. Leva o próprio Poder Judiciário ao descrédito junto à sociedade.

Assim, verifica-se que o acesso à efetiva tutela jurisdicional é a expressão máxima da reivindicação do cidadão pelos seus direitos, resolvendo os seus litígios, numa ordem jurídica democrática de direito, cujo lema é a justiça social, onde todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças de lesões, recebendo uma resposta efetiva e em tempo hábil por parte do Poder Judiciário.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

Afigura-se, entre nós, que o direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional não tem como escopo tão-somente reconhecer ou declarar o direito, mas sim resolver a questão de fundo trazida ao órgão jurisdicional, importando em agregar ao conceito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, a idéia de resolução do caso concreto trazido pelo jurisdicionado ao Poder Judiciário.⁸⁰

Nota-se, pois, que a Constituição Federal de 1988 passou a impor ao Poder Judicial o ônus de promover a efetiva tutela jurisdicional como um dever fundamental do Estado, na medida em que elegeu a efetividade como o norte da atuação judicial, no sentido de resolver e não meramente emitir um juízo de declaração sobre a questão submetida ao Poder Judiciário.

Por oportuno, transcrevemos a pertinente lição de Francisco Chamorro Bernal:

Ese deber constitucional de los Jueces y Tribunales de velar por la efectividad de la tutela no si limita, por otra parte, sólo al aspecto procesal, sino que también existe en el aspecto material o de fondo, en el sentido de resolver el problema planteado.⁸¹

Assim sendo, pelo que foi exposto, compreendemos que o direito de acesso à justiça vem sendo gradativamente incorporado ao nosso ordenamento jurídico, onde dito direito passou por transformações, desde a sua primitiva previsão constitucional (Constituição de 1946), até chegar à sua previsão atual.

Com efeito, o sentido hodierno do direito à efetiva tutela jurisdicional, consagrado pelo artigo 5º, inciso XXXV, em muito difere do significado dos ordenamentos anteriores, estando umbilicalmente vinculado à concepção de resolução do caso concreto pelo órgão jurisdicional, por meio de procedimentos pré-

⁸⁰ Nesse sentido, dispõe o art. 269 do CPC (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005), quando dispõe que haverá “resolução” de mérito: (i) quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; (ii) quando o réu reconhecer a procedência do pedido; (iii) quando as partes transigirem; (iv) quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; (v) quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação. Nota-se claramente a ruptura de paradigma feita como modelo de jurisdição anterior, na mediada em que o dispositivo alterado referia-se a “extinção” com julgamento do mérito. Ora, resolução é ato de resolver o processo, e em muito difere de extinguir o processo.

⁸¹ BERNAL, Francisco Chamorro. **La Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1994, p. 281.

ordenados, e efetivamente aptos a conferir ao jurisdicionado, tutela efetiva e tempestiva ao direito material.⁸²

Portanto, verifica-se que o direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser compreendido pela doutrina processual brasileira não mais como um conceito unicamente de *direito de ação* pertinente à lesão de direito individual, mas, sim, como um direito fundamental, contemplando além dos direitos individuais, os difusos e coletivos.

Por fim, à luz dessas considerações, importante se faz citar o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando, ao se referir a este direito, afirma que “não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva, e justa”.⁸³ Sucede, então, que a mera afirmação do direito de acesso à jurisdição em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir além. É necessário efetivar o direito material.

Surge, assim, a noção do direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, porquanto ao Direito atual não basta apenas a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça. É necessário adjetivar esta prestação estatal que há de ser efetiva, adequada e tempestiva.

2.2 JURISDIÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

No atual modelo de Estado em que vivemos (Estado Democrático de Direito), a este compete o ônus de assegurar a paz social, assumindo a atividade jurisdicional, o papel de solucionar os conflitos de interesses, vedada qualquer forma de autodefesa, proporcionando ao titular de um interesse juridicamente protegido aquilo que não foi possível ocorrer no plano substancial.

Como bem coloca Daniel Francisco Mitidiero, “desde que o Estado avocou para si a tarefa de distribuir os bens da vida entre os homens, também ganhou o

⁸² Nesse sentido, referimos que o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, sofreu forte influência na sua concepção da Lei Fundamental de Bonn de 1949 (art. 19.4), da Constituição Italiana (art. 24), da Constituição Portuguesa de 1976 (art. 20), bem como da Constituição Espanhola de 1978 (art. 24).

⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 271.

encargo de efetivar tal distribuição: essa tarefa, fundamental, o mesmo realiza através da jurisdição”.⁸⁴

Então, é o Estado quem administra a justiça e detém o monopólio da jurisdição, razão pela qual os mandados utilizados por ele para dirimir os conflitos se realizam por meio da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário.⁸⁵ Dito monopólio criou ao órgão estatal o dever de garantir o acesso à Justiça, assegurando a proteção a qualquer indivíduo que dela necessite.

Assim, partindo do clássico conceito de direito de acesso à Justiça (direito de ação), que já se fazia presente no nosso ordenamento jurídico, desde a Constituição Federal de 1946 (artigo 141, parágrafo 4º), o legislador constituinte brasileiro de 1988 trouxe nova conotação à garantia de efetivo acesso à Justiça, passando a tratá-lo com *status* de direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF).⁸⁶

Tal mudança constituiu-se em insofismável ampliação do direito de “ação”, passando a comportar característica eminentemente de função jurisdicional, e não meramente instrumental como dispunha o texto constitucional anterior.

Acerca da evolução da definição de efetivo acesso à Justiça, nos valem das precisas considerações de Mauro Cappelletti que, ao final da década de setenta, já nos brindava com semelhante concepção formulada na clássica obra “Acesso à Justiça”:

De fato o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. Acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 117.

⁸⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretención Procesal y La Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: Bosch, 2004, p. 75.

⁸⁶ Destacamos que, no campo do direito comparado, dita garantia se faz presente na Constituição da República Portuguesa de 1974, consoante dispõe o art. 20 (Acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva), “para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. Constituição da República Portuguesa de 1974, p. 15.

igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.⁸⁷

Essa nova concepção de acesso à efetiva tutela jurisdicional exigiu que a jurisdição prestada pelo Poder Judiciário se tornasse cada vez mais dinâmica, atenta à Constituição de 1988, consubstanciando-se na forma mais adequada e impostergável do jurisdicionado obter amparo jurisdicional.

Contudo, esse dever não criou tão-somente a obrigação de prestar qualquer tipo de jurisdição, mas sim de prestar tutela jurisdicional adequada, justa, e tempestiva. Portanto, ao nos referimos ao acesso à efetiva tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância, e, principalmente, na resolução do caso concreto posto pelo jurisdicionado à apreciação do órgão judicial,⁸⁸ ou seja, na garantia de prestação de tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para resolução.

Dentro desse contexto, analisaremos a seguir o conceito clássico de jurisdição, bem como sua definição contemporânea para, posteriormente, adentrarmos no lídimo significado da expressão tutela jurisdicional efetiva.

2.2.1 Jurisdição

Tradicionalmente, a principal função do Poder Judiciário, como um dos ramos do poder do Estado, é assegurar a aplicação do direito objetivo por meio da atividade jurisdicional. Como poder,⁸⁹ é manifestação do poder do órgão judicial através da sua capacidade de decidir e impor as suas decisões. Como atividade jurisdicional, é atividade pública constituindo, no sistema jurídico brasileiro,

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**, p. 12.

⁸⁸ ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5.

⁸⁹ Nesse sentido, há que se referir que dito poder originariamente advém do povo, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

monopólio do Poder judiciário, salvo casos restritos de jurisdições anômalas.⁹⁰ Nesse sentido, destaca-se como forma de jurisdição anômala, a introdução da arbitragem no direito pátrio, inserida por meio da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 2006, que dispôs sobre a arbitragem, facultando às "pessoas capazes de contratar", "valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Assim, todo aquele que se sente lesado ou que necessite do reconhecimento de um direito que detém, pode buscar a satisfação da sua pretensão através da provocação da atividade jurisdicional. Portanto, diz-se que a atividade jurisdicional é uma atividade provocada, decorrendo essa inércia inicial do Poder Judiciário do disposto no art. 2º do Estatuto Processual Civil, bem como do art. 262 do mesmo estatuto.⁹¹

Nesse sentido, pertinentes são as considerações de Ovídio Baptista, ao se referir à necessidade da atividade jurisdicional ser provocada por quem se afirma titular da pretensão ou do interesse juridicamente protegido:

Por último, é também fundamental a determinação do conceito de jurisdição porque, sendo o direito subjetivo concebido como um poder de vontade do seu titular, que poderá livremente exercê-lo de acordo com suas conveniências, usufruindo ou renunciando às vantagens que a lei lhe confere, ao tutelar seus próprios interesses, a atividade jurisdicional há de ser sempre provocada por quem se afirma titular da pretensão ou do interesse protegido pela lei. A jurisdição, diz-se, é uma função inerte que só se põe em movimento quando ativada por quem a procura. E o meio através do qual se desencadeia a atividade jurisdicional denomina-se *ação*.⁹²

⁹⁰ A Constituição Federal de 1988 admite dois casos de jurisdição anômala, exercida por órgãos alheios ao Poder Judiciário, sendo o primeiro caso pertinente ao processo de *impeachment* onde há a possibilidade de julgamento do Presidente da República e do Vice-Presidente e de Ministros de Estado nos "crimes de responsabilidade", julgamento de competência privativa do Senado Federal, após haver a Câmara de Deputados declarado a "admissibilidade" da acusação formulada contra ditas autoridades. Igualmente cabe ao Senado "processar e julgar" os ministros do Supremo Tribunal Federal, o procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (CF, arts. 51, I, e 52, I e II). Já o segundo caso refere o citado autor, diz respeito ao Tribunal de Contas, órgão colegiado, preposto do Poder Legislativo, encarregado da fiscalização do orçamento. Contudo, adverte o autor que, quando "julga" as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário. Acerca desse tipo de jurisdição anômala, consulte-se CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 12-4.

⁹¹ Assim prevê o art. 2º do Código de Processo Civil: "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais".

⁹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 13.

Desta feita, vem entendendo a doutrina que é dever do Estado tanto o de recepcionar a declaração de vontade do interessado que busca o reconhecimento de seu direito subjetivo, como o de aplicar o direito objetivo preponderante em sua esfera.

Assim sendo, essa mesma doutrina vem definindo a jurisdição como a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto. Com efeito, entre os escopos eleitos está o de atuação do direito material, apontado como fator apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais, porquanto nenhuma outra é exercida com o escopo de dar efetividade ao direito material em casos concretos.

Feitas essas considerações iniciais, verifica-se que o conceito de jurisdição vem sofrendo mutações ao longo dos tempos, ante a insofismável transformação social e política pela qual vem passando o Estado contemporâneo. Assim, a fim de que possamos analisar melhor essa evolução, faz-se necessário trabalhar com a definição do significado de jurisdição à luz da doutrina clássica, segundo as lições de Chiovenda, Carnelutti e Allorio, bem como de outros autores vinculados às idéias plantadas pelos doutrinadores italianos, para, em seguida, adentrar na definição de jurisdição na sua perspectiva contemporânea.

Dito isso, passa-se a analisar o conceito de jurisdição na perspectiva da doutrina clássica.

2.2.1.1 Conceito de Jurisdição segundo a Doutrina Clássica

Neste ponto específico do trabalho examina-se tão-somente o conceito de jurisdição à luz da doutrina clássica inspirada fundamentalmente nas idéias Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Enrico Allorio, cuja contribuição à doutrina do início do século passado influenciou, mais tarde, inúmeros doutrinadores no cenário nacional como José Frederico Marques, Arruda Alvim, Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros.

Com efeito, deixamos de analisar a perspectiva histórica a respeito da jurisdição (que certamente possibilitaria a elaboração de outro trabalho somente com

esse instigante e complexo tema), na medida em que há na doutrina brasileira contemporânea trabalhos que traduzem com excelência toda a concepção e desenvolvimento da jurisdição, desde o direito romano até os nossos dias, como por exemplo, em Elaine Harzheim Macedo⁹³ e em Ovídio Araújo Baptista da Silva.⁹⁴

Guinando diretamente para o tema proposto, Giuseppe Chiovenda entendia a jurisdição como uma função exclusiva do Estado, voltada à atuação da vontade concreta da lei. Segundo o mestre italiano, somente caberia ao Estado o poder de aplicar a lei ao caso concreto.

Nesse sentido, as palavras de Chiovenda:

Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.⁹⁵

Chiovenda definiu a jurisdição como sendo a atuação da lei, afirmando que “não pode haver *sujeição à jurisdição* senão onde pode haver *sujeição à lei*”.⁹⁶ Para o citado autor, o legítimo poder estatal estava na lei, sendo que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade da lei. Desta feita, a função do juiz limitava-se à aplicação da vontade da lei ao caso concreto (juiz “boca da lei”), ou seja, aplicar a lei editada pelo legislador. Portanto, a finalidade que define sua atividade é a própria atuação da lei.⁹⁷

Nesse sentido, bem mais tarde, dita doutrina foi adotada no cenário nacional por Arruda Alvim que a respeito do conceito sobre jurisdição assim aduziu:

Afigura-se-nos que a função jurisdicional é de índole substitutiva. Se ela se destina a solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-juiz, sob a forma e na medida da lide, deverá este afirmar, sentenciando, a existência de uma vontade concreta da lei, favoravelmente àquela parte que seja merecedora da proteção jurídica. Essa prestação jurisdicional, que soluciona a lide, para que seja realizada com eficácia

⁹³ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 8.

⁹⁶ Idem, p. 44.

⁹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**, p. 16.

imutável, terá que ter validade absoluta, porquanto, se não a tivesse, ainda, e de certa forma, perduraria o conflito e não teria havido substitutividade. Dessa forma, em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre é a substituição de uma atividade privada por uma atividade pública.⁹⁸

Nessa mesma esteira, a lição de Celso Agrícola Barbi, que, repetindo Chiovenda, lecionava:

A jurisdição contenciosa, ou simplesmente jurisdição, distingue-se facilmente da atividade legislativa, porque enquanto esta se destina a elaborar normas gerais, aplicáveis a um número indeterminado de pessoas, aquela tem por finalidade aplicar as aludidas normas gerais aos casos concretos que são levados à sua apreciação e julgamento.⁹⁹

Por fim, vale citar, também, Cândido Rangel Dinamarco, mais um fiel seguidor da doutrina de Chiovenda, *in verbis*:

O estado exerce o seu poder, sempre com vistas a determinados objetivos aglutinados em torno de uma função. Por isso, já emiti o conceito de jurisdição como a atividade pública e exclusiva, com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a atuação da vontade do direito em casos concretos, seja revelando-a mediante uma declaração (processo de conhecimento), seja promovendo com meios práticos os resultados por ela apontados (execução forçada). A jurisdição é, pois, manifestação do poder.¹⁰⁰

Tem-se, pois, que Chiovenda, homem da sua época, concebeu a jurisdição como função voltada à atuação concreta da lei, ou seja, limitando-se a declarar a vontade da lei, a partir da revelação da vontade do legislador.

Sobre essa característica da jurisdição em declarar a vontade da lei, temos em Ovídio Batista, talvez, a crítica mais pertinente à doutrina de Chiovenda, ao dizer que para o jurista italiano o ordenamento jurídico seria pleno, comportando ao magistrado apenas subsumir a norma ao caso concreto, *in verbis*:

A doutrina de CHIOVENDA, como de resto as demais de que iremos tratar, pressupõe a *plenitude do ordenamento jurídico*, tal como a pressupunham as doutrinas filosóficas de inspiração positivista,

⁹⁸ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. I, p. 151.

⁹⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. I, p. 15.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 77.

predominantes no século XIX, que ainda exercem poderosa influência no pensamento contemporâneo, particularmente as variantes *normativas*, para as quais o direito é aquilo que o legislador edita como sendo direito, de modo que o juiz não apenas deveria ficar impedido de avaliar a eventual injustiça da lei, como seria totalmente desnecessário qualquer ato de criação do direito pelo juiz, posto que o ordenamento jurídico já teria em si mesmo todas as soluções para os casos futuros.¹⁰¹

Seguindo na linha do conceito clássico de jurisdição, em Francesco Carnelutti encontramos definição semelhante àquela elaborada por Chiovenda, onde conceituava a jurisdição como a justa composição da lide, por meio de uma sentença de natureza declarativa pela qual o juiz declara o direito, ou seja, identifica a jurisdição como mera *declaração* (a exemplo do que já lecionara Chiovenda).

Novamente, com o senso crítico que lhe é peculiar, observa Ovídio Baptista que, “de acordo com essa concepção, largamente difundida no Brasil, a jurisdição pressupõe um conflito de interesses, qualificado pela pretensão de alguém e pela resistência de outrem”.¹⁰²

Apontando, ainda, características sobre o conceito de jurisdição traçado pelo autor italiano, observa Daniel Francisco Mitidiero que “para Carnelutti, o caráter da jurisdição está na eliminação de uma lide, entendida essa como um conceito pré-processual, como um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um litigante a um bem e a resistência de outro à entrega do mesmo”.¹⁰³

Contudo, para Carnelutti, este é o conceito de lide, sem a qual não há atividade jurisdicional. Na esteira dessa doutrina, José Frederico Marques perfilhou-se ao que já dissera Carnelutti, ao afirmar que a “essa aplicação em concreto do direito objetivo, para solucionar conflito litigioso de interesses, o Estado a realiza através do *processo* e mediante o exercício de uma de suas funções básicas, que é a *jurisdição*”.¹⁰⁴

Seguindo as linhas traçadas por Carnelutti em relação ao conceito de jurisdição, discorre Humberto Theodoro Junior, cuja definição transcrevemos a fim

¹⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**, p. 17.

¹⁰² Idem, p. 20.

¹⁰³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**, p. 77.

¹⁰⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. I, p. 1.

de ilustrar a forte influência sofrida por nossos autores, a partir da doutrina do citado autor italiano:

A função jurisdicional só atua diante de *casos concretos* de conflitos de interesses (*lide* ou *litígio*) e sempre na dependência da invocação dos interessados, porque são deveres primários destes a obediência à ordem jurídica e a aplicação voluntária de suas normas nos negócios jurídicos praticados. É bom de ver, todavia, que não são todos os conflitos de interesse que se compõem por meio da jurisdição, mas apenas aqueles que configuram a *lide* ou *litígio*. O conceito de *lide*, portanto, é fundamental para compreensão da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, do processo e da ação.¹⁰⁵

Ainda desenvolvendo o conceito trazido por Chiovenda, outro autor italiano que marcou época na primeira metade do século foi Enrico Allorio que, a partir de um célebre ensaio publicado na Itália em 1948 (*Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*), sustentou a tese de que a essência do ato jurisdicional consiste na sua capacidade de produzir coisa julgada (efeito declaratório).

Para o citado autor, a coisa julgada resumia-se no sinal inequívoco da verdadeira jurisdição, ou seja, não havendo coisa julgada, como por exemplo, na jurisdição voluntária, não haveria verdadeira jurisdição.¹⁰⁶ Vê-se, mais uma vez, que a limitação do juiz à atividade declaratória, tal qual a doutrina de Chiovenda, encontra-se presente também nas lições de Allorio.

Por fim, valemo-nos do clássico conceito de Enrico Tullio Liebman, aluno de Chiovenda na Universidade de Roma que, ao conceituar a jurisdição traçou o seguinte significado que influenciou deveras a “Escola Processual de São Paulo” a partir de 1940:

De nossa parte, resumindo, podemos considerar a jurisdição como a atividade do órgão do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.¹⁰⁷

¹⁰⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. I, p. 340.

¹⁰⁶ (ALLORIO, 1963, p. 15, vol. 2 apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**).

¹⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Traduzido por Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I, p. 7.

De tudo aquilo que foi dito, podemos destacar como ponto em comum em relação aos conceitos clássicos de jurisdição antes apresentados, o fato de que todos eles partem da idéia concebida por Chiovenda, na qual jurisdição diz respeito a uma atividade vinculada à lei, a partir do entendimento de que o juiz declara a vontade da lei (atividade de cunho declarativo, onde o *juiz é a boca da lei*).

Agregado ao conceito de função voltada à atuação da vontade concreta da lei, soma-se a idéia “da justa composição da lide” trazida por Carnelutti, bem como da necessidade da existência de coisa julgada como sinal inequívoco da verdadeira jurisdição sustentada por Allorio, concepções estas que denotam de forma insofismável a forte influência exercida pelo modelo institucional do Estado de direito de matriz liberal presente na doutrina que se estendeu através do século XX.

Contudo, o Estado evoluiu, impondo aos órgãos estatais, como por exemplo, ao Poder Judiciário, o repensar a sua função jurisdicional, porquanto não mais se concebe que este último seja, no mais das vezes, um mero porta-voz do Poder Legislativo, exercendo uma função de subserviência.

Com efeito, há que ressaltar que Chiovenda, Carnelutti e Allorio foram homens da sua época, concebendo o conceito de jurisdição segundo a ideologia do modelo estatal em que viviam. Não nos cabe criticá-los de forma injusta pelas idéias difundidas, pois, para que essas críticas fossem legítimas e pertinentes deveríamos voltar no tempo e fazê-la à luz da época em que foram elaboradas.

Contudo, cabe alertar que a função jurisdicional contemporânea não mais se alinha aos conceitos tradicionais supracitados (elaborados no curso do Estado Liberal), guardando, atualmente, relação direta com a criação do direito, ou seja, com a produção do direito segundo o caso concreto, como se observará a seguir.

2.2.1.2 Conceito Contemporâneo de Jurisdição

Da forma que a função jurisdicional foi concebida no decorrer do Estado liberal, observou-se que o Poder Judiciário se firmou como um poder essencialmente

declarativo e reativo. Nessa quadra, a missão do juiz seria tão-somente no sentido de verbalizar a “vontade da lei” ou a vontade do legislador.¹⁰⁸

Contudo, essa constatação óbvia pertinente à jurisdição liberal clássica é absolutamente incompatível com o modelo de jurisdição que esperamos no atual modelo de Estado em que nos situamos.

A teoria desenvolvida por Chiovenda, onde a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei, bem como a atribuída a Carnelutti, em que o juiz cria a norma individual para os casos concretos (justa composição da lide), não mais se sustenta na realidade do Estado contemporâneo. Aquela submissão do juiz ao legislador, em que a função do magistrado era unicamente dar aplicação ao que o legislador dissera ser direito, mostra-se absolutamente indiferente à idéia de justiça¹⁰⁹, e, neste particular, distancia-se da ideologia e dos valores do Estado Democrático (art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988).

Com o surgimento do Estado Constitucional, a lei passou a ser subordinada à Constituição, estando atrelada de forma substancial aos direitos positivados na lei Fundamental. Com efeito, essas mesmas leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, transformação essa que traduz uma ruptura de paradigma em relação ao modelo anterior.

De igual maneira, o conceito de jurisdição passou por uma transformação radical, porquanto a ideologia, os valores e concepções existentes durante a vigência do Estado liberal são absolutamente diversos dos valores correspondentes ao Estado Constitucional. Nesse novo paradigma, cumpre ao juiz afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição, a fim de que cumpra sua função, muito mais voltada para um novo conceito de jurisdição condicionado à realidade em que vivemos.

Nesse sentido, valemo-nos da pertinente crítica formulada por Elaine Harzheim Macedo, quanto ao modelo de jurisdição meramente declarativo, típico do Estado liberal:

¹⁰⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 93.

¹⁰⁹ Idem, p. 97.

O magistrado e sua atuação devem ser vistos à luz de sua condição de mandatário do povo, titular da soberania. Sua atuação não é e nem pode ficar adstrita ao comportamento de um mero servidor público, que cumpre os comandos de outro ou outros poderes, tal como, *declarar a vontade da lei ao caso concreto*, o que certamente poderia ser mais bem traduzido como *declarar o império do legislador ao caso concreto*, reavaliando-se, via de conseqüência, a própria distinção dos poderes.¹¹⁰

À semelhança de Elaine Harzheim Macedo, Fábio Cardoso Machado aponta críticas ao modelo clássico de jurisdição:

Uma jurisdição reativa e declarativa não se presta a cumprir este papel, já que se preocupa mais com o passado, em especial com a necessidade de permitir recomposições patrimoniais, e não dispõe de instrumentos capazes de interferir no comportamento vindouro das partes envolvidas.¹¹¹

Desta feita, o conceito hodierno de jurisdição vai bem mais além de tudo aquilo que já foi dito até agora.

Assim sendo, se é verdadeira a afirmação de que, na jurisdição contemporânea, o juiz afirma o conteúdo da lei comprometido com a Constituição, e não aplica tão-somente a lei, estamos, então, diante do momento do Poder Judiciário assumir o ônus de produção (construção) do direito, porquanto não lhe compete tão-somente a função de declarar o direito, mas, sim, de criá-lo, produzi-lo. Da mesma forma, compete ao Poder Judiciário contribuir para que afastemos de vez a austeridade procedimental dos trâmites judiciais, objetivando uma atividade jurisdicional mais célere, eficiente e eficaz.

Contudo, ainda hoje, alguns doutrinadores como Cândido Rangel Dinamarco, não reconhecem essa tendência de atribuir poder de criação ao juiz, aduzindo que a invenção de soluções novas é a própria conseqüência da interpretação sociológica ou teleológica da lei não constituindo o juiz em legislador ou criador do Direito, o que não concordamos. Mesmo assim, entendemos oportuna a transcrição da idéia do citado autor, a fim de demonstrar que esse novo paradigma não é unanimidade na doutrina pátria:

¹¹⁰ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo**, p. 279.

¹¹¹ MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 132.

Existe hoje a legítima tendência a atribuir poder de “*criação*” ao juiz, mas isso não interfere na questão em exame. A *invenção* de soluções novas, compatíveis com a realidade sócio-econômica e política do caso em julgamento, é conseqüência da interpretação sociológica ou teleológica da lei e não erige o juiz em legislador ou criador do direito. O juiz que vai aos princípios gerais e constitucionais ou considera as grandes premissas éticas da sociedade ao julgar, cumpre apenas um tradicional mandamento da própria ordem jurídica (os fins sociais da lei, art. 5º LICC) e comporta-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos concretos que julga. Não fora assim, a jurisprudência jamais evoluiria segundo as tendências da sociedade e de acordo com os cambiantes problemas enfrentados por esta. Do ponto-de-vista jurídico, todavia, inexistente *criação* em casos assim, justamente porque o juiz não retira da sua vontade ou preferências pessoais a norma substancial que servirá de base para julgar o caso: simplesmente, dá efetividade aos princípios gerais do direito, à analogia *etc.*, que são fontes formais do direito expressamente indicadas na própria ordem jurídica positivada (LICC, art. 4º).¹¹²

De qualquer forma, posicionamo-nos no sentido de que não basta ao julgador declarar a vontade da lei, haja vista que é imprescindível obter do Estado tutela jurisdicional que possibilite a efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição, bem como dos direitos positivados na legislação infraconstitucional. Em crítica pertinente ao modelo trazido por Chiovenda, e ainda defendido por boa parte da doutrina, assevera Fábio Cardoso Machado:

Ao repetir Chiovenda, a doutrina age como se ainda fosse possível crer na absoluta neutralidade que se esperava dos juízes do século XIX. Como se a lei pertencesse a uma ordem estática e incidisse sobre os fatos sem a mediação do intérprete, e como se desse fenômeno resultassem conseqüências de *per sí*, independentemente, da solução encontrada pelo caso no momento processual da aplicação do direito.¹¹³

Com isso, se quer dizer que o modelo clássico de jurisdição, onde o juiz atuava declarando a vontade da lei, como se esta tivesse uma única vontade (univocidade de sentido), serviu às necessidades da sua época, qual seja de combater o arbítrio.

Nesse sentido, pertinente é a lição de Ovídio Baptista quando aduz que a idéia de que a lei tenha uma única vontade suprime a hermenêutica, no pressuposto de que a função do julgador seja a descoberta dessa vontade, para posteriormente

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80.

¹¹³ MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional**, p. 115.

proclamá-la, como se essa norma sempre carregasse consigo o sentido que lhe atribuíra o legislador, não obstante a mudança das circunstâncias históricas, bem como dos padrões morais inteiramente diferentes daqueles existentes à época da edição da lei.¹¹⁴

Todavia, no modelo hodierno de jurisdição, a solução do caso concreto deve ser construída pelo juiz por ato de interpretação do texto, a partir das suas experiências, dos seus pré-juízos, etc, caracterizada por ato de criação e não de subsunção. Assim, nesta atividade criativa do direito, o julgador está influenciado pela sua conformação social, pelo seu conhecimento da matéria e pelas peculiaridades do caso, em *contrario sensu* a simples atividade aplicadora da norma criada pelo Legislativo. E essa atividade criadora é o complemento necessário à atividade legislativa ordinária, consoante assevera Hermes Zaneti Júnior.¹¹⁵

Partindo do direito pré-posto (lei, costumes, princípios, analogia, etc.), o juiz (intérprete) deve exercer a jurisdição de forma construtiva, pró-ativa, produzindo o direito, o que implica ato de compreensão e não mera revelação da vontade da lei. A respeito da possibilidade de reconhecermos à atividade jurisdicional a possibilidade de criação do direito, nos valem das precisas lições de Ovídio Baptista:

Isto significa, naturalmente, a reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, admitindo que a atividade jurisdicional é formada por um ato de inteligência, mas sim no sentido de clarificação do texto legal, mas igualmente é constituída por um ato criador de direito, portanto, um ato também de vontade.¹¹⁶

Desta feita, a jurisdição atual, focada nos princípios e valores eleitos pela Constituição Federal deve assumir uma postura ativa (e não reativa), desvinculada da mera legalidade positivista, a fim de viabilizar essa mudança de paradigma, porquanto o caráter declarativo da jurisdição clássica é absolutamente incompatível com os escopos promocionais dispostos na Constituição de 1988. Nesse sentido, oportuna são as considerações referidas por Gisele Cittadino:

¹¹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. "Verdade e Significado". In: **Revista Magister de Direito Civil e processual Civil**, Porto Alegre: Magister, n. 5, 2004, p. 80.

¹¹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 44-5.

¹¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**, p. 213.

Para o constitucionalismo comunitário, portanto, atividade jurisdicional não pode ficar adstrita a uma legalidade positiva e abstrata, destituída, assim, de qualquer dimensão política. A função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possuiu uma clara conotação política. É precisamente no âmbito desta função jurisdicional de tutela que o direito e a política se encontram. E não poderia ser diferente. Como a constituição é, para o constitucionalismo comunitário, um sistema de valores, a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de realização política.¹¹⁷

Assaz relevante, outrossim, incluímos nesse novo paradigma de jurisdição a participação de todos os sujeitos do processo na produção do direito, dentro de uma visão construtiva e cooperativa da jurisdição, na medida em que a pró-atividade exigida aqui pelo juiz mostra-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e procuradores, conscientes e cooperadores.

A fim de ilustrar a afirmação acima, busca-se a lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que afirma:

Decorre daí, e primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso de atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa.¹¹⁸

O que importa salientar é que a idéia trazida nesse novo paradigma que rompe com o modelo anterior, concebe a jurisdição de forma construtiva (e não declarativa), fortalecendo o exercício de uma democracia mais participativa, e que resulta no próprio exercício da cidadania. Portanto, cooperação implica a participação mais ativa e leal das partes na formação do *decisum*, em harmonia com uma visão contemporânea de jurisdição voltada à Constituição.

¹¹⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 65.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo". In: **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre: Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. 1, 2005, p. 98.

Assim sendo, essa mudança de paradigma, inclui todos os sujeitos do processo, em especial às partes e seus procuradores, importando uma viragem cultural, como pontualmente refere Elaine Harzheim Macedo:

As partes, seus procuradores, todos aqueles que, de alguma forma, atuam na relação processual devem ser chamados à responsabilidade de seus atos, afastando-se, tanto quanto possível, a litigância que denigre a imagem do homem brasileiro, na medida em que o processo é público, cogente e necessário para a realização última do bem social.¹¹⁹

De tudo o que foi dito, denota-se que uma jurisdição meramente declarativa e reativa não mais se coaduna com o modelo do Estado Constitucional. Assim, a nós se afigura que a definição mais adequada ao conceito contemporâneo de jurisdição é aquele que lhe concebe, essencialmente, como atividade pública, em exercício de mandato, porquanto a soberania é popular (art. 1º, § único, da Constituição Federal), devendo estar diretamente comprometida com os fins e fundamentos do Estado, conforme magistério de Elaine Harzheim Macedo.¹²⁰

2.2.2 O Significado de Tutela Jurisdicional Efetiva

A partir da exposição que fizemos dando conta de que o jurisdicionado tem um direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988), cumpre dizer que tal direito não se limita ao mero acesso. Impõe-se ao Estado prestar tutela jurisdicional adequada, a fim de possibilitar a realizabilidade efetiva do direito subjetivo material, em razão do imperativo do monopólio jurisdicional, bem como pela proibição da autotutela.

Assim, o dever estatal de prestar tutela jurisdicional está umbilicalmente vinculado à forma de atuar da jurisdição, bem como ao resultado de toda essa atividade (resultado jurídico-substancial do processo). Nesse panorama, e partindo da noção de que todos têm direito de exigir e obter efetiva tutela jurisdicional, percebe-se que bem mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a este cabe assegurar ao cidadão o acesso efetivo à ordem jurídica equânime e adequada, segundo o caso concreto.

¹¹⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo**, p. 280.

¹²⁰ Idem, p. 279.

Desta feita, acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos o direito subjetivo de postular a tutela jurisdicional junto ao Estado, tendo à sua disposição o meio constitucionalmente previsto¹²¹ para alcançar dito escopo, a exemplo do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição brasileira.¹²² Contudo, esse dever estatal de apreciar as lesões ou ameaças a direitos (compromisso de prestar tutela jurídica), deve ser cumprido de forma eficaz, sob pena de sacramentar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito.¹²³

Com relação ao tema, são oportunas as considerações de José Roberto dos Santos Bedaque:

Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria.¹²⁴

No que nos ora interessa, importante que se faça essa tomada de consciência, na medida em que não basta assegurar de forma abstrata o direito de ação a todos aqueles que pretendem se valer dessa garantia constitucional, mas sim garantir acesso efetivo à tutela jurisdicional por meio de respostas eficazes e tempestivas. Nesse sentido, a doutrina de Robert Alexy:

Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una 'protección jurídica efectiva'. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice *los derechos materiales del respectivo titular de derechos*.¹²⁵

Portanto, à expressão tutela jurisdicional corresponde uma garantia efetiva, de proteção eficaz e em tempo útil ao direito material. Quanto a essa particularidade, bastante apropriada é a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni:

¹²¹ Nesse sentido, ressaltamos que a Constituição da República Portuguesa prevê semelhante garantia no artigo 20º, ao referir que "para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos, procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos".

¹²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 71.

¹²³ ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**, p. 6.

¹²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 13.

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**, p. 472.

Quando se fala em tutela “efetiva”, deseja-se chamar a atenção para a necessidade de a tutela jurisdicional poder realizar concretamente os direitos, e não apenas declará-los (ou proclamá-los, pois a lei já cuida disso) ou condenar o demandado.¹²⁶

Como se pode compreender, o direito à efetiva tutela jurisdicional é de fundamental importância à sustentabilidade do Estado, pois, na verdade, garante a realização concreta dos demais direitos (ele é o direito à tutela do direito), exigindo que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva, diante das situações de ameaça ou agressão (art. 5º, XXXV, CF).

Eis a razão pela qual fora elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira. Portanto, o direito de acesso à tutela jurisdicional, como garantia constitucional, significa, pois, direito à tutela efetiva, o que somente se torna possível se existirem instrumentos adequados para alcançar o resultado.

Nesse sentido, assiste razão a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira quando ensina que o acesso à justiça, elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira, deve abranger uma proteção juridicamente eficaz e temporalmente adequada.¹²⁷

Com efeito, efetividade denota que todos os cidadãos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice, tendo a seu dispor meios adequados para obtenção de resultado útil, ou seja, apto a assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material.¹²⁸

Postas essas coordenadas iniciais a respeito do que seja o acesso à efetiva tutela jurisdicional, há que se ressaltar que o alcance do seu significado guarda relevante relação com a efetividade do processo, mediante o equacionamento da relação direito material-processo civil. Com razão, então, Flávio Luiz Yarsheel, ao lecionar que a tutela jurisdicional é o resultado da atividade jurisdicional, os efeitos

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**, p. 75.

¹²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 246-7.

¹²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**, p. 76.

substanciais (jurídicos e práticos) que o pronunciamento judicial projeta ou produz sobre dada relação material (resultado do processo).¹²⁹

Conseqüentemente, não basta ao jurisdicionado ter o seu direito reconhecido, porquanto é indispensável que o direito material seja efetivado, isto é, concretizado. Daí que tutela jurisdicional não se confunde com a jurisdição, na medida em que ela é o resultado do processo em que essa função se exerce. Tutela jurisdicional efetiva é, pois, a resolução da crise sofrida pelo direito material.

Contudo, um dos “calcanhares de Aquiles” do processo vinha sendo até então o cumprimento sentença condenatória que, no mais das vezes, não era efetivada espontaneamente pelo vencido na demanda.

Nesse sentido, recente alteração no Estatuto Processual Civil brasileiro, por meio da Lei. 11.232, de 2005,¹³⁰ introduziu, no nosso ordenamento jurídico, instrumentos que visam a dar efetividade e celeridade ao cumprimento da sentença. Assim, a partir da unificação procedimental, foi trazido para o processo de conhecimento o cumprimento da sentença.

Alguns dos mecanismos introduzidos pela nova lei objetivam claramente a tão almejada tutela jurisdicional efetiva, como por exemplo:

- a) no caso do demandado ser condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, e não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento (multa coercitiva), nos termos do art. 475-J, do CPC;
- b) possibilidade do credor, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados, suprimindo a possibilidade do executado de indicar bens à penhora, consoante disposto no § 3º do 475- J do CPC;
- c) o fato de que a impugnação será recebida somente no efeito devolutivo (que agora é a regra), podendo excepcionalmente o juiz atribuir-lhe efeito suspensivo desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento

¹²⁹ YAERSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 28

¹³⁰ PRESIDÊNCIA da República. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 02 abr. 2006.

da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, nos termos do art. 475-M, do CPC;

d) a decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento (art. 475-M, §3º, do CPC), isso porque a impugnação é um incidente processual, sendo que, quanto ao processamento do agravo de instrumento, deverá ser observada a regra de que este será recebido como agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, dispositivo este que visa dar mais efetividade e celeridade ao processo.

Com efeito, em razão das alterações da Lei 11.232/2005, a sentença condenatória, antes executada necessariamente em outro processo (processo de execução), subsequente ao de conhecimento, passa a ser executada na mesma relação jurídica processual. Portanto, o primeiro destaque da nova regra, é a unificação procedimental entre a ação condenatória e a ação de execução.

Outrossim, a alteração estrutural do procedimento de execução de sentença, no que toca ao dever de pagar quantia em dinheiro, atualmente regulado pelos artigos 475-J e ss., demonstra que o direito processual deve se amoldar ao fim a ser alcançado, às soluções jurídicas estabelecidas pelo sistema processual aos direitos veiculados nas ações judiciais e não poderia se condicionar à observância de proposições teóricas de pouca ou nenhuma efetividade.

Desta feita, a regra do art. 475-J do CPC, ao unificar procedimentalmente as ações condenatórias e de execução, encontra-se em sintonia com as modificações processuais realizadas na última década, bem como com uma atividade jurisdicional contemporânea que pretenda prestar tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. Isso porque, o que todos queremos é um processo civil útil e efetivo, de fácil compreensão e manejo pelos atores da cena processual, seja sob a ótica do indivíduo, seja sob a ótica da sociedade.

Nota-se que tais mudanças na lei processual civil vêm se concretizando na terceira *onda renovatória* do direito processual, que é o enfoque do acesso efetivo à

tutela jurisdicional, a qual, desde a década de setenta do século passado, já tinha sido percebida por Mauro Cappelletti.¹³¹

Em suma, se referindo a esse efetivo acesso à tutela jurisdicional, refere Luiz Guilherme Marinoni:

O direito à tutela jurisdicional, assim, é o direito à técnica processual (por exemplo, sentença e meios executivos) capaz de permitir a efetiva proteção do direito material. Trata-se, assim, do direito à adequada tutela jurisdicional.¹³²

As alterações antes mencionadas ocorreram num momento muito pertinente. Isso em razão de o direito de acesso à justiça significar muito mais do que a possibilidade de se obterem provimentos formais, ou seja, decisões judiciais dotadas apenas potencialmente da aptidão de operar transformações no mundo real.

Portanto, sob essa nova ótica processual, a garantia universal de acesso à justiça, passou a significar, hodiernamente, o direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, representado pelo direito à obtenção de provimentos judiciais que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as modificações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema.

Outro aspecto ao qual devemos dar a devida atenção quanto ao significado da tutela jurisdicional efetiva, diz respeito à garantia do jurisdicionado ter o direito de obter uma resolução que ponha fim ao processo, baseada no princípio geral que deve inspirar o órgão jurisdicional na solução definitiva em relação à questão posta à sua apreciação.

Em obra bastante conhecida publicada na Espanha em 1994 (*La Tutela Judicial Efectiva*), Francisco Chamorro Bernal¹³³ expressa, em linhas gerais, a idéia de que a finalidade última da função jurisdicional não é outra, senão a de resolver definitivamente e de maneira eficaz os conflitos que a ela se submetem, prestando tutela jurisdicional efetiva.

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**, p. 67.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 81.

¹³³ BERNAL, Francisco Chamorro. **La Tutela Judicial Efectiva**.

Para o citado autor espanhol a tutela judicial e a efetividade possuem uma só substância, referindo que a efetividade é como algo consustancial à tutela judicial, conforme lição que transcrevemos:

La efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela puesto que, como ha reiterado el TC, una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. De nada servirían al ciudadano unas excelentes resoluciones judiciales que no se llevaran a la práctica.

Sin embargo, precisamente por ser consustancial a la tutela, el derecho a la efectividad forma parte de ese conjunto de garantías e derechos que integran la compleja institución jurídica de la tutela judicial.¹³⁴

Nesse contexto, efetividade significa que o jurisdicionado deve ter direito de acesso à jurisdição de forma real, e não meramente formal ou teórica. E segue o citado autor no seu magistério:

Efectividad quiere decir que la persona afectada por un juicio sea llamada al mismo, efectividad quiere decir que no se hurte al ciudadano una resolución al amparo de formalismos exagerados; efectividad quiere decir que la resolución decida realmente el problema planteado.¹³⁵

Outrossim, referindo-se a esse direito fundamental como um dever constitucional que deve ser promovido por todos os poderes públicos, em especial pelo órgão jurisdicional, afirma que o dever de velar pela efetividade de tutela não se limita, por outra parte, tão-somente ao seu aspecto processual, senão também ao aspecto material, no sentido de resolver o problema estabelecido¹³⁶.

Portanto, o dever judicial de promover e colaborar com a realização efetiva da tutela não é de caráter moral, senão um dever jurídico constitucional, porquanto os juízes e Tribunais têm a obrigação de proteção eficaz do direito fundamental à tutela judicial efetiva. Daí, porque afirma que esse mandato constitucional há de ser para o órgão judicial o norte de sua atividade jurisdicional.¹³⁷

¹³⁴ Idem, p. 276.

¹³⁵ Idem, ibidem.

¹³⁶ BERNAL, Francisco Chamorro. **La Tutela Judicial Efectiva**, p. 281.

¹³⁷ Idem, p. 329.

De outro lado, percebemos que talvez não tenha sido por acaso que o legislador brasileiro inspirado no artigo 24.1 da Constituição Espanhola de 1976,¹³⁸ tenha recentemente introduzido, no Estatuto Processual, por meio do art. 269, a expressão “haverá resolução de mérito” (quando julgada a demanda), extirpando do citado ordenamento o termo “extingue-se o processo com julgamento de mérito”.

A citada alteração demonstra de forma insofismável que o legislador brasileiro procedeu à modificação supracitada atento aos valores estampados na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em relação ao direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), comprometido diretamente com o direito do jurisdicionado de obter uma resolução que ponha fim ao processo (*resolução* significa ato ou efeito de resolver, e nesse sentido nada tem a ver com a locução *extinguir* o processo), bem como com o dever constitucional do órgão judicial de velar pela efetividade de tutela prestada.

Ipsa facto, para se considerar que a tutela jurisdicional seja realmente efetiva, torna-se imperioso que o jurisdicionado que tenha por objetivo ver os seus direitos, liberdades e garantias defendidas, possa vê-los reconhecidos na sua *plenitude*. Em suma, Assim sendo, não lhe basta o reconhecimento do direito. Impõe-se sua efetivação, sua concretização!

¹³⁸ Nesse sentido, assim dispõe o citado dispositivo: “Artículo 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, in que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. PRESIDÊNCIA da República. Disponível em: <<http://www.presidenciadarepublica.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2006; 02 abr. 2006.

3 EFETIVIDADE DO PROCESSO E TUTELA JURISDICIONAL

Vivemos numa sociedade altamente complexa, o que acaba por vezes, criando diferenciadas relações humanas. Conseqüentemente, na medida em que essas relações se intensificam, os conflitos sociais também tendem a surgir. Desta feita, ao direito é transferido o destino de regular ditas relações, haja vista que existe uma íntima relação entre direito e sociedade, derivada da função que o primeiro exerce sobre o segundo, que é a função ordenadora decorrente da coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, organizando a cooperação entre pessoas e compondo os conflitos que se verificam entre os seus membros.¹³⁹

Contudo, não é suficiente afirmar ou consagrar, na legislação, um determinado direito, sendo necessário criar meios processuais que estejam dirigidos e focados, tendentes a alcançar a realização efetiva desses direitos para todos os cidadãos, transformando-os em realidade fática. É justamente por isso que se diz que todo o direito tem que receber proteção jurisdicional por parte do Estado Constitucional. E essa proteção jurisdicional implica diretamente a independência dos tribunais e implementação pelo legislador de leis para aplanar o acesso à ordem jurídica para a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos.

Nesse cenário, passamos a compreender a jurisdição¹⁴⁰ como atividade estatal soberana a qual deslinda uma situação social de conflito, ou seja, onde atua o direito, sendo o processo o espaço que viabiliza a efetiva prestação jurisdicional.

A partir do Estado Democrático, o direito processual civil contemporâneo passou a ter suas linhas mestras traçadas por meio do Direito Constitucional, tendo este como sua base fundamental. Com efeito, a Constituição de 1988 está gravada por valores culturais, sociais, éticos, de liberdade, de solidariedade, de justiça, dentre outros mais.

¹³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

¹⁴⁰ Nesse contexto ,é fundamental percebermos que o Estado, sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de instrumento legítimo, por meio do qual possa exercer seu poder, na busca da pacificação da sociedade.

É justamente nela que devemos buscar as bases de um processo cooperativo, com preocupações éticas e sociais, pois superado aquele estágio anterior de exacerbação técnica, devemos compreender que o processo está aí para concretização de valores, conforme assevera Daniel Francisco Mitidiero.¹⁴¹

Mostra-se de todo inapropriado entender o processo civil tão-somente como mero ordenamento de atividade de natureza privativamente técnica (caráter formal), ou seja, numa visão ultrapassada, olvidando o seu caráter axiológico. Justamente esse aspecto axiológico fez com que, recentemente, se refletisse no processo civil todo um modo-de-ser de um povo, representado por valores políticos, econômicos, sociais, éticos e jurídicos subjacente à determinada sociedade e a ela característica.¹⁴²

Nesse sentido, são as observações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social.¹⁴³

Portanto, o processo civil contemporâneo guarda relação direta com a idéia de efetividade do processo (aliás o norte a ser seguido por ele), na medida em que não se busca mais a mera declaração do direito, mas sim a efetividade e efetivação desses direitos, consoante observa Hermes Zaneti Júnior, quando aduz que “a ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente esta: não basta indicar um rol de direitos fundamentais é preciso efetivá-los”.¹⁴⁴

Posto isso, nota-se que a busca da efetividade é um valor gravado na Constituição Federal que permeia o sistema processual civil inspirado na necessidade de concretização dos direitos (sejam eles fundamentais ou não) de forma tempestiva (art. 5º, LXXVIII), ou seja, sem maiores delongas.

¹⁴¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**, p. 38.

¹⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 75.

¹⁴³ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**, p. 37.

Neste contexto, a palavra *efetividade* vem sendo por demais suscitada por todos aqueles que, no universo jurídico, atuam. Todos os sujeitos processuais reivindicam a denominada efetividade do processo.

Por oportuno, convém ressaltar que efetividade é uma palavra ambígua, ou seja, possui mais de um sentido. Pelo menos para o direito. Assim, no campo do processo civil, a efetividade do processo poderá dizer respeito a inúmeros aspectos, sendo que alguns deles serão abordados nessa reta final do trabalho. Não todos.

Acerca da efetividade do processo, nos valem inicialmente do conceito elaborado por Luiz Guilherme Marinoni:

Se o processo visa a tornar efetivo o Direito, necessário é que o resultado da ação (processual) corresponda exatamente àquilo que se verificaria se a ação (=agir) pudesse ser realizada no mundo do direito substancial. Em outras palavras, a ação processual deve ser uma espécie de realização da ação privada, ou seja, da ação que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição. A perspectiva de direito material possibilita o ajuste da ação processual às peculiaridades da pretensão de direito material.¹⁴⁵

Nesse mesmo sentido, é a lição de Luís Roberto Barroso que, ao tratar sobre o tema, aduz que “ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.¹⁴⁶

Merece destaque também a contribuição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira quando faz referência à efetividade como valor do processo:

Nesta linha de evolução, consentânea com a consciência do caráter público do processo, insere-se também o *valor da efetividade*, igualmente significativo na sua conformação, a ganhar cada vez mais lugar destacado nas preocupações da doutrina. Semelhante inclinação, nascida das reais necessidades da sociedade atual, além de se espriar horizontalmente, alargando o objeto da tutela jurisdicional, colabora ao mesmo tempo para a criação de novos meios jurisdicionais, mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão aforada. Cuida-se de corrente sociocultural mais afinada para a realização efetiva dos direitos, e assim superiormente preocupada com mais acurada tutela de liberdade e

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

dos direitos constitucionalmente relevantes, notadamente os sociais, com destaque à defesa daqueles de natureza difusa ou coletiva.¹⁴⁷

Ainda sobre o conceito de efetividade do processo, nunca é demais citar as lições do mestre Chiovenda quando lecionava que “O processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de obter”.¹⁴⁸

Indubitavelmente, a busca pela efetividade do processo e por conseqüência a garantia do acesso à efetiva tutela jurisdicional, assumiu, na doutrina processual contemporânea, plena força, resgatando concepções teóricas para a formatação de uma teoria do processo civil que contemple as expectativas da nova realidade social.

Vê-se, hoje, que, a partir das inquietações teóricas acerca do efetivo acesso à Justiça, surgiu o tema “processo efetivo” como ponto de maior relevo, posto que o acesso à justiça, como bem refere Luiz Guilherme Marinoni, é o vínculo a interligar o processo com a justiça-social, sempre que um direito não for respeitado espontaneamente.¹⁴⁹

Já há algum tempo, os processualistas brasileiros vêm tentando ultrapassar a simples questão da eficácia jurídica da norma processual, voltando seus estudos sobre a eficácia social ou efetividade, a fim de verificar se, com a medida utilizada na proteção e garantias de direitos – sejam eles fundamentais ou não -, houve a concreta produção dos efeitos pretendidos.

É justamente esse o foco das discussões acerca da efetividade do processo que, na sua esfera instrumental, se traduz na necessidade de a concreção da norma processual gerar resultados direcionados para a efetivação dos direitos materiais.

Percebeu-se ao poucos que o processo não mais poderia se desenvolver por meio de mecanismos estagnados de tutela jurisdicional, desconectados dos intrincamentos do mundo moderno, bem como das normas previstas pelo direito material. Vale dizer: em razão da conexão entre direito e processo, ambos deveriam

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 70.

¹⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 67.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**, p. 22.

estar intimamente e harmonicamente vinculados, de modo a garantir a tão almejada efetividade na prestação jurisdicional.

A partir dessa visão, o processo passou a ser compreendido não apenas como instrumento técnico, sendo-lhe inerente, também, o seu conteúdo ético, servindo de espaço para possibilitar à jurisdição a plena realização de seus objetivos sociais e políticos, pertinentes aos lícitos e inofensáveis desejos da sociedade.

Quanto à efetividade do processo, pertinente são as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.¹⁵⁰

Nessa esteira, bem refere Teresa Arruda Alvim, quando afirma que “a verdade é que, sem que se confira à decisão judicial credibilidade decorrente de sua real aptidão de promover efetivas alterações no mundo empírico, certamente será difícil a obtenção, pelo sistema judiciário, da necessária legitimidade social”.¹⁵¹

Ainda sobre o conceito acerca da efetividade do processo, nos servimos da doutrina de Barbosa Moreira: “I - O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos contemplados no ordenamento. II - Em toda extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento”.¹⁵²

Não obstante tudo o que já fora dito pela doutrina, há que se ressaltar que o escopo do processo não visa tão somente à tutela dos direitos subjetivos, porquanto os objetivos fundamentais do processo civil contemporâneo estão focados na aplicação do direito, na pacificação social, e na busca pela justiça do caso concreto,

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 270.

¹⁵¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. “Anotações sobre a Efetividade do Processo.” In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 814, 2003, p. 63.

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. III, p. 27-8.

com o que, “reflexamente, se busca tutelar as posições subjetivas das partes”, conforme aduz Daniel Francisco Mitidiero.¹⁵³ Segundo o citado autor, a preocupação central não está centrada apenas na tutela dos direitos subjetivos, mas também na salvaguarda do acesso à juridicidade estatal.¹⁵⁴

Portanto, a justiça, a paz social, a segurança, são valores de extrema importância para o processo civil. Com efeito, ao valor efetividade cumpre a tarefa de conectar-se com ditos valores, na medida em que somente haverá a realização dos mesmos se existir no processo efeitos reais, efeitos verdadeiros.

Diante disso, a idéia de efetividade do processo, a partir dessa visão, procura estruturá-lo de forma a concretizar os direitos calcados nos fins e fundamentos do Estado Democrático (art. 3º, I, da Constituição Federal), de forma adequada, tempestiva, e efetiva (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Contudo, há que se dizer que dita efetividade do processo não pode ser obtida de qualquer forma, porquanto há que se observar o princípio do devido processo legal processual, tal qual os termos do artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, como bem observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Por outro lado, a própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida a princípio fundamental da Constituição Brasileira (art. 1º, *caput*), constitui substrato capital para segurança jurídica, na medida em que salvaguarda a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, garantindo o cidadão contra o arbítrio estatal, assegurando ao mesmo tempo elementos fundantes imprescindíveis a qualquer sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, o da divisão de poderes e o da legalidade.

De mais a mais, o desenvolvimento, que se pode julgar excessivo, da penalização da vida social e política exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível: daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, produtos do desenvolvimento sociais cada vez mais complexos e de evolução cada vez mais incertas.

Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários a proibição de juízes de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a

¹⁵³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**, p. 67.

¹⁵⁴ Idem, *ibidem*.

paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).¹⁵⁵

Ainda sobre a afetividade do processo, valemo-nos da doutrina de Elaine Harzheim Macedo ao mencionar que, nesse novo paradigma o processo, enquanto espaço de construção do direito, “deve qualificar-se por características aptas à concretização do direito e de seu escopo na realização dos fins e fundamentos do Estado, constitucionalmente adotados e assegurados”.¹⁵⁶

Desta feita, por meio do exercício de valores constitucionais fundamentais do processo civil, quais sejam efetividade e segurança jurídica, procura-se, nessa perspectiva, construir soluções justas, pensadas segundo o caso concreto, o que importa numa atividade jurisdicional pró-ativa.

Assim compreendido, como assinala Daniel Francisco Mitidiero, “o processo não é só um instrumento do direito material, mas em alguns casos é também um momento constitutivo desse, sendo a atividade jurisdicional sempre e em alguma medida, criativa da normatividade estatal”.¹⁵⁷

Entretanto, como contraponto ao que já fora dito, importante se faz constatar que o nosso sistema processual civil ainda mantém-se atrelado fundamentalmente ao denominado “processo de conhecimento”, processo esse de cunho declaratório, vocacionado para demandas plenárias, e que de certa forma impede que este no mais das vezes se torne efetivo. Com efeito, o processo de conhecimento se preocupa muito mais com a certeza,¹⁵⁸ e não com o tempo. Nesse modelo, o juiz é passivo, declarando o direito tão-somente ao final do processo, por ocasião da prolação da sentença.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 272-3.

¹⁵⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo**, p. 278.

¹⁵⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**, p. 73.

¹⁵⁸ Segundo crítica de Ovídio Araújo Baptista da Silva, o processo de conhecimento com a exigência dos juízos de certeza, pressupõe a univocidade da lei, capaz de permitir apenas uma solução correta, fato esse inadmissível se levarmos em conta que a Lei não comporta uma única interpretação, mas varias formas de compreensão, segundo o caso concreto (In: **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**, p. 205-7).

Nesse contexto, o processo de conhecimento, como tradicionalmente contemplado, segue a seguinte dinâmica: primeiro se organiza o processo, e depois vem a resposta do órgão jurisdicional. Em crítica pertinente ao processo declaratório como instrumento dessa ideologia, assevera Ovídio Baptista:

É através do “processo de conhecimento”, *ordinário* por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. É por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade – melhor, a passividade - do juiz durante o curso da causa, para somente depois de haver descoberto a “vontade da lei” (Chiovenda),¹⁵⁹ autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza.¹⁵⁹

Assim sendo, o procedimento padrão eleito pelo nosso modelo implica a opção pelas demandas plenárias, onde não há limitação de meios de defesa, o que importa em demandas de longa duração. Então, com absoluta razão José Maria Rosa Tesheiner, quando afirma que o princípio da ampla defesa, consagrado no Pacto Constitucional é amplo demais, sendo útil, em termos, ao processo civil.¹⁶⁰

Sob essa ótica, o nosso sistema processual civil visivelmente tem como alicerce o procedimento ordinário que trabalha, baseado com juízo de certeza, tratando o Direito como ciência exata fosse, o que sugere a existência no processo de soluções “certas” ou “erradas”, abdicando-se do conceito de “justiça”.

É justamente o paradigma racionalista a que se refere Ovídio Baptista, onde o citado autor assevera, em síntese, que, neste modelo, transformamos a solução a ser dada ao caso concreto em verdadeira equação matemática, na medida em que pensamos o Direito como uma questão lógica.¹⁶¹

Contudo, há que se observar que o direito é ciência da cultura dos povos, que trabalha com verdades casuais, dependendo profundamente da compreensão do intérprete, não se consubstanciando na mera declaração da vontade da lei, como se ao magistrado coubesse revelar a vontade do legislador (o juiz neste modelo é um mero servidor, um mero porta-voz do Poder legislativo).

¹⁵⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**, p. 27.

¹⁶⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 45.

¹⁶¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. cit.*, p. 89 e ss.

Percebe-se, assim, que o paradigma seguido pelo nosso sistema processual civil revela a forte influência sofrida a partir da ideologia do Estado Liberal de matriz iluminista, influência essa que continua permeando o processo hodierno.

Ipsa facto, aduz o citado autor com a lucidez que lhe é peculiar, que ao consagrar o princípio inscrito no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, que estabeleceu o *due process of law*, mais o da ampla defesa, parece induzir à conclusão de que nossa Carta “teve o propósito deliberado de livrar o direito processual de qualquer espécie de tutela jurisdicional que não seja plenária, quanto aos limites das defesas, porventura reconhecidas aos demandados”.¹⁶²

Dessa forma, estariam sendo suprimidas, na prática, as técnicas de que dispõe o processo civil na superação da ordinariedade procedimental, “através da qual se sumariza a lide, seja proibindo ou limitando o emprego de determinadas espécies de provas, seja impedindo que o demandado se valha de determinadas objeções”.¹⁶³

Logo, para superação dessa visão dogmática do princípio da ampla defesa – já assentada no nosso sistema jurídico –, mostra-se de fundamental importância a utilização de técnicas processuais de sumarização de demandas (tutelas cautelares e tutelas de urgência), o que importa na redução da amplitude e da profundidade da cognição (privilegiando os juízos de verossimilhança e probabilidade), a fim de assegurar aos jurisdicionados uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Entretanto, o comprometimento do direito processual civil com o racionalismo é tamanho que continuamos, ainda, buscando a “verdade”, sem que tenhamos como escopo fundamental no processo o ajuste com a justiça do caso concreto.

Urge, também, a criação de procedimentos judiciais mais céleres, comprometidos com a própria realização dos direitos fundamentais, porquanto a sociedade contemporânea não é mais capaz de conviver com demandas plenárias

¹⁶² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 109.

¹⁶³ Idem, *ibidem*.

que implicam longa duração, e que resultam na baixa efetividade do processo. Nesse espectro de compreensão, processo efetivo requer tutela adequada e tempestiva.

Daí correta a assertiva de José Roberto dos Santos Bedaque quando diz que “a garantia constitucional da tutela jurisdicional somente se cumpre efetivamente se forem asseguradas plenas condições de obtenção tempestiva da proteção requerida”.¹⁶⁴

Feito o devido alinhamento, cumpre-nos trazer um das inúmeras alterações introduzidas recentemente pelo legislador, pertinente ao cumprimento ou efetivação da sentença, que, no bojo do pacote de leis reformadoras do Código de Processo Civil, intitulado “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republico”, a partir do Projeto de Lei Complementar n. 52/2004 (Senado Federal), introduziu a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, cuja análise neste trabalho observará tão-somente as alterações quanto ao cumprimento do título executivo judicial.

3.1 EFETIVIDADE DO PROCESSO E A CONTRIBUIÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Sabe-se, que a tutela jurisdicional prestado pelo Estado visa, sobretudo, à efetiva realização dos direitos consagrados no ordenamento jurídico. Dessa forma, dando seqüência à onda reformatória do estatuto processual civil, iniciada a partir da inserção em nosso sistema da antecipação da tutela jurisdicional como conceito relativamente distinto da tutela cautelar, contemplada no artigo 273, e do artigo 461, que trata das ações que tenha por objeto o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer (introduzidos pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994), bem como do artigo 461-A (incluído pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002), pertinente às obrigações de entrega de coisa, chegamos à Lei nº 11.232/05, que cuida, principalmente, da fase de cumprimento da sentença que condena ao pagamento de quantia.

¹⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência, p. 81.

Assim sendo, a partir da promulgação da Lei n. 11.232/05, iniciou-se uma nova etapa da reforma do nosso estatuto processual civil (Lei n. 5.869/73), a fim de tornar o cumprimento (efetivação) da sentença mais célere e efetivo, onde “a rigor a nova execução dá lugar a um processo misto, sincrético, em que se encontra junto à cognição a efetivação ou a execução do julgado, espécies do gênero cumprimento da sentença, consoante a nova terminologia legal.”¹⁶⁵

Visando dar maior credibilidade ao processo (que via de regra é moroso), e, em busca de garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, a “terceira onda reformista do Código de Processo Civil”, iniciada com a Lei n. 11.187/05, que alterou o regime do agravo de instrumento (tornando em regra o cabimento do agravo retido contra decisões interlocutórias), traz como novidade o cumprimento das sentenças no próprio processo de conhecimento, dentre outras modificações.

Prima facie, identifica-se a adoção do modelo sincretista de tutelas, na medida em que permite ao processo de conhecimento exercer várias funções que normalmente caberiam ao processo de execução. Com efeito, tínhamos até então, o processo de conhecimento, cuja atividade desenvolvida era meramente cognitiva, visando à certeza jurídica, ou seja, primeiro organizava-se o processo, conhecia-se os fatos afirmados e provados pelos litigantes, para depois se decidir a controvérsia.

Dito dogma, como já fora referido anteriormente, é herança do nosso passado relativamente próximo (herança do modelo de Estado liberal), que teima em nos acompanhar até hoje. Dentro dessa visão do processo civil clássico, salvo algumas exceções, enquanto não fosse obtido o título executivo judicial, com a definitividade da decisão, a partir da coisa julgada, haveria a impossibilidade de alterar a situação fática. Vale dizer: *nulla executio sine titulo*. Portanto, a atividade executiva pressupunha a definitividade da atividade cognitiva.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A Nova Execução**: Comentários à lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 03.

Voltando brevemente no tempo, importa observar a exposição dos motivos que levaram à elaboração da Lei n. 11.232/05, a fim de identificarmos a ideologia política que está por trás da sua criação.¹⁶⁶

Assim, num primeiro momento, destaca-se, na referida exposição de motivos, que o processo de execução tem permanecido como autêntico “calcanhar de Aquiles” do processo, porquanto nada mais difícil do que impor, no mundo dos fatos, os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito. Significa dizer que, após o longo período do contraditório no processo de conhecimento, vencidos os sucessivos recursos, e sofridos todos os prejuízos decorrentes da demora, o autor logra obter ao final a prestação jurisdicional definitiva, com o respectivo trânsito em julgado da condenação da parte adversa.

Nesse momento, crê o vencedor, de imediato, ter recebido o “bem da vida” a que tem direito. Ledo engano, porquanto a sentença condenatória é título executivo judicial, mas não se reveste de eficácia executiva. Com efeito, a par dessas constatações, chega-se à encruzilhada do cumprimento da sentença, onde, via de regra, o vencido não se prontifica a cumprir.

Desta feita, haverá de iniciar o processo de execução, efetuando-se nova citação do demandado, agora executado, sujeitando-se à sua contrariedade mediante a oposição de embargos à execução, com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos.

Superada aquela fase de conhecimento, só então o credor poderá dar início aos atos executórios, com a respectiva expropriação do bem penhorado, o que não raras vezes propicia mais incidentes e agravos.

Por outro lado, buscando exortar aquela antiga tendência de restringir a jurisdição ao processo de conhecimento, objetivou o legislador a integração das atividades cognitiva e executiva do magistrado, porquanto não poderia mais permanecer a idéia de mera intervenção do magistrado para restabelecer o império da lei, mas, sim, satisfazer, efetivar o direito subjetivo material.

¹⁶⁶ CADERNOS IBDP. **Reforma Infraconstitucional do Processo Civil**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2005. (Série Propostas Legislativas.), p. 18-22.

A dicotomia existente entre a atividade de cognição e de execução importava a absoluta paralisação da prestação jurisdicional logo após a prolação da sentença, tornando-se necessária a instauração de um novo processo, a fim de que o vencedor pudesse impor ao vencido o conteúdo contido na decisão judicial. Nota-se, pois, que, entre a definição do direito subjetivo lesado e sua restauração, havia um longo intervalo imposto pelo sistema procedimental. Eis alguns dos motivos expostos pelo legislador a justificar as alterações operadas.

Importante observar, então, que, em razão dos problemas que vivenciamos no que tange ao cumprimento da sentença, visou o legislador com a alteração do sistema procedimental à efetivação da sentença condenatória como etapa final do processo de conhecimento, sem a necessidade de um processo autônomo de execução para fazer valer o julgado.

Desta feita, no plano doutrinário, foram alteradas as cargas de eficácia da sentença condenatória, cuja executividade passou a um primeiro momento. Por conseguinte, sentença passou a ser o ato de julgamento da causa, com ou sem apreciação do mérito. Nesse ponto, talvez a grande modificação do sistema processual, porquanto a sentença não “põe mais fim ao processo”, o que levou a alteração dos artigos 162, 269 e 463, do Estatuto Processual Civil. Em poucas palavras, pode-se dizer que o legislador buscou a adoção de um sistema mais célere e mais eficiente às execuções de sentença, baseado no modelo sincretista de tutelas.

Nessa esteira, o conceito correlato à sentença passou por significativa mudança,¹⁶⁷ haja vista que o artigo 162, *caput*, que disciplina os atos do juiz (que

¹⁶⁷ Aliás, à luz da clássica concepção de sentença, entendia Enrico Tullio Liebman que “a palavra *sententia*, que, em si mesma quer dizer apenas opinião ou parecer, passou a indicar, em sentido técnico, o ato final do processo, mediante o qual o juiz formula o seu juízo.” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, p. 242. Nessa mesma linha, são as considerações de Cândido Rangel Dinamarca para quem a sentença é o ato que se situa ao fim do procedimento de primeiro grau, determinando-lhe o fim. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Corroborando nesse sentido, José Eduardo Carreira Alvim assevera que “sentença é, dos atos do juiz, o mais importante e o de maior relevância, porque coroa todo o procedimento, constituindo-se no último ato, com o qual o juiz termina o ofício jurisdicional.” ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 345. Por fim, nos valem das palavras de Luiz Guilherme Marinoni, para quem “o ato do juiz que extingue o processo, justamente por colocar ponto final ao processo, configura sentença, ainda que a extinção ocorra sem o julgamento da procedência ou da improcedência do pedido.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**, p. 450.

consistem em sentença, decisões interlocutórias e despachos), passou a dispor, no seu parágrafo primeiro, que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei”, em substituição à redação anterior do citado parágrafo que dispunha que sentença era o ato pelo qual o juiz punha termo (fim) ao processo.¹⁶⁸

De outra banda, há que se observar, também, que os artigos 267¹⁶⁹ e 269¹⁷⁰ do Código de Processo Civil, também tiveram suas redações modificadas. Perceba-se que em ambos a expressão “julgamento de mérito” passa agora a ser disposta como “resolução de mérito”.

Outrossim, foi suprimida a dicção de que a sentença que resolve o mérito põe fim ao processo, na medida em que, agora, o processo não se encerra mais com a prolação da sentença que resolve o mérito. Isso por que, posteriormente a ela poderá surgir o incidente do cumprimento da sentença, dentro do mesmo processo de conhecimento, caso não haja o cumprimento espontâneo da sentença. Portanto, o processo manterá a sua tramitação até a efetiva satisfação do direito pretendido pelo exequente. Isso por que a resolução do mérito nesta nova sistemática de processo misto (conhecimento e efetivação da sentença) implica em dizer que tem razão e colocar o “bem da vida” em seu poder. Em suma, o juiz não mais encerra a sua jurisdição ao prolatar a sentença, sendo “responsável” também pela efetivação do julgado.

Dentro de toda essa perspectiva de mudança, o artigo 463 do Estatuto Processual Civil, sofreu profunda modificação. A partir de agora o juiz não mais cumpre e acaba o ofício jurisdicional com a publicação da sentença¹⁷¹. A partir de então, tem o órgão jurisdicional de promover a satisfação do demandante, que corresponde à realização da situação jurídica de vantagem reconhecida na

¹⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Cumprimento da Sentença**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 13.

¹⁶⁹ Assim dispõe a redação atual do art. 267, *caput*, do Código de Processo Civil: “Art. 267. Extingue-se o processo, sem **resolução** de mérito.”

¹⁷⁰ Nesse sentido, prevê a atual redação do art. 269, *caput*, do Estatuto Processual Civil: “Art. 269. Haverá **resolução** de mérito.”

¹⁷¹ Nesse sentido, assim era redigido o artigo 463 do citado diploma legal: Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: (...). Entretanto, agora assim dispõe: Art. 463. Publica a sentença, o juiz só poderá alterá-la: (...).

sentença.¹⁷² Visto sobre outro enfoque, a citada alteração veio a suprir uma falha na redação anterior, na medida em que, quando dizia que ao publicar a sentença o juiz encerrava o ofício jurisdicional, o preceito se desmentia, porquanto se admitia que o magistrado pudesse alterá-lo por meio dos embargos de declaração.

Portanto, pela recente redação dos artigos 267, 269, e 463, não há que se dizer mais que a sentença corresponde à última etapa do ofício jurisdicional, conforme dispunha a lei anteriormente. Consoante leciona José Eduardo Carreira Alvim, dita reforma pretendeu harmonizar esse preceito com as novas regras sobre o cumprimento da sentença, vez que a partir de então, o processo não mais se extingue com o julgamento de mérito, prosseguindo-se na mesma relação processual.¹⁷³

Nesse sentido, oportuna é a lição trazida por Araken de Assis, ao se referir sobre as citadas alterações:

A reforma alterou a redação dos artigos 162, §1º, 269, *caput*, e 463, *caput*, com um único objetivo. A execução (ou o cumprimento) da resolução final do juiz que julga o mérito e, dentre outras possibilidades, acolhe o pedido (art. 269, I), sujeita ou não a recurso sem efeito suspensivo – diferença essencial à definição do caráter provisório ou definitivo da execução -, realizar-se-á, doravante, no processo pendente. Logo, a sentença de procedência, por suposto julgando o mérito favoravelmente ao autor, não extinguirá o processo, como decorria da antiga redação dos artigos 162, §1º, e 269, *caput*, nem o juiz ao proferi-la “cumpre a acaba o ofício jurisdicional”, conforme estabelecia anteriormente o art. 463, *caput*, pois o processo prosseguirá, a requerimento do vencedor, para executar o provimento.¹⁷⁴

Dentro do aspecto de abrangência das modificações introduzidas pela Lei n. 11.232/05, acreditamos que a grande mudança tenha se dado por conta da substituição da dicção de que a sentença é o ato que põe fim ao processo. Isso porque, pelo atual redação dos artigos 162, 267 e 269, ambos do Estatuto Processual Civil, incumbe ao juiz resolver o processo e não mais extingui-lo como anteriormente.

¹⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A Nova Execução**: Comentários à lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, p. 13.

¹⁷³ ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Cumprimento da Sentença**, p. 17.

¹⁷⁴ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19.

Com efeito, resolução implica resolver o caso concreto trazido à apreciação do órgão judicial, importando numa atitude pró-ativa do juiz que não guarda relação alguma como um modelo de atividade jurisdicional meramente declarativa. Vale dizer: anteriormente à citada modificação, o juiz prolatava a sentença, encerrando a sua jurisdição, jogando para frente a responsabilidade pela efetivação do julgado.

Nesse novo modelo, caberá ao juiz dar resolução, no mesmo processo, numa mesma relação jurídica, ao “bem da vida” pretendido pelo demandante, por meio da prática de atos executórios que visem a satisfazer e efetivar o direito subjetivo material.

De todo o exposto, denota-se que a crise no processo de execução, até então, era sem precedentes, desestimulando o jurisdicionado a buscar a efetivação de seu direito. Justamente por isso que a citada alteração na lei veio tentar dar mais efetividade ao processo.

Se trará mudanças significativas na prática ou não, somente ao tempo e aos operadores do direito caberá dizer. Contudo, somos partidários de que, nessa nova etapa da reforma, o legislador procurou ao menos tentar resolver os inúmeros problemas que envolvem o processo de execução, buscando dar efetividade e celeridade ao processo, com o qual se busca o efetivo acesso à tutela jurisdicional (satisfação do direito material).

A unificação do processo de conhecimento e de execução veio tentar suprir o hiato que existia entre ambos e que contribuía para a denominada “crise do Judiciário”. Em que pese recentemente a Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou inciso LVI ao art. 5º da CF/88, tivesse garantido a razoável duração do processo, bem como dos meios que garantam a sua tramitação, continuávamos sem ao menos dispor de alguma solução que impedisse toda essa morosidade, todo esse espaçamento.

Muito embora não se desconheçam todas as críticas desferidas contra as recentes alterações do nosso estatuto processual em relação ao cumprimento da sentença, incluídas eventuais impropriedades técnicas,¹⁷⁵ certo é que as inovações

¹⁷⁵ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**, p. 3-17.

inseridas no nosso ordenamento dependem muito da maneira com que os operadores do direito irão utilizá-las.

Sabe-se que as alterações não irão solucionar os problemas por inteiro. Com efeito, o devedor que não possui patrimônio algum (ou o desvia de forma simulada), continuará não sofrendo os efeitos das modificações (muito menos o da multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil por não pagamento da condenação). A nosso sentir, as modificações atingiram muito mais aos litigantes institucionais (corporações), bem como os particulares com patrimônio. Mas, enfim, já representa algum progresso na busca da efetivação da tutela jurisdicional.

Por fim, e já encaminhando a última parte desse trabalho, caberá aos sujeitos processuais (juiz, partes e procuradores), saber aproveitar da forma mais adequada possível as recentes alterações operadas no nosso sistema processual civil, chamando para si a responsabilidade de modificar a realidade do “processo” acolhido pelo nosso sistema, a fim de torná-lo efetivo, a partir de uma mudança da própria cultura jurídica. Ou seja, a participação dos sujeitos processuais também é uma das inúmeras formas de enfocarmos a *efetividade* do processo, que, como afirmamos, é uma expressão ambígua.

3.2 O PAPEL DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Por derradeiro, cumpre analisarmos o papel dos sujeitos da relação processual como condição de viabilizar a efetividade do processo, porquanto a maior ou menor eficiência deste instrumento na realização de seus objetivos, depende do compromisso assumido por todos na busca de uma decisão justa e em razoável espaço de tempo.

Nessa perspectiva, impõe-se uma incursão na função desenvolvida pelo juiz, partes e procuradores, e suas respectivas contribuições no processo. Isso por que o desenvolvimento das tarefas no processo deve ocorrer de forma cooperativa, no sentido de valorizar o diálogo judicial na formação do juízo. Ditas diretivas indubitavelmente substituem com vantagens a oposição e o confronto, dando azo ao

concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa.¹⁷⁶

Note-se, por oportuno, que essa concepção cooperativa do processo implica o fortalecimento dos poderes das partes e procuradores, a partir de uma participação mais aguda e com probidade na formação do *decisum*, concorrendo com uma visão não autoritária da função exercida pelo magistrado quanto à divisão de responsabilidade do trabalho no processo entre os sujeitos processuais.

Assim sendo, iniciaremos a abordagem sobre o papel que se espera de cada um dos sujeitos processuais, a partir da função desenvolvida pelo magistrado na condução do processo.

É bastante conhecida a clássica solução no Direito baseado no princípio *da mihi factum, dabo tibi ius* (já presente no direito romano), onde a parte deveria suscitar o fato jurídico do qual decorria o seu direito e o órgão judicial aplicaria o direito a esse fato.¹⁷⁷ Justamente porque a função judicial encontra-se umbilicalmente ligada à aplicação do direito, dita atribuição concedida ao órgão judicial vem se mantendo ao longo da história.¹⁷⁸

Em que pese existir a tendência em alargar os poderes do juiz, convivemos até hoje, de certa forma, com o espírito da concepção liberal, onde se atribuíam plenos poderes às partes para o início e fim do processo, restringindo deveras os poderes do órgão judicial, principalmente em relação à instrução probatória.

Na concepção liberal, tínhamos o processo como instrumento destinado à realização de direitos privados (acentuando-se o domínio das partes sobre este), justificando-se os amplos poderes das partes em face da falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia. Era assim que se justificava o princípio dispositivo,

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo”. In: **Revista Processo e Constituição**, p. 96.

¹⁷⁷ Idem. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 135.

¹⁷⁸ Idem, *ibidem*.

decorrendo da conjugação dos valores da imparcialidade do juiz e da autonomia do direito privado (decorrente da autonomia da vontade).¹⁷⁹

Portanto, um dos fundamentos sobre o qual se embasava a inatividade material do juiz residia no caráter privado do objeto discutido no processo, isto é, na idéia de que as partes deveriam ser livres em suas disposições. Em conseqüência, toda atividade do juiz configurava-se como uma inaceitável intromissão estatal no livre exercício dos direitos dos litigantes.

Naquela época, primava o caráter privado do processo, competindo ao juiz uma função meramente supletiva ou complementar, pois somente quando a prova dos autos gerasse dúvida é que ele poderia determinar providências quanto à sua complementação.

Contudo, superada a concepção privatista do processo como negócio particular ou relação jurídica privada, onde se atribuía às partes um verdadeiro “monopólio” sobre a relação jurídica substancial e processual no seu conjunto, relegando a função do juiz a um papel meramente “passivo” e “neutro” de simples árbitro e espectador do duelo judiciário, cumpre destacar que contemporaneamente a relação entre os sujeitos processuais deve ocorrer compartilhando-se responsabilidades, a fim de atingir uma maior eficiência e eficácia no processo.

Notadamente, a partir da visão publicista ou social do processo, que passou a lhe conceber como instrumento necessário ao exercício da função jurisdicional do Estado, verificou-se o início de forte movimento no sentido de fortalecimentos dos poderes do juiz.

Nesse sentido, merece destaque a doutrina de Joan Pico i Junoy:

Uno de los fenómenos más relevantes del derecho procesal que se ha desarrollado durante el siglo XX ha sido el de la “publicización” o “socialización” del proceso, cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento

¹⁷⁹ A respeito do princípio dispositivo, PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a La Prueba en el Proceso Civil**. Barcelona: Bosch, 1986, p. 212-3, aponta as seguintes características essenciais: a) o início da atividade jurisdicional depende de provocação da parte; b) a determinação do objeto do processo compete somente aos litigantes; c) as decisões judiciais devem ater-se às pretensões das partes; d) a possibilidade de finalização por vontade das partes.

de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para logra la máxima eficacia en su función.¹⁸⁰

Esta formulação do processo civil encontra seu fundamento constitucional no dever do juiz de velar pela efetividade da tutela jurisdiccional dos interesses discutidos, a fim de alcançar desse modo o que proclama, como por exemplo, o artigo 1º, inciso I, da Constituição de 1988, que elegeu como valor superior do ordenamento jurídico à justiça, que sem dúvida alguma, é o objetivo final da função jurisdiccional. Desta feita, a justiça, como valor superior do ordenamento jurídico, representa um ideal da comunidade, um objetivo a se alcançar pelo ordenamento jurídico, pois se existe um interesse público de que o resultado do processo seja justo, o Estado deve colocar a serviço dos juízes todos os meios e *poderes* necessários para que possa alcançar dito fim.

Assim sendo, hodiernamente, o princípio dispositivo não há que ser visto sob a égide do Estado liberal, porquanto se assim o fizesse o magistrado estaria totalmente vinculado a contentar-se com a versão trazida pelas partes para emitir o seu juízo sobre o caso concreto. Nesse sentido, destaca Cândido Rangel Dinamarco a impossibilidade da manutenção desta ideologia, porquanto a grande tarefa do juiz atualmente diz respeito “a examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo”.¹⁸¹ Vê-se, pois, que ao juiz dos nossos dias compreende que só se lhe exige imparcialidade, no que tange à oferta de iguais oportunidades às partes. Não se lhe tolera, contudo, a *indiferença*.¹⁸²

Portanto, o princípio dispositivo, contemporaneamente, deve ser compreendido a partir da premissa de que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes, não ao juiz, sendo que a iniciativa das provas não é privativa das

¹⁸⁰ PICO I JUNOY, Joan. “El Derecho Procesal entre El Garantismo y La Eficacia”. In: **Proceso Civil e Ideología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 110.

¹⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, p. 196.

¹⁸² Idem, ibidem.

partes, podendo o juiz determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos.¹⁸³

Sobre os poderes de intervenção do juiz na perspectiva supracitada, nos valem da doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque:

(...) a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da "postura instrumentalista que envolve a ciência processual".¹⁸⁴

Com efeito, destaca-se, sobretudo, a necessidade de que o juiz, dentro dessa perspectiva, exerça atividade mais contundente, sendo instado a participar de maneira mais intensa no processo, em especial, em relação à investigação dos fatos. Importa, pois, confiar-lhe direção efetiva e não tão-somente formal do processo, conforme leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.¹⁸⁵

Contudo, como já fora dito, tal investigação não pode suceder-se de forma solitária por parte do órgão judicial, na medida em que o método dialético estimula as comparações, contribuindo para a criação de juízos mais abertos e ponderados.

Desta feita, atualmente o princípio dispositivo circunscreve seu alcance à iniciativa das partes quanto às alegações, entretanto, quanto à prova dos fatos alegados, deixou de ser privativa das partes, como bem observa Celso Agrícola Barbi:

Todavia, o princípio dispositivo vem sofrendo sucessivos reexames, com o resultado de estar abrandado o seu rigor, à medida que o processo deixou de ser considerado como instrumento de interesses preponderantemente das partes, e passou a ser visto principalmente como meio de ação do Estado, para atuar as leis que editou.

¹⁸³ Ressalte-se, contudo, que há autores que se mostram partidários no sentido de excluir no processo qualquer tipo de iniciativa de direção material pelo juiz, entre eles, AROCA, Juan Montero. **Los Principios políticos de La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 69. O citado autor se mostra contrário à atribuição de iniciativa probatória ao juiz, porquanto aduz que suas origens históricas estariam vinculadas à ideologia fascista ou totalitária.

¹⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 110.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 137.

A necessidade de esclarecimento de certos fatos, para propiciar um correto julgamento da causa, fez com que alguns códigos modernos permitissem ao juiz liberdade de iniciativa na escolha das provas. Isto não significa atribuir ao magistrado a preponderância nessa atividade, que continua com as partes, porque estas, na maioria das vezes, é quem sabem quais os melhores elementos para prova dos fatos da causa.¹⁸⁶

A par de toda essa mudança, notamos que esse movimento de fortalecimento dos poderes do juiz na direção material do processo vai ao encontro do direito de acesso efetivo à tutela jurisdicional, bem como da efetividade do processo, porquanto para que o juiz possa outorgar essa tutela, necessita da prova concreta dos fatos litigiosos.

Assim sendo, em relação ao acesso efetivo à tutela jurisdicional, como já adiantamos anteriormente, cumpre frisar que este não há que ser meramente formal, mais sim adequado e qualificado, implicando a proteção efetiva do direito, o significa dizer que não se pode movimentar a máquina judiciária num sentido qualquer, implicando a aguda intervenção do órgão judicial (pró-atividade), no sentido de prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional.

Outrossim, no que tange à participação do juiz contribuindo para a efetividade do processo, impende ressaltar que o fortalecimento dos seus poderes impede que ele se consolide em mero expectador do processo, exigindo-lhe uma postura pró-ativa.

Na esfera dessa tendência moderna, relevantes são as considerações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

O direito processual moderno, contudo, vem constantemente evoluindo no sentido do abrandamento da última restrição, de modo a liberar o juiz dessas cadeias formalísticas, atribuindo-lhe poderes intensificados para a investigação probatória, facultando-lhe de conseguinte melhor conhecimento dos fatos, ponto importante na formação da sua convicção. Dentro dessa nova perspectiva, proposta a demanda e delimitados os seus contornos essenciais, constitui dever do juiz controlar o rápido, regular e leal desenvolvimento do processo, assumindo inclusive os meios probatórios, dentro é claro dos limites fáticos extremados pela parte autora para a causa.¹⁸⁷

¹⁸⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 530.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 149.

Ainda nesse sentido, a partir da leitura do disposto nos artigos 130¹⁸⁸ e 333¹⁸⁹, ambos do CPC, percebemos que ambos estão em harmonia com essa tendência contemporânea do processo civil, na medida em que incumbe às partes o ônus da prova, seja “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”, seja “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, não estando o magistrado impedido de determinar as provas necessárias à instrução do processo, a exemplo da regra contida no artigo 342¹⁹⁰ do Estatuto Processual Civil, que prevê que “o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”.

Nesse sentido, as palavras do saudoso Pontes de Miranda:

O art. 342 foi explícito em atribuir ao juiz, em qualquer estado do processo, mesmo se em superior instância, o que depende de resolução coletiva ou de regra regimental, o poder de determinar o depoimento pessoal de qualquer das partes, consistente em respostas às interrogações sobre os fatos da causa.¹⁹¹

De outra banda, cumpre esclarecer antes que se cogite a possibilidade de imparcialidade do juiz na condução do processo, que a determinação de provas de ofício não denota de forma alguma tomada de partido em favor de alguma das partes. Muito antes pelo contrário. Se levamos em conta que, antes do resultado da atividade probatória, não se sabe ao certo o quem ela prejudicará ou beneficiará cada um dos litigantes, dita possibilidade de desconfiança desaparece.¹⁹²

Entretanto, ainda hoje, lamentavelmente, nota-se que alguns juízes, em sede de demandas indenizatórias, após o oferecimento de contestação e a réplica do autor, se limitam a despachar nos autos intimando as partes para dizerem “se

¹⁸⁸ Nesse sentido, assim dispõe o art. 130 do Código de Processo Civil: “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”.

¹⁸⁹ Assim prevê a norma supra referida: “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

¹⁹⁰ Transcrevemos na íntegra o citado dispositivo: “Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”.

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. IV, p. 270.

¹⁹² PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a La Prueba en el Proceso Civil**, p. 242.

têm interesse na produção de provas, sendo que no silêncio o feito será julgado no estado em que se encontra” (art. 330, I, do CPC).

Não se olvida a possibilidade de julgamento antecipado da lide, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, nos termos do artigo 330, I, do Estatuto Processual Civil.¹⁹³ Entretanto, principalmente quando diante de ações indenizatórias, deve o juiz participar ativamente do processo, utilizando-se da audiência preliminar de que trata o artigo 331 do Código de Processo Civil, a fim de, num primeiro momento, tentar conciliar o feito.

Não procedendo dessa forma, o magistrado perde desde já a oportunidade do contato com as partes, com a sociedade, passando a tratar o jurisdicionado como se “coisa” fosse. Esquece que os jurisdicionados têm “olhos”, “boca”, “sentimentos”, “conhecimentos” sobre a causa, e que devem ser tratadas com dignidade, com atenção, e não com pura indiferença. Neste contato mais próximo, permite-se ao juiz tentar obter informações que sejam de extrema valia para o deslinde do processo. Mas a teimosia persiste, e o referido modelo de despacho se dissemina na prática forense.

Correto seria que “esses” mesmos julgadores que simplificam o processo de maneira equivocada, assumissem a responsabilidade no sentido de tornar mais efetiva a sua atuação na condução do processo, chamando as partes, primeiramente, para a conciliação, e não sendo possível, fixar os pontos controvertidos, sanear o processo, e aí sim determinar as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento do processo,¹⁹⁴ nos

¹⁹³ Nesse sentido, dispõe o referido artigo: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

¹⁹⁴ Transcreve-se na íntegra o citado artigo: “Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (...) § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

termos do artigo 331, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil.¹⁹⁵ Note-se que a primeira diligência supracitada, qual seja a tentativa de conciliação é condição na construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal). Por oportuno, em relação ao poder-dever do juiz de pacificação social, nos valem da doutrina do processualista lusitano Alexandre Mario Pessoa Vaz:

A nota porventura mãos impressiva e verdadeiramente “culminante” de todo esse vasto conjunto dos poderes-deveres do juiz assistencial moderno reside, quanto a nós e grande número de autores, no poder-dever do juiz de “promover” e orientar “jurisdicionalisticamente” e “responsavelmente” a conciliação dos litigantes, com vista à realização dos transcendentais objectivos de uma justiça de “equidade” e “persuasiva” que corresponde à concretização prática das altas finalidades de “humanização” e de “moralização” da justiça e do processo, em ordem a realizar uma verdadeira pacificação das “tensões sociais”, hoje tão freqüentes nas sociedades modernas; e a despertar entre os litigantes sentimentos de “solidariedade social”, de “amizade” e de “paz íntima” e “duradoira”.¹⁹⁶

Daí a importância da realização da audiência nos termos supracitados, com o chamamento das partes e procuradores, porquanto na audiência além de se tentar a composição entre os litigantes, “se instrui, discute e decide a causa”.¹⁹⁷

Destarte, afora algumas objeções, a atribuição de certa iniciativa probatória ao juiz não lhe converte, ao nosso ver, em juiz imparcial ou autoritário, pois se bem delimitada pelo ordenamento jurídico, dita iniciativa evita quaisquer objeções. O sistema atual necessita de um magistrado ativo, interessado na solução do processo ainda na fase instrutória, porquanto deixando para verificar possíveis falhas ao final da instrução, terá jogado por terra tempo precioso, o que poderá implicar o risco de insuficiência dos meios probatórios para o julgamento de fundo da demanda. Cabe ao magistrado estimular a atividade processual das partes de forma positiva, conforme leciona Juan Monteiro Aroca:

¹⁹⁵ Ressalte-se, contudo, que no caso das partes se mostrem omissas quanto à produção de prova testemunhal ou documental, não poderá o juiz determinar que elas supram a omissão, porquanto não cabe ao magistrado determinar que as partes arrolem testemunhas ou juntem documentos, o que iria de encontro ao disposto no artigo 130 do Estatuto Processual Civil. O oferecimento do rol de testemunhas, bem como o requerimento de prova documental, hão de ser apresentada com a inicial e a contestação, na media em que se trata de ônus das partes, e não dever do juiz.

¹⁹⁶ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito Processual Civil**. Do Antigo ao Novo Código. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 323.

¹⁹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de Instrução e julgamento e Audiências Preliminares**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11.

El deber del juez de asesorar a las partes sobre los derechos y obligaciones que les corresponden, supone también la necesidad de estimular la actividad procesal de las partes y realmente de todos los demás que intervienen en el proceso.¹⁹⁸

Com efeito, não somente na audiência preliminar deveria o juiz desempenhar um papel ativo, mas também em todas as fases do processo em que for atuar, a fim de assegurar, dentro do respeito do direito da partes, um desenvolvimento rápido e objetivo do processo, determinando a elas todos os esclarecimentos e clarificações úteis. Assim, estabelecido e clarificado o objeto do processo, surgirão com maior nitidez as provas que devem produzir-se sobre os fatos que, na audiência, se apresentam como controvertidos, possibilitando ao julgador recusar as provas que considere não só inadmissíveis, como também desnecessárias ou inúteis.

Tudo isso conduz por vários caminhos à necessidade de que o juiz tenha verdadeira direção do processo, deixando de ser mero expectador, porém não assumindo tampouco o papel de “ditador”, pois a si incumbe, sobretudo, o poder-dever de realizar justiça (art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Nessa linha de pensamento, nos posicionamos no sentido de que ao juiz se pode e deve atribuir iniciativa probatória, desde que se limite aos fatos discutidos no processo, atento ao princípio dispositivo. Vale dizer: sem que se ultrapasse o objeto da ação.

No que tange à contribuição da partes e advogados dentro dessa visão cooperativa como condição de se buscar a efetividade do processo, cumpre afirmar, sem medo algum, que necessitamos urgentemente que se faça uma análise ética sobre o papel desenvolvido por ambos no processo. Nunca foi tão intensa, como nos dias atuais, a chamada litigância de má-fé, o que vem soterrando o princípio da lealdade processual também conhecido como princípio da probidade. Por dito princípio concebe-se que todos os sujeitos processuais devem manter conduta ética adequada, de acordo com os deveres de verdade, moralidade e probidade em todas

¹⁹⁸ AROCA, Juan Montero. “Sobre el Mito Autoritario de La Buena fe Procesal”. In: **Proceso Civil e Ideología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 316.

as fases processuais. Isso por que, o processo não é lugar comum, mas sim um espaço onde os jurisdicionados e seus procuradores devem buscar a justiça, com verdade, respeito e cooperação.

O dever de verdade (=dever de veracidade) impõe que o autor e o réu apresentem fatos verídicos e não afetem, intencionalmente, os fatos apresentados. As partes e seus advogados têm o dever de fazer as suas comunicações dos fatos trazidos ao processo com probidade e verdade, sem omissões que lhes altere a verdade. Assim, aquele que omite a verdade, falta com o dever de veracidade. Também aquele que expõe os fatos como não ocorreram, não procede verazmente.

Nessa esteira, discorrendo sobre o dever de probidade processual, refere Rui Portanova, que o princípio da lealdade processual é nitidamente um princípio de índole ética, que, sob o olhar atento do interesse público, é um prolongamento da ética que deve orientar a vida em sociedade.¹⁹⁹ Desse entendimento não discorda Arruda Alvim quando afirma que “a lealdade e a boa-fé são regras informativas de caráter ético, abrangente de todas as atividades das partes, desde o início, durante todo o procedimento, inclusive, no desdobramento recursal”.²⁰⁰

Contudo, cada vez mais se propaga a cultura da lide temerária, cercada por “chicanas” praticados no processo, visando a levar vantagem sobre a parte contrária. Com frequência, as partes e procuradores utilizam-se da malícia, da fraude, do dolo, da improbidade e da desonestidade, como forma de atingir o resultado pretendido, em total violação ao artigo 14 do Estatuto Processual Civil, que dispõe acerca do dever de probidade das partes, bem como de todos aqueles que do processo participam. Nesse sentido, assim dispõe o citado artigo:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

¹⁹⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 157.

²⁰⁰ ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. II., p. 131.

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Assim, nosso Código de Processo Civil, atento a essa nefasta possibilidade consolidou no seu conteúdo mecanismo que visa a coibir a improbidade de todos os sujeitos que atuam no processo, a fim de privilegiar as condutas elencadas no artigo supracitado. Semelhante norma é encontrada na legislação processual civil portuguesa que, dispondo sobre o dever de boa fé, assim prevê:

Artigo 266.º-A

Dever de boa fé processual

As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.²⁰¹

Com efeito, visando a reprimir a má-fé, e proteger a busca pela verdade, pela justiça, previu o legislador brasileiro as possibilidades de responsabilidade das partes por danos por dano processual, nos termos do artigo 16, tipificando logo a seguir no artigo 17, ambos do *codex* processual, as hipóteses que reputam o litigante de má-fé, *in verbis*

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

²⁰¹ CÓDIGO de Processo Civil Português. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 200.

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

A violação a qualquer dessas obrigações autoriza o juiz de pronto a declarar a parte como litigante de má-fé, implicando em arcar com perdas e danos, nos precisos termos do artigo 16, bem como condenando o infrator ao pagamento de multa, conforme disposto no artigo 18, ambos do Código de Processo Civil.

Apesar da expressa menção do citado estatuto processual, no mais das vezes a punição pela litigância de má-fé não é aplicada como deveria, onde o juiz ou Tribunal em casos de visíveis atos maliciosos que atentam contra a justiça, limita-se a referir apenas que a lide “beira à temeridade”.

Não se olvida que, muitas vezes, dito sancionamento é obstado pela ausência da prova de dolo²⁰² na imputação da má conduta processual. Todavia, patente a litigância de má-fé não há que se vacilar quanto à sua aplicação,

²⁰² No que tange à intencionalidade no sentido de alterar a verdade dos fatos, refere Pontes de Miranda que “A alteração – intencional – da verdade dos fatos ocorre se o figurante sabia o que se passara e o expõe diferentemente do que sabia. Se expôs conforme lhe contaram, ou foi divulgado, e somente por isso não disse a verdade, não alterou intencionalmente, salvo se sabia que o que lhe contaram ou foi divulgado era falso”. A lição do mestre brasileiro, bem expõe o problema da situação trazida. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 391.

porquanto o juiz ou o tribunal não podem ser cúmplices das espertezas das partes.²⁰³ Nesse sentido, a lição de Alexandre Mario Pessoa Vaz:

Dentro desta mesma linha de considerações e de objectivos no sentido da “moralização” do processo e da pacificação social, o juiz activo e assistencial tem a combater a “mentira processual” dos litigantes e dos outros intervenientes no processo mediante a aplicação de sanções por violação da “verdade material e por litigância de má-fé”.²⁰⁴

A partir de uma postura ativa do juiz, projeta-se o respeito da regras morais dentro do processo, excluindo-se a “má-fé”, a “chicana” e a “fraude”. A respeito do assunto, argutamente refere Rui Portanova que “na repressão à improbidade reside um dos atributos de sua imparcialidade, por isso cobra-se uma atitude atenta do presidente do processo em relação ao comportamento dos demais sujeitos”.²⁰⁵ Afora as críticas antes alinhadas, temos em Alcides de Mendonça Lima, pertinente comentário acerca da litigância de má-fé como meio protelatório ao desfecho do processo:

O Código procurou cobrir todos os atos de possível má-fé, realizados com intuito, não de obter um direito, mas sim, de protelar o desfecho do processo ou de embaraçar o adversário, em detrimento, outrossim, da própria justiça.²⁰⁶

Ainda sobre o tema, a doutrina de Adroaldo Leão:

Se o dolo processual fosse tratado sem contemporização, por certo a atividade jurisdicional será célere e mais barata, à vista dos inúmeros processos que seriam extintos, mesmo na fase postulatória ou, quando menos, a “chicana”, tão presente na fase probatória, seria

²⁰³ Nesse sentido, oportuno transcrever a nota nº 16 ao art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil Comentado, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz”. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁰⁴ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito Processual Civil**. Do Antigo ao Novo Código, p. 324-5.

²⁰⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**, p.159.

²⁰⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. **Proibidade Processual e Finalidade do Processo**. Rio de Janeiro: Vitória, 1978, p. 59.

sensivelmente reduzida, tudo coroadado com uma sanção ao litigante de má-fé.²⁰⁷

Por fim, a lição do saudoso mestre Pontes de Miranda, quanto à litigância de má-fé:

Também é elemento suficiente da má-fé a atitude do figurante que dificulte ou demore ou de qualquer modo perturbe o procedimento.

Se o figurante tem conduta que revela temeridade do ato ou de atos do processo, incidentalmente ou não, a má-fé fica manifesta.²⁰⁸

De outra banda, como nota peculiar da responsabilização do litigante de má-fé, há que se mencionar o fato de que nosso Estatuto Processual Civil, ao tratar dessa possibilidade de penalização o faz expressamente em relação às partes, conforme dispõe o artigo 16, quando prevê que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”. Dito artigo, de certa forma dá a impressão de que se deixou de lado a figura do advogado em relação ao seu dever de probidade de atuação no feito, e eventual responsabilização por prática de atos maliciosos.

Contudo, dentro dessa perspectiva de firmamento de um processo civil cooperativo exerce o advogado importante papel na medida em que o mesmo é figura imprescindível à administração da justiça, nos termos do artigo 133 da nossa Constituição Federal,²⁰⁹ devendo por isso também ser responsabilizado por seus atos no processo. Quanto à possibilidade de responsabilização do advogado pela prática de atos processuais temerários, aduz ARRUDA ALVIM:

Evidentemente não se refere nossa lei processual, neste art. 16, ao procurador das partes, mas aos sujeitos do processo.

No que tange à responsabilidade do procurador, se a parte tiver sido havida como estando de má-fé, por atividade do seu procurador, nascer-lhe-á direito regressivo contra o mesmo, em função daquilo a que

²⁰⁷ LEÃO, Adroaldo. **O Litigante de Má-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 5.

²⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 392.

²⁰⁹ Nesse sentido, assim dispõe o citado artigo. “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

haja sido condenada a tendo-se como parâmetro a responsabilidade deste, por culpa.²¹⁰

Portanto, em que pese o *codex processual* não faça menção expressa em relação à possibilidade de responsabilizar o advogado quando age com dolo ou culpa no exercício da profissão,²¹¹ seja afirmando fatos inverídicos, seja procrastinando o feito, é possível entrever (numa visão cooperativa do processo), a partir da leitura do artigo 16 do Código de Processo Civil, a possibilidade de se lhe atribuir as penas do artigo 18 do mesmo estatuto.²¹²

Contudo, é forçoso reconhecermos que a possibilidade carece de alteração junto ao Estatuto Processual Civil, o que de certa maneira inviabilizaria, neste estágio atual dita penalização, haja vista que o parágrafo único do artigo 14. Mas o porvir a nós parece uma questão de tempo, bastando boa vontade e iniciativa por parte do legislador, a fim de coibir duramente condutas incompatíveis por parte deste sujeito processual.

Derradeiramente, trazemos à colação recente julgado da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de agravo regimental no recurso extraordinário n. 213.664-6, sendo relator o Ministro Cezar Peluso, cuja ementa transcrevemos:

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade.

Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental

²¹⁰ ALVIM, Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 2, p. 429.

²¹¹ Em relação à possibilidade de se responsabilizar o advogado por seus atos (exercício profissional), o Estatuto dos Advogados (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994), já dispunha no art. 32 que: "O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa". Ainda no mesmo estatuto refere o art. 34, item IX, que "constitui infração disciplinar: prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio".

²¹² A propósito, assim prevê o artigo supracitado: "Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento". Outrossim, salientamos que semelhante dispositivo encontra-se disposto no artigo 456, do Código de Processo Civil Português, pertinente à responsabilidade no caso de má-fé (CÓDIGO de Processo Civil Português, p. 252).

tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado”.²¹³

Nesse sentido, o voto do Ministro relator assim dispôs quanto à aplicação da pena por litigância de má-fé:

1. A decisão agravada invocou e resumiu os fundamentos do entendimento invariável da Corte, cujo teor subsiste invulnerável aos argumentos do recurso, os quais nada acrescentaram à compreensão e ao desate da *quaestio iuris*. É oportuno, aliás, advertir que o disposto no art. 544, §§ 3º e 4º, e no art. 557, ambos do Código de Processo Civil, desvela o grau da autoridade que o ordenamento jurídico atribui, em nome da segurança jurídica, às súmulas e, posto que não sumulada, à jurisprudência dominante, sobretudo desta Corte, as quais não podem desrespeitadas nem controvertidas sem graves razões jurídicas capazes de lhes autorizar revisão ou reconsideração. De modo que o inconformismo sistemático, manifestado em recursos carentes de fundamentos novos, não pode deixar de ser visto senão como abuso do poder recursal. Ao presente agravo, que não traz argumentos sérios para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo. Há aqui, além da violação específica à norma proibitiva inserta no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil RE 213.664-AgR /RS, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual (arts. 14, II e III, e 17, VII), até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente sobrecarregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo.

2. Isto posto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos, e condeno a parte agravante a pagar à parte agravada a multa de 5% (cinco por cento) do valor corrigido da causa, ficando condicionada, a interposição de qualquer outro recurso, ao depósito da respectiva quantia, tudo nos termos do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil.

²¹³ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 213.664-6, relator Ministro Cezar Peluso, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 20/09/2005, publicado no D.J. em 07/10/2005. Nesse mesmo sentido são os seguintes julgados da Suprema Corte brasileira: AI – AgR n. 525651/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma do STF, julgado em 21/02/2006, publicado no D.J. em 17/03/2006; AI – AgR 495660/SC, rel. Min. Marco Aurélio Mello, 1ª Turma do STF, julgado em 04/10/2005, publicado no D.O.U. em 04/11/05; AI – AgR – ED n. 421118/AL, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, julgado em 21/03/2006, publicado no D.J. em 20/04/2006.

Acompanhando a linha de entendimento do STF, citamos recente julgado em sede de apelação cível, onde a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim se manifestou quanto à incidência da citada penalidade por deslealdade processual do litigante, cujo relator fora o Desembargador Rubens Duarte:

Com efeito, verifica-se pelo exame dos autos, que a pretensão do embargante já obtivera decisão desfavorável. Mesmo assim, o apelante insiste com o ajuizamento deste tipo de ação conhecendo da sua desnecessidade, configurando-se evidente a deslealdade processual do apelante.

Sabe-se que diante do princípio da probidade processual devem as partes agir norteadas pelo dever da verdade, da lealdade e boa fé.

Para conceituar litigante de má-fé, cito Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery *in* Código de Processo Civil Comentado, 2ª edição, São Paulo, RT, p. 367:

“Conceito de Litigante de má fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito...”.

Agindo a parte de forma a procrastinar o bom andamento da lide, com a provocação de incidentes destituídos da menor fundamentação, cabível seu enquadramento nas sanções previstas no artigo 18 do CPC.

Sobre a matéria:

“O devedor que, no processo de execução, suscita incidentes infundados deve ser considerado como litigante de má fé.” (JTACivSP 71/126).”

“Processo Civil. Litigância de má fé. A provocação ao Judiciário mediante incidentes infundados constitui inobservância ao princípio da probidade processual, insculpido no artigo 14 do CPC. Evidente a má fé com atuação de forma temerária, conforme dispõe o artigo 17, inc. V do Código de Processo Civil”.APELO IMPROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 197049158, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE ALÇADA DO RS, RELATOR: FRANCISCO JOSÉ MOESCH, JULGADO EM 09/10/1997).

Dessa forma, justifica-se a condenação nas penas da litigância de má-fé (foi pequena a condenação) tendo em vista que a conduta da parte incidiu em um dos incisos do art. 17 do CPC ao reviver questões adequadamente resolvidas. Assim, bem aplicada a penalidade, impondo-se a manutenção da condenação pela litigância de má-fé.²¹⁴

²¹⁴ Apelação Cível n. 70011444916, 20ª Câmara Cível do TJRS, rel. Desembargador Rubens Duarte, julgada em 11/05/2005, publicada no D.J. 03/06/2005.

Note-se que em ambos os casos, tanto a Corte Suprema quanto o Tribunal local aplicaram a pena por litigância de má-fé às partes recorrentes, na medida em que nesse tipo de situação não é apenas a parte-adversa a prejudicada, mas sim o já assoberbado Poder Judiciário. Não se punindo condutas análogas haverá prejuízo mediato cujo potencial danoso é maléfico ao próprio sistema, haja vista que a litigância de má-fé, configurando ato abusivo, quando resta impune repercute na própria credibilidade da atividade jurisdicional. Isso por que, a partir do momento em que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era apenas um árbitro e às partes era permitida a utilização de artimanhas, começou a ser exigido dos litigantes, conduta adequada (proba) à finalidade de pacificação social do processo.

Postas essas coordenadas acerca da visão cooperativa no processo civil, identificamos que o tema abordado é de grande relevância, não medida em que se mostra indispensável que seja realizado uma aferição ética e cultural a respeito do papel desempenhado pelas partes, procuradores, bem como pelo juiz no processo. A palavra chave para esse momento diz respeito à colaboração entre todos. Sendo o processo de interesse público, pois nele se busca a aplicação do direito, e conseqüentemente a justiça no caso concreto, chegou o momento de repensarmos a situação de crise vivida.

Segundo nossa Constituição Federal de 1988, “constituem objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa, e solidária” (art. 3º, I), o que nos permite aplicar dita norma em relação ao processo civil, onde devemos fazer a leitura de que os fins deste devem se incorporar aos princípios do Estado Democrático. Aliás, é imperativo que nessa perspectiva haja o exercício mais intenso do jurisdicionado (exercício de cidadania), na atividade processual. Discorrendo sobre o tema, assinala Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. Essa conseqüência, por outro lado, reforça-se pela percepção de uma

democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual.²¹⁵

Assim sendo, a exemplo de se exigir do jurisdicionado uma participar de forma mais intensa, colaborando construtivamente ao processo, exige-se do juiz uma atitude mais ativa, estimulando o diálogo com as partes, dando ampla vazão à colaboração dos sujeitos processuais, tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa, vez que esse objetivo somente pode vir a ser atingido a partir do fortalecimento dos poderes das partes, bem como do magistrado, compartilhando os “ônus” e os “bônus” do processo.²¹⁶ Por oportuno, citamos a norma contida no artigo 266 do Código de Processo Civil Português (Princípio da cooperação) que assim dispõe:

ARTIGO 266.º

Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer a esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes, e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n. 3 do artigo 519º.

4 - Sempre que alguma das partes alegue injustificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.²¹⁷

²¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, p. 253.

²¹⁶ Idem, *ibidem*.

²¹⁷ CÓDIGO de Processo Civil Português, p. 200.

Contudo, para que tudo isso ocorra, impende que haja uma viragem cultural dos sujeitos processuais, como muito bem sintetiza essa idéia a lição de Elaine Harzheim Macedo:

Repensar o papel dos sujeitos da relação processual, através de uma viragem ética, é simplesmente vital. O magistrado e sua atuação devem ser vistos à luz de sua condição de mandatário do povo, titular da soberania. Sua atuação não é nem pode ficar adstrita ao comportamento de um mero servidor público, que cumpre os comandos de outro ou outros poderes, tal como, *declarar a vontade da lei ao caso concreto*, o que certamente poderia ser bem mais traduzido como *declarar o império do legislador ao caso concreto*, reavaliando-se, via de consequência, a própria distinção dos poderes. As partes, seus procuradores, todos aqueles que, de alguma forma, atuam na relação processual devem ser chamados à responsabilidade de seus atos, afastando-se, tanto quanto possível, a litigância que denigre a imagem do homem brasileiro, na medida em que o processo é público, cogente e necessário para a realização última do bem social. Institutos como litigância de boa-fé e a penalização da litigância de má-fé exigem revisão.²¹⁸

A partir das considerações da citada autora, nota-se imprescindível à criação desse novo paradigma que além compartilhar responsabilidades no sentido “positivo”, cumpre responsabilizar estes agentes por eventuais condutas que não se coadunem como esse novo paradigma de processo que todos desejamos. Há que se ter a norma contida no inciso V do artigo 14 do Código de Processo Civil, como norte da atuação de todos os sujeitos que no processo atuam, como verdadeiro princípio processual, conforme expressamente prevê o *codex* processual português (art. 266º).

Se desejamos criar um novo paradigma de processo, onde este seja verdadeiro espaço de criação do direito onde a jurisdição se realiza, devem os sujeitos processuais agir com responsabilidade, seriedade e probidade, pois em caso contrário não se obterá um processo efetivo que em muito depende da atuação direta de todos nós. Se o fim supremo do processo é obter justiça em relação ao caso concreto, não mais se aceita hodiernamente protagonistas “irresponsáveis” e “indiferentes” ao resultado final do processo que é a própria tutela jurisdicional. Se realmente desejamos que essa tutela jurisdicional seja efetiva cumpre-nos tornar responsáveis pela sua respectiva formação.

²¹⁸ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo**, p. 279-80.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essas observações sobre o direito fundamental de acesso à efetiva tutela jurisdicional, sua íntima relação com o texto constitucional, com a forma de jurisdição prestada pelo Estado, bem com o processo e sujeitos processuais que nele atuam, é possível apresentar algumas considerações sobre os temas abordados.

Iniciou-se o presente exame a partir de noções panorâmicas sobre direitos fundamentais, determinando-se a sua conceituação, diferentes dimensões, bem como seu caráter de típico direito a prestações (direitos de segunda dimensão).

Partiu-se da perspectiva histórica, a fim de que se pudesse estabelecer uma compreensão adequada correlata aos direitos fundamentais, conhecendo melhor a sua evolução no decorrer da história. Identificamos que a evolução dos direitos fundamentais, desde a sua primitiva concepção entendida como direitos do homem, foi representada pela própria evolução dos povos. Assim, iniciamos a jornada pelo jusnaturalismo medieval até chegarmos a sua positivação nos diferentes textos constitucionais.

Verificou-se por meio dessa perspectiva histórica, que, até que fosse firmada em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (que consolidou a idéia de que a responsabilidade universal era a chave para a sobrevivência humana, ou seja, a melhor garantia para os direitos do homem e para a paz mundial), foram necessários mais de 5.000 anos de história registrada, com milhares de guerras, sistemas opressivos, destruição em massa, e também infundáveis lutas pela liberdade, para que a humanidade concluísse que garantindo tais direitos e harmonizando os povos e o mundo, dar-se-ia um passo importantíssimo.

Por tudo que foi colocado, percebeu-se que o processo de afirmação dos direitos fundamentais é algo crescente na história mundial. Com efeito, o passo seguinte, no presente estudo, foi no sentido de se conceituar os direitos fundamentais.

Assim, procurou-se trazer como conceito mais elaborado a idéia de que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com os instrumentos constitucionais, a partir dos quais se tornam reconhecidos e garantidos, sendo que, sob essa perspectiva, é que devem ser compreendidos. Ausente a positivação jurídico-constitucional, os direitos fundamentais serão tão-somente aspirações, direitos não garantidos por meio de normas estabelecidas no texto constitucional.

Explicitou-se a necessidade da consagração dos direitos fundamentais pelos diferentes sistemas jurídicos, porquanto sem eles os seres humanos não têm a base normativa para serem realizadas, no plano concreto, suas aspirações e desejos viáveis de tutela constitucional capaz de lhe garantir convivência digna, livre, e igualitária, independentemente de credo, raça, origem ou cor.

Relativamente às dimensões dos direitos fundamentais notou-se que elas representam a sua própria evolução, onde se trabalhou com os direitos fundamentais de primeira dimensão, decorrente da relação Estado x cidadão, com direitos fundamentais de segunda dimensão (concepção política do Estado), com direitos fundamentais de terceira dimensão (de titularidade difusa ou coletiva), bem como com os direitos fundamentais de quarta dimensão, representados pelos direitos relativos à informática, *softwares*, biociência, eutanásia, clonagens, dentro outros. Dentro do tema proposto, mostrou-se importante a conclusão de que o direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, notadamente um direito de segunda dimensão, é um direito que garante o uso e gozo dos demais direitos fundamentais.

Num segundo momento, trabalhou-se com a idéia de direitos fundamentais e acesso à justiça, mostrando que, ao logo dos tempos, o conceito de acesso à justiça vem sofrendo mudanças, tal qual a própria evolução dos direitos fundamentais.

Com apoio em Mauro Cappelletti, ressaltou-se que o direito de acesso à justiça num primeiro momento da história vinculava o seu significado ao direito

formal do indivíduo agravado para propor ou contestar uma demanda, onde o acesso formal dizia respeito à igualdade (formal), embora não efetiva.

Não obstante o que foi dito procurou-se demonstrar que, contemporaneamente, o direito de acesso à justiça passou a ser compreendido como um requisito fundamental dentro de um sistema jurídico que aspirasse não apenas *eleger* direitos, mas sim *garanti-los* e *efetivá-los*, passando-se a buscar assegurar uma resposta efetiva e eficaz do órgão jurisdicional, transposta aquela idéia inicial formalista de mero acesso ao órgão judicial.

A seguir, desenvolveu-se o tema sobre o direito de acesso à justiça focado no cenário constitucional brasileiro. Assim, a partir da abordagem panorâmica da evolução de dito direito no nosso sistema jurídico, verificou-se que muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a exemplo das constituições anteriores, a Constituição de 1988 passou a garantir a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Talvez seja essa a nota mais importante do desenvolvimento deste direito, vez que a limitação disposta no Pacto Constitucional anterior (1967) não mais se repetiu. Assim, a própria Constituição de 1988 passou a consagrar, em diversos dispositivos, a tutela de direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito).

Portanto, verificou-se que o direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser compreendido pela na doutrina processual brasileira não mais como um conceito unicamente de *direito de ação* pertinente a lesão de direito individual, mas, sim, como um direito fundamental, contemplando além dos direitos individuais, os difusos e coletivos.

Surgiu, assim, a noção do direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, porquanto se constatou que ao Direito atual não bastava apenas a simples garantia formal do dever do Estado de prestar Justiça. Demonstrou-se, pois, ser necessário adjetivar esta prestação estatal que há de ser efetiva, adequada e tempestiva.

Mais adiante, abordou-se o tema pertinente à jurisdição e à tutela jurisdicional. Quanto à jurisdição, se procurou traçar a distinção entre o conceito e

função da jurisdição clássica à luz da matriz do Estado Liberal, com apoio na doutrina de Chiovenda, Carnelluti, dentre outros autores que elaboraram suas respectivas doutrinas sob essa perspectiva. Sob esse enfoque, destacou-se como ponto em comum em relação aos conceitos clássicos de jurisdição trazidos, o fato de que todos eles partiram da idéia concebida por Chiovenda, na qual jurisdição dizia respeito a uma atividade vinculada à lei, onde o juiz limitava-se a declarar a vontade da lei (atividade de cunho declarativo, onde o *juiz é a boca da lei*). Dita concepção denota de forma insofismável a forte influência exercida pelo modelo institucional do Estado de direito de matriz liberal.

Contudo, demonstrou-se que, ante a evolução do Estado, é necessário repensar a sua função jurisdicional, na medida em que não mais se concebia que órgão judicial se limitasse a exercer a função de mero porta-voz do Poder Legislativo (típica função de subserviência).

Com efeito, demonstrou-se o conceito contemporâneo de jurisdição, onde esta deve estar focada nos princípios e valores eleitos pela Constituição Federal, devendo o órgão jurisdicional assumir uma postura ativa (e não reativa como no modelo clássico), desvinculada da mera legalidade positivista, na medida em que o caráter declarativo da jurisdição clássica mostrou-se absolutamente incompatível com os escopos promocionais dispostos na Constituição de 1988.

Nesse sentido, de todas as doutrinas trazidas sobre o assunto enfocado, nos posicionamos favoravelmente à definição e função da jurisdição no sentido de que ela não pode ser meramente declarativa e reativa, porquanto não mais se coaduna com o modelo do Estado Constitucional.

Assim, a definição mais adequada aos nossos dias é aquela que lhe concebe, essencialmente, como atividade pública, em exercício de mandato, porquanto a soberania é popular (art. 1º, § único, da Constituição Federal), devendo estar diretamente comprometida com os fins e fundamentos do Estado. Com efeito, nesse novo paradigma de jurisdição é imprescindível a participação de todos os sujeitos do processo na produção do direito, dentro de uma visão construtiva e cooperativa da jurisdição, importando na pró-atividade do juiz que se mostra perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e procuradores, conscientes e

cooperadores nesse processo de construção do direito. É a denominada “jurisdição construtiva”.

Outrossim, trabalhou-se o significado de tutela jurisdicional efetiva, onde se percebeu que o dever estatal de prestar tutela jurisdicional está umbilicalmente vinculado à forma de atuar da jurisdição, bem como ao resultado de toda essa atividade (resultado jurídico-substancial do processo). Desta feita, partindo da noção de que todos têm direito de exigir e obter efetiva tutela jurisdicional, identificou-se que bem mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a este incumbe garantir ao cidadão o acesso efetivo à ordem jurídica equânime e adequada, segundo o caso concreto.

Assim, identificou-se que o direito à efetiva tutela jurisdicional é de fundamental importância à própria sustentabilidade do Estado, posto que garante a realização concreta dos demais direitos (ele é o direito à tutela do direito). Desta feita, somos solidários ao posicionamento a partir do qual não basta ao jurisdicionado ter o seu direito reconhecido, porquanto é indispensável que o direito material seja efetivado, ou seja, concretizado.

Com efeito, tutela jurisdicional não se confunde com a jurisdição, na medida em que ela é o resultado do processo em que essa função se exerce. Portanto, tutela jurisdicional efetiva diz respeito à resolução da crise sofrida pelo direito material.

Ipsa facto, tendo em vista as diferentes doutrinas trazidas, entende-se possível dizer que, para concebermos a tutela jurisdicional de forma efetiva, se torna imperioso que o jurisdicionado cujo objetivo é ver os seus direitos, liberdades e garantias defendidas, possa vê-los reconhecidos na sua *plenitude*, não lhe bastando ter esse direito reconhecido, haja vista que é necessário que ele seja efetivado, ou seja, concretizado.

Em seguida, na última parte do trabalho, procurou-se explicitar a relação existente entre efetividade do processo e tutela jurisdicional. A partir de uma visão contemporânea do processo civil, procurou-se demonstrar que ele tem suas linhas mestras traçadas por meio do Direito Constitucional, tendo este como sua base fundamental. Identificou-se que a Constituição de 1988 está gravada por valores

culturais, sociais, éticos, de liberdade, de solidariedade, de justiça, dentre outros mais.

Mostrou-se incompatível entender o processo civil contemporâneo tão-somente como mero ordenamento de atividade de natureza privativamente técnica (caráter formal), olvidando o caráter axiológico introduzido pelo texto constitucional de 1988. A par disso procura-se demonstrar que esse aspecto axiológico fez com que se refletisse no processo civil todo um modo-de-ser de um povo, representado por valores políticos, econômicos, sociais, éticos e jurídicos subjacente à determinada sociedade e a ela característica.

Ressaltou-se, também, que o processo civil contemporâneo guarda íntima relação com a idéia de efetividade do processo (aliás, o norte a ser seguido por ele), na medida em que não se busca mais a mera declaração do direito, mas a efetividade e efetivação desses direitos, na medida em que não basta indicar um rol de direitos fundamentais, mas, sim, efetivá-los. Desta feita, a busca pela efetividade passou a ser um valor gravado na Constituição Federal, permeando todo o sistema processual civil inspirado na necessidade de concretização dos direitos (sejam eles fundamentais ou não) de forma tempestiva (art. 5º, LXXVIII), ou seja, sem maiores delongas.

Não obstante às considerações feitas sobre efetividade do processo, colocou-se que efetividade é uma palavra ambígua, ou seja, possui mais de um sentido, pelo menos para o direito. Assim, no campo do processo civil, a efetividade do processo poderá dizer respeito a inúmeros aspectos. Então, relacionou a efetividade do processo com a contribuição do Poder Legislativo no sentido de se alcançar o acesso à efetiva tutela jurisdicional, bem como com a contribuição dos sujeitos processuais para que o processo seja efetivo.

No que pertine à contribuição do legislativo, abordou-se recente alteração introduzida pela Lei n. 11.232/05, que deu início uma nova etapa da reforma do nosso estatuto processual civil (Lei n. 5.869/73), a fim de tentar tornar o cumprimento (efetivação) da sentença mais célere e efetiva.

Identificamos que, nessa mudança, houve a adoção do modelo sincretista de tutelas, porquanto se permitiu ao processo de conhecimento exercer várias funções

que normalmente caberiam ao processo de execução. Isso por que, tínhamos até então, o processo de conhecimento, cuja atividade desenvolvida era meramente cognitiva, visando à certeza jurídica, onde primeiro se organizava o processo, conhecia-se dos fatos afirmados e provados pelos litigantes, para depois se decidir a controvérsia.

Nesse sentido, outra conclusão importante diz respeito ao fato de que com a unificação do processo de conhecimento e de execução, tentou o legislador suprir o hiato que existia entre ambos, e que, em muito, contribuía para a denominada “crise do Judiciário”. Assim, valendo do disposto na Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou inciso LVI ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, garantido a razoável duração do processo, bem como dos meios que garantam a sua tramitação, objetivou-se impedir que a morosidade continuasse, extirpando-se esse verdadeiro “calcanhar de Aquiles” do processo.

Dentro do aspecto de abrangência das modificações introduzidas pela Lei n. 11.232/05, acreditamos que a grande mudança tenha se dado por conta da substituição da dicção de que a sentença é o ato que põe fim ao processo. Isso por que, pela atual redação dos artigos 162, 267 e 269, ambos do Estatuto Processual Civil, incumbe ao juiz resolver o processo e não mais extingui-lo como anteriormente. Assim, resolução implica resolver o caso concreto trazido à apreciação do órgão judicial, importando numa atitude pró-ativa do juiz (que não guarda relação alguma como um modelo de atividade jurisdicional meramente declarativa).

Nesse particular, nos posicionamos favoráveis à alteração supracitada, pois, a partir de então, caberá ao juiz dar resolução, no mesmo processo, numa mesma relação jurídica, ao “bem da vida” pretendido pelo demandante, por meio da prática de atos executórios que visem satisfazer e efetivar o direito subjetivo material, conforme referimos.

Por fim, no que tange à participação dos sujeitos da relação processual como condição de viabilizar a efetividade do processo, ressaltou-se que a maior ou menor eficiência deste instrumento na realização de seus objetivos, depende do compromisso assumido por todos na busca de uma decisão justa e em razoável espaço de tempo.

Nessa perspectiva, observou-se que o processo civil contemporâneo reclama uma atuação mais ativa no que tange à função desenvolvida pelo juiz, partes e procuradores. Identificou-se, assim, que o desenvolvimento das tarefas no processo deve ocorrer de forma cooperativa, no sentido de valorizar o diálogo judicial na formação do juízo.

Desta feita, acreditamos que ao juiz, dentro dessa perspectiva, cabe exercer a sua atividade de forma mais contundente, sendo instado a participar mais ativamente no processo, especialmente, em relação à investigação dos fatos. Cumpre-lhe, pois, exercer a direção efetiva e não tão-somente formal do processo. Portanto, no que diz respeito à participação do juiz contribuindo para a efetividade do processo, impende ressaltar que o fortalecimento dos seus poderes, impede que ele se consolide em mero expectador do processo, exigindo-lhe uma postura pró-ativa, pois a si incumbe, sobretudo, o poder-dever de realizar justiça (art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Já em relação à contribuição das partes e advogados referiu-se, sob a ótica da visão cooperativa dos sujeitos processuais, ser condição para se buscar a efetividade do processo, necessitando-se, urgentemente, seja feita uma análise ética sobre o papel desenvolvido por ambos no processo, na medida em que nunca foi tão intensa, como nos dias atuais, a chamada litigância de má-fé.

Nesse sentido, posicionamo-nos favoravelmente a uma punição mais rigorosa pelo órgão judicial, pois, não se punindo condutas maliciosas, dolosas, certamente surgirá um prejuízo moral no processo, cujo potencial danoso é maléfico ao próprio sistema, haja vista que a litigância de má-fé, configurando ato abusivo, quando resta impune, repercute na própria credibilidade da atividade jurisdicional.

Feito o devido alinhamento acerca da visão cooperativa no processo civil, identificou-se que o tema abordado é de extrema relevância, porquanto se mostra indispensável à realização de uma análise ética e cultural a respeito do papel desempenhado pelas partes, procuradores, bem como pelo juiz no processo. Assim, ressaltou-se que a palavra chave para esse momento de crise é “colaboração” (colaboração entre todos os sujeitos processuais), uma vez que, como se acentuou, sendo o processo de interesse público, é chegado o momento de repensarmos a situação de crise vivida.

Com efeito, evidenciou-se que a criação de um novo paradigma de processo necessita que os sujeitos processuais ajam com responsabilidade, seriedade e probidade, pois, se o fim supremo do processo é obter justiça em relação ao caso concreto, não mais se aceita hodiernamente protagonistas “irresponsáveis” e “indiferentes” ao seu resultado final que é a própria tutela jurisdicional.

Assim sendo, a partir do trabalho realizado, procurou-se esclarecer que a temática da realidade da tutela jurisdicional efetiva é muito complexa. Hodiernamente, não é mais suficiente afirmar ou consagrar, na legislação, determinado direito. É necessário criar meios processuais focados a alcançar a realização efetiva desses direitos para todas as pessoas. Portanto, todo o direito tem que receber proteção jurisdicional por parte do Estado de Direito.

Então, a efetividade processual significa o real alcance da finalidade do processo visto como instrumento ativo da distribuição da justiça, garantindo soluções ao mesmo tempo jurídicas e legítimas, como forma de pacificação social. Assim, o acesso à ordem jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional passam a ser encarado como direito e garantia fundamental dos sistemas jurídicos que pretendem ser modernos e igualitários.

Dentro dessas coordenadas, o acesso à efetiva tutela jurisdicional não pode ser compreendido como mero direito subjetivo formal. Para que possamos considerar que a tutela jurisdicional seja efetiva torna-se imperioso que o jurisdicionado possa ver os seus direitos, liberdades e garantias defendidas, devidamente reconhecidos e efetivados. Vale dizer: os direitos fundamentais devem ser concretizados.

Por conseguinte, acesso à efetiva tutela jurisdicional significa, pois, assegurar-se que o jurisdicionado tenha acesso à jurisdição de forma real, e não meramente formal ou teórica, por meio de decisões justas, afirmando-se dessa forma o disposto nos artigos 5º, XXXV, e 3º, ambos da Constituição Federal da República do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. II.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. I.

_____. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 2.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Cumprimento da Sentença**. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

AROCA, Juan Montero. "Sobre el Mito Autoritario de La Buena fe Procesal". In: **Processo Civil e Ideología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

_____. **Los Principios políticos de La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras - 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. I.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERNAL, Francisco Chamorro. **La Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CADERNOS IBDP. **Reforma Infraconstitucional do Processo Civil**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2005. (Série Propostas Legislativas.)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de Instrução e julgamento e Audiências Preliminares**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Jurisdição e Competência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CÓDIGO de Processo Civil Português. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CONSTITUIÇÃO da Republica Portuguesa de 1974. Almedina: Lisboa, 2004.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/direitoshumanos.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEÃO, Adroaldo. **O Litigante de Má-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Traduzido por Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Probidade Processual e Finalidade do Processo**. Rio de Janeiro: Vitória, 1978.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Tutela Inibitória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. I.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. "Curso de Derechos Fundamentales". In: **Boletín Oficial Del Estado**, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Henrique Savoti. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. III.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo". In: **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre: Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. 1, 2005.

_____. **A Nova Execução: Comentários à lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PICO I JUNOY, Joan. "El Derecho Procesal entre El Garantismo y La Eficacia". In: **Proceso Civil e Ideología**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

_____. **El derecho a La Prueba en el Proceso Civil**. Barcelona: Bosch, 1986.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. IV.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRESIDÊNCIA da República. Disponível em: <<http://www.presidenciadarepublica.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2006; 02 abr. 2006.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretención Procesal y La Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: Bosch, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHAFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. "Verdade e Significado". In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, n. 5, 2004.

_____. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

_____. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. I.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito Processual Civil**. Do Antigo ao Novo Código. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La Curiosidad del Jurista Persa, y otros Estudios sobre La Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1999.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. "Anotações sobre a Efetividade do Processo." In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 814, 2003.

YAERSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

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](#)