



**UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DE LONDRINA**

---

**MAURO VASNI PAROSKI**

**A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO ACESSO À  
JUSTIÇA E SUAS LIMITAÇÕES NO BRASIL**

---

Londrina  
2006

**MAURO VASNI PAROSKI**

**A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO ACESSO À  
JUSTIÇA E SUAS LIMITAÇÕES NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Lourival José de Oliveira.

**Londrina  
2006**

# **MAURO VASNI PAROSKI**

## **A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO ACESSO À JUSTIÇA E SUAS LIMITAÇÕES NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Lourival José de Oliveira.

### **COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Prof. Doutor Lourival José de Oliveira**  
**Universidade Estadual de Londrina**

---

**Prof. Doutor Jônatas Luiz Moreira de Paula**  
**Universidade Paranaense**

---

**Prof. Doutor Luiz Fernando Belinetti**  
**Universidade Estadual de Londrina**

Londrina, Pr, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

Aos meus pais, que me ensinaram que o maior patrimônio de uma pessoa é o seu caráter, e à minha mulher Josane, pelo carinho e estímulo.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por permitir chegar ao final de mais um desafio.

Ao doutor Lourival José de Oliveira, pela sua humildade, sabedoria e orientação crítica na pesquisa e execução deste trabalho.

Aos meus professores, pelos inestimáveis ensinamentos.

Aos meus amigos, pelo incentivo.

Aos grandes mestres do direito, por suas grandiosas obras, sem as quais este trabalho seria impossível de ser realizado.

Às minhas filhas Rafaela e Thattiane, tesouros valiosos, de quem subtraí horas de convívio.

“Melhor é o pouco com justiça, do que grandes rendas com injustiça” (Provérbios – Capítulo 16 – verso 8).

PAROSKI, Mauro Vasni. **A Constituição e os direitos fundamentais: do acesso à justiça e suas limitações no Brasil**. 2006. Dissertação. Curso de Mestrado em Direito Negocial. Universidade Estadual de Londrina.

## RESUMO

Este trabalho foi desenvolvido com emprego do método histórico-dedutivo, sem prejuízo da adoção do método indutivo em relação a algumas de suas partes. O tema não é novo, mas conserva sua atualidade, sendo objeto de estudo como forma de prestar alguma contribuição para o aperfeiçoamento do acesso à justiça. Investiga-se o passado para que se possa explicar, ainda que parcialmente, as condições atuais do sistema de resolução de litígios, suas deficiências e suas causas, bem como, para a formulação de perspectivas de melhoramento. Optou-se por uma leitura constitucional para a caracterização do acesso à justiça como direito fundamental da pessoa, dotada de dignidade e razão primeira de toda ordem constitucional. Os resultados da pesquisa indicam que as reformas processuais levadas a cabo nas duas últimas décadas e as recentes emendas constitucionais visando modificação no Poder Judiciário demonstram a preocupação da sociedade e do legislador com o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, para torná-la mais efetiva, econômica e célere. A maioria das críticas conhecidas e dirigidas ao Judiciário brasileiro, em que pese haver exceções, quando se trata da sua eficiência para a solução de conflitos, é merecida. Os resultados evidenciam também que os maiores problemas dizem respeito ao custo da demanda em cotejo com a expectativa quanto ao seu resultado e, ainda, à celeridade e efetividade do processo, bem como, ao excesso de demandas submetidas à apreciação dos órgãos judiciários, em parte causado pela existência de leis anacrônicas e incompatíveis com a sociedade atual. Há necessidade de se modificar o foco das discussões, hoje predominantemente econômico, priorizando a pessoa humana. A solução dos conflitos deve ser a mais completa possível. Os gastos do Estado com a atividade jurisdicional não devem gerar preocupação exagerada com os seus reflexos na economia, devendo ser vistos como investimento em atividade essencial para a pacificação social e para a manutenção da normalidade das instituições. Há que se ter em mente que o Poder Judiciário não existe para aumentar os lucros e a competitividade de empresas e investidores, como às vezes é apregoado, ainda que subliminarmente, não sendo esta uma de suas funções. Devem ser preservados o império do direito e a justiça das decisões, assim entendidas as soluções comprometidas com a realização dos valores eleitos pela sociedade na Constituição. Somente as reformas processuais e estruturais e o aumento de magistrados e servidores não solucionam todos os aspectos do problema. É preciso estimular o emprego de meios alternativos, a exemplo da arbitragem, e de técnicas que objetivem solução consensual para os litígios, como a mediação e a conciliação. É de suma relevância a prevenção dos litígios, devendo ser reduzida a litigiosidade do poder público. A ordem jurídica precisa ser respeitada pela administração pública e pelos particulares. Os que fazem as leis não podem ser os primeiros a desrespeitá-las, mas sim, devem dar exemplo à sociedade quanto ao seu cumprimento.

Palavras-chave: acesso, constituição, dignidade, direito, fundamental, justiça, tutela.

PAROSKI, Mauro Vasni. **The Constitution and the basic rights: the access to justice and its limitations in Brazil.** 2006. Dissertation. Master's Course in Business Law. State University of Londrina.

### ABSTRACT

This work was developed with the use of the description-deductive method, not missing the adoption of the inductive method in relation to some of its parts. The subject is not new, but is still up to date to the present time, being the study object as a way to give some contribution for improving the access to justice. One still investigates the past so that it can explain, even partially, the current conditions of the system for litigation resolution, its deficiencies and its causes, as well as for the formularization of improvement perspectives. A constitutional reading for the characterization of the access to the basic justice as the right of an individual was adopted, endowed with dignity and first reason for all constitutional order. The results of the research indicate that the process reforms taken in the two last decades and the recent constitutional amendments aiming modification in the Judiciary Power demonstrate the concern of the society and the legislator with the improvement of the jurisdictional guardianship, to make it more effective, economical and fast. Most of the criticism we have heard and known about the Brazilian Judiciary regarding its efficiency for the solution of conflicts is deserved, exceptions made. The results also show that the biggest problems in respect to the cost of the demand related to the expectation and its result and, still, to the quickness and effectiveness of the process, as well as the excess of demands submitted to the appreciation of the judiciary power, is in part caused by the existence of anachronism and incompatible laws with the current society. There is a need to modify the focus of the discussions, predominantly economic nowadays, prioritizing the human being. The solution of the conflicts must be most as complete as possible. The expenses of the State with the jurisdictional activity must not generate too much concern with its consequences in the economy, it must be seen as an investment in an essential activity for the social pacification and the maintenance of the normality in the institutions. One must keep in mind that the Judiciary Power does not exist to increase the profits and the competitiveness of companies and investors, as some it is proclaimed between the lines, not being one of its functions. The right and the justice of the decisions must be preserved, thus understood the solutions compromised to the accomplishment of the elected values for the society in the Constitution. Only the procedural and structural reforms and the increase of magistrates and servers do not solve all the aspects of the problem. It is necessary to stimulate alternative methods, for example the arbitration, and techniques that aim the consensual solution for the litigations, like the mediation and the conciliation. The prevention of the litigations is of utmost relevance, reducing the litigations in the public power. The jurisprudence must be respected by the public administration and the private parties. The ones who make the laws cannot be the first ones to disrespect them, but on the contrary, must set an example to the society on how to respect them.

Key-words: access, constitution, dignity, rights, basic rights, justice, guardianship.

# SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 DO CONSTITUCIONALISMO.....	18
2.1 Notícias Históricas.....	19
2.2 Antiguidade.....	33
2.3 Idade Média.....	35
2.4 Modernidade.....	37
2.5 Pós-Modernidade.....	41
3 DA CONSTITUIÇÃO.....	44
3.1 Conceito de Constituição.....	45
3.2 A Constituição Democrática e o Estado do Bem-Estar Social.....	49
3.3 Regras e Princípios Constitucionais.....	62
3.4 Força Normativa da Constituição.....	69
3.5 Interpretação das Normas Constitucionais em Geral.....	82
4 DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	90
4.1 Conceito de Eficácia Jurídica.....	91
4.2 Espécies de Eficácia Jurídica.....	94
4.2.1 Positiva ou Perfeitamente Simétrica .....	97
4.2.2 Nulidade.....	98
4.2.3 Ineficácia.....	99
4.2.4 Anulabilidade ou Nulidade Relativa.....	100
4.2.5 Eficácia Negativa.....	100
4.2.6 Proibitiva de Retrocesso.....	102

4.2.7 Penalidade.....	106
4.2.8 Interpretativa.....	108
4.2.9 Outras Modalidades.....	110
4.3 Modalidades Aplicáveis aos Princípios.....	111
4.4 Eficácia dos Direitos Fundamentais.....	114
5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	134
5.1 Conceito de Direitos Fundamentais.....	134
5.2 Surgimento dos Direitos Fundamentais.....	146
5.3 Evolução dos Direitos Fundamentais.....	154
5.3.1 Primeira Geração.....	156
5.3.2 Segunda Geração.....	158
5.3.3 Terceira Geração.....	164
5.3.4 Quarta e Quinta Gerações.....	167
5.4 Classificação dos Direitos Fundamentais.....	171
5.5 Garantias dos Direitos Fundamentais.....	176
5.6 Interpretação e Consolidação dos Direitos Fundamentais no Contexto da Globalização .....	181
6 DO ACESSO À JUSTIÇA.....	196
6.1 Do Acesso à Justiça como Direito Fundamental.....	196
6.2 Do Compromisso de Realização da Ordem Jurídica Justa.....	205
6.3 Princípios Gerais.....	210
6.3.1 Princípio da Universalidade.....	210
6.3.2 Princípio da Isonomia.....	213
6.4 Origem e Evolução.....	215
6.4.1 Antiguidade.....	216
6.4.2 Idade Média.....	226

6.4.3 Estado Moderno.....	231
6.4.4 Estado Contemporâneo.....	238
7 DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL.....	248
7.1 Período Colonial.....	248
7.2 Período Imperial.....	255
7.3 Período Republicano.....	258
7.4 A Ordem Constitucional no Período Republicano.....	260
7.4.1 A Constituição de 1891.....	260
7.4.2 A Constituição de 1934.....	261
7.4.3 A Constituição de 1937.....	264
7.4.4 A Constituição de 1946.....	267
7.4.5 A Constituição de 1967.....	270
7.4.6 A Constituição de 1988.....	274
7.5 Inovações Legislativas mais Recentes.....	275
7.6 Jurisdição e Tutela Jurídica.....	291
7.7 Definição de Jurisdição.....	293
7.8 Tutela Jurídica e Tutela Jurisdicional.....	300
7.9 O Processo e os Escopos da Jurisdição.....	305
8. OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA.....	318
8.1 Os Principais Obstáculos ao Acesso à Justiça.....	318
8.2 Fatores Políticos e Sociais.....	321
8.2.1 Fatores Políticos.....	322
8.2.2 Fatores Sociais.....	326
8.3 Obstáculos de Ordem Econômico-Financeira.....	333
8.3.1 Despesas Processuais.....	335
8.3.2 Insuficiência Econômica.....	340

8.3.2.1 Quanto aos litigantes .....	342
8.3.2.2 Quanto ao Poder Judiciário.....	346
8.3.3 Relação entre Custo e Benefício do Processo.....	353
8.4 Obstáculos Relacionados com a Prestação Jurisdicional.....	357
8.4.1 Assistência Judiciária Gratuita.....	358
8.4.2 Defensoria Pública.....	363
8.4.3 Interpretação e Aplicação do Direito.....	372
8.4.4 Técnica Processual.....	387
8.4.5 A tutela dos Interesses Transindividuais.....	396
8.4.6 Advogados e Manejo do Processo.....	401
8.4.7 Imparcialidade e Neutralidade do Juiz.....	403
8.4.8 Morosidade Processual.....	410
8.4.8.1 Excesso de demandas.....	423
8.4.8.2 Litigiosidade do poder público.....	434
8.4.8.3 Recursos.....	437
8.4.9 Tutela Jurisdicional Adequada.....	448
8.5 Alternativas Não-Estatais de Solução de Conflitos.....	461
8.5.1 Arbitragem.....	463
8.5.2 Mediação.....	472
8.5.3 Conciliação.....	479
8.6 Obrigatoriedade das Súmulas de Jurisprudência.....	486
9 CONCLUSÕES.....	498
BIBLIOGRAFIA.....	512

## 1 INTRODUÇÃO

A solução dos conflitos de interesses, pelo exercício da jurisdição, pode ser vista como serviço prestado pelo Estado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional, através do devido processo legal, observando-se os princípios e as garantias assegurados pela Constituição, assim como o ordenamento infraconstitucional. Traduz-se em atividade estatal de indiscutível essencialidade, prestada precipuamente através do Poder Judiciário, sendo em certo sentido sinônimo de afirmação da soberania nacional, o que, por evidente, não exclui a possibilidade de emprego de outras alternativas, isto é, de meios não-estatais, desde que adequados e validados pela ordem jurídica.

Não é segredo para ninguém, muito pelo contrário, e nisso todos estão de acordo, tanto os estudiosos do problema, como os meios de comunicação e a opinião pública, que o Poder Judiciário brasileiro como um todo sempre foi exageradamente lento e ineficiente, repercutindo na falta de efetividade do processo jurisdicional. Esta situação compromete a realização dos direitos e gera a desconfiança da população em suas instituições e seus integrantes, mas sem que isso seja privilégio brasileiro, pois, semelhantes deficiências, conquanto por causas muitas vezes distintas, podem ser identificadas nos sistemas judiciários de outros países. As críticas nessa direção são merecidas e devem servir para a reflexão, despertando a criatividade daqueles que podem ou devem tomar decisões para a eliminação ou a diminuição dessas deficiências.

Diante da preocupação com este cenário nada animador, como forma de contribuir, ainda que modestamente, nessa tarefa, tem esse trabalho a pretensão de apresentar

um panorama crítico da realidade existente no Brasil relativo ao acesso à justiça. Esse direito fundamental, conforme a doutrina majoritária, deve ser entendido não só como o concreto acesso das pessoas aos meios de solução de litígios, estatais ou não estatais, com ênfase na atividade jurisdicional. Envolve também a garantia dos meios necessários durante o desenvolvimento do processo, desde a propositura da demanda até o julgamento, para que possa efetivamente produzir resultados individual e socialmente justos. Deve realizar os valores contemplados pela Constituição, o que, certamente, passa pela tomada de consciência de que deve haver solução num tempo razoável, sem ferimento das garantias do devido processo legal, que desfrutam de proteção constitucional e também devem ser o quanto possível preservadas, encontrando-se a chave do problema na busca de um ponto de equilíbrio entre certeza/segurança jurídica e celeridade/efetividade processual.

É também propósito desse estudo demonstrar a caracterização do acesso à justiça como direito fundamental e nessa condição protegido constitucionalmente, não se tratando de um favor prestado pelo Estado, mas de um dever que lhe é imposto pela Constituição. Esta concepção está em harmonia com a regra de proibição da autotutela, pois que o Estado há muito tempo assumiu o compromisso de solucionar com exclusividade os conflitos de interesses surgidos na sociedade, punindo o exercício arbitrário das próprias razões. Nesse enfoque, deve dar respostas satisfatórias a todos que estão envolvidos em litígios, ditando a solução apropriada para cada situação conflituosa, desestimulando a justiça de próprias mãos, fortalecendo as instituições judiciárias e provando a si mesmo e aos consumidores desses serviços que é capaz de cumprir seu dever constitucional a contento.

O trabalho abrange três temas que estão interligados, quais sejam: a Constituição, os direitos fundamentais e o acesso à justiça e, a despeito da extensão e profundidade que suscitam, não se tem a pretensão de esgotar a matéria, dada a sua

complexidade e grau de controvérsia doutrinária. Recebe especial destaque o constitucionalismo desde a antiguidade, as premissas conceituais, a sustentação da necessidade de interpretação da Constituição e especificamente dos direitos fundamentais, o que deve ser entendido por eficácia jurídica no âmbito das normas constitucionais, a distinção entre regras e princípios gerais de direito, as espécies de eficácia jurídica, a origem, a evolução, a classificação e a eficácia dos direitos fundamentais.

Os capítulos finais constituem o núcleo central dos estudos desenvolvidos, principiando-se pela defesa do acesso à justiça como direito fundamental, em consonância com o que foi explicitado nos primeiros capítulos a respeito de sua caracterização com esta qualificação. Percorre-se um itinerário que abrange a conceituação do acesso à justiça, tendo em vista a finalidade de dar seqüência ao desenvolvimento do tema, com a indicação da direção que deve orientar as pesquisas e os estudos, pois que mais de um conceito pode ser extraído da doutrina, alguns mais, outros menos restritos.

Seguindo em frente, passa-se pela definição de jurisdição e diferenciação entre tutela jurídica e tutela jurisdicional e pela compreensão do que seja processo em sentido amplo, com ênfase quanto à sua importância para a atividade jurisdicional, examinando, ainda que não profundamente, a teoria que prega a concepção instrumentalista do processo e a teoria que a nega e pelo exame dos escopos da jurisdição suscetíveis de serem atingidos através do processo.

Destacam-se, dentre outros igualmente importantes, os princípios da universalidade e da isonomia. Cuida-se, depois disso, de situar o acesso à justiça no tempo, sua evolução histórica, desde a antiguidade até os tempos atuais. Restringindo seu âmbito ao Brasil, mais um passo, cuida-se de relatar cronologicamente o acesso à justiça desde o período

colonial, chegando-se ao modelo consagrado na Constituição de 1988, com informações sobre as inovações legislativas versando modificações no sistema processual vigente, como forma de melhoramento da efetividade e da celeridade do processo civil.

No derradeiro capítulo, é apresentado, de modo pormenorizado, um estudo sobre as limitações ou óbices ao acesso à justiça, com a indicação dos principais deles, conforme uma seleção dos fatores que desfrutam de atualidade, comentando-se as instituições existentes no Brasil relativas à prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Analisa-se, ainda que sucintamente, os mecanismos alternativos (não-estatais) de solução de conflitos, marcadamente a arbitragem, enquanto capaz de produzir decisão que se equivale à produzida pela atividade jurisdicional, mas sem deixar de estudar também as técnicas objetivando encontrar a melhor solução para cada caso concreto.

Põe-se um ponto final no trabalho, encerrado com as conclusões extraídas de forma coerente com a exposição do tema, mas com a convicção de que estudos numa área de tamanha amplitude, quiçá, jamais estarão completos.

## 2 DO CONSTITUCIONALISMO

O acesso à justiça no Brasil, com destaque para suas limitações, será tratado como direito fundamental dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no País, conforme enunciado pelo *caput* do artigo 5º, da Constituição da República, o que leva necessariamente à formulação de uma base sólida para o perfeito desenvolvimento das pesquisas e dos resultados pretendidos, que tem como pressupostos a forma republicana de governo e o estado democrático, além de especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme as opções feitas pela sociedade brasileira através de seus representantes no Congresso Nacional, eleitos para desempenhar a função constituinte, na elaboração do vigente texto constitucional.

Para a consecução desse propósito, não há como se furtar ao estudo, ainda que de forma não exaustiva, da história da Constituição, desde sua origem até o formato vigente nas sociedades contemporâneas, enfatizando a participação política dos cidadãos em sua elaboração, direta ou indiretamente, assim como o lento processo de reconhecimento pelo Estado da necessidade de constitucionalização de direitos e garantias fundamentais, nos âmbitos civil, político, social, econômico e cultural.

A disciplina do constitucionalismo, vinculada à teoria da Constituição, conforme é tratada nas grandes obras dos constitucionalistas mais conhecidos e de maior prestígio, diante de sua complexidade, considerando o âmbito em que será examinada, terá sua importância limitada ao conhecimento da origem do direito constitucional, notadamente aquele traduzido em documento escrito, num contexto histórico que levou ao surgimento do Estado moderno, para que se possa compreender o acesso à justiça como garantia

constitucional, classificada dentre os direitos fundamentais do homem nas sociedades atuais, particularmente no Brasil, tendo em vista o enfoque que se pretende dar a esse trabalho, que tem a pretensão de ser desenvolvido através de raciocínio lógico e coordenado, formando um alicerce composto de elementos que facilitem o entendimento da matéria.

## **2.1 Notícias Históricas**

O jusnaturalismo prega que há direitos naturais do homem, colocando-o no centro de seus princípios, pois, referidos direitos são inatos ao ser humano e anteriores ao surgimento do Estado, independentes de um ordenamento jurídico estatal, que seria a legitimação das disposições reguladoras da vida em sociedade, havendo basicamente duas formas de conceber o direito natural:

A primeira entende que o direito natural é algo dado, inscrito na 'natureza das coisas', e independe do juízo que o homem possa ter sobre o mesmo. Por exemplo, uma regra de direito natural é que só as mulheres são capazes de engravidar e, após o parto, produzir leite materno. Mesmo que os homens não se conformem com esta regra, até o presente momento não existe a possibilidade de que uma pessoa do sexo masculino possa engravidar. Podemos dizer que se trata de uma regra do direito natural que, apesar de não ser um direito escrito, influencia o direito criado pelos homens. Basta lembrar das normas constitucionais e trabalhistas que oferecem uma proteção especial às mulheres no período de gestação e amamentação. A segunda vertente vê o direito natural como um direito ideal, ou seja, como um conjunto de normas justas e corretas, que devem fazer parte do direito positivo, do direito criado pelos homens. Exemplo: o direito natural entende que todos os seres humanos nascem iguais e devem ser tratados de forma igual, sem discriminações fundamentadas, por exemplo, na raça ou origem étnica. Esta visão permite criticar as normas jurídicas que estabeleciam, no passado, a escravidão e outras formas de discriminação dos negros e dos índios e reivindicar reformas que possam garantir a plena igualdade dos seres humanos, afastando todas

as discriminações raciais. Na atualidade, a discussão sobre o direito natural segue esta segunda vertente (SABADELL, 2002, p. 22-23).

Conforme Pinheiro de Castro (2001, p. 46), no início de sua formulação, para o direito natural, todos os homens nasciam livres e iguais, como imaginava Jean-Jacques Rousseau, aduzindo:

No estado de natureza todos os homens são iguais: livres em plenitude, perfeitos, felizes. No estado social torna-se o homem mau porque a sociedade o corrompe. A volta ao estado da natureza é impossível. Então deve o homem resignar-se ao estado social como um mal necessário. Todo esforço deve voltar-se, então, para aproximar o estado social do estado de natureza. O caminho para tanto pode sintetizar-se em três vias: para o indivíduo: educação segundo a natureza; para o indivíduo na família: prática das virtudes da família, segundo a natureza; para o indivíduo na sociedade: observação das condições do contrato original constitutivo da sociedade. Essas três vias constituem objeto das obras: *Émile*, *Nowvelle Héloïse* e *Contract social*, respectivamente.

O pensamento jusnaturalista, indubitavelmente, prestigia o homem, e nesse sentido, se ajusta muito bem à teoria dos direitos fundamentais, como pode ser percebido das declarações de direito do século XVIII, como, por exemplo, aquela produzida pela Revolução Francesa de 1789, chamada de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como enuncia seu preâmbulo e artigos I a III:

O Povo Francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do Homem são as únicas causas das infelicidades do mundo, resolveu expor numa declaração solene estes direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do Governo com o fim de toda instituição social, não se deixem jamais oprimir e aviltar pela tirania; para que o Povo tenha sempre distante dos olhos as bases da sua liberdade e de sua felicidade, o Magistrado, a regra dos seus deveres, o Legislador, o

objeto da sua missão. [...] I- A finalidade de qualquer sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis; II - Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade; III - Todos os homens são iguais por natureza e diante da lei.<sup>1</sup>

Esta declaração foi inspirada na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, que também declarava a existência de direitos naturais, como reza o seguinte trecho:

Quando no curso dos acontecimentos humanos, torna-se necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro e assumir perante os poderes da terra um *status* separado e igual, ao qual as Leis da Natureza e o Deus da Natureza lhe confere, ele deve declarar as causas que o impele à separação, por um decente respeito à opinião da humanidade. Nós sustentamos estas verdades como auto evidentes: que todos os homens nascem iguais e que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade.<sup>2</sup>

A corrente juspositivista, por sua vez, opõe-se veementemente a esse entendimento, sustentando que as necessidades fundamentais do homem, para que possa viver em sociedade em ambiente de paz e harmonia, não se confundem com o que se deve entender por Direito, que assim pode ser conceituado apenas a partir do momento em que este atributo é reconhecido por um ordenamento imperativamente ditado pelo Estado, a quem competirá estabelecer quais são as normas que têm qualificação jurídica, capazes de gerar direitos e obrigações, além de atrair sua imposição por um poder constituído pelo Estado, com esta finalidade, quando não observadas espontaneamente por seus destinatários. Neste enfoque, a

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://pt.wikisource.org/wiki/Declaracao\\_dos\\_Direitos\\_do\\_Homem\\_e\\_do\\_Cidadão](http://pt.wikisource.org/wiki/Declaracao_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão)>. Acesso em: 09 fev. 2006.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 09 fev.2006.

norma jurídica estatal constitui a principal fonte do Direito, embora o Estado possa conferir juridicidade aos usos e costumes, aos princípios e à jurisprudência (KELSEN, 2003, p. 21-27).

Os direitos fundamentais, portanto, para o juspositivismo, nascem enquanto são reconhecidos como direitos e como fundamentais pela Constituição, autorizando a inferência de que seu significado está ligado ao direito constitucional e ao direito internacional, como meios de defesa contra abusos de poder, além de propiciarem o nascimento de condições dignas de vida.

Não se mostra suficiente, então, tratar apenas do conceito de Constituição, pois que o surgimento dos direitos fundamentais – positivados numa Constituição ou declaração de direitos – é indissociável dos acontecimentos históricos que deram origem ao Estado moderno constitucional, cujo fundamento primordial é a proteção da dignidade da pessoa humana, consistindo esta em princípio fundamental a partir do qual serão definidas as próprias ações do Estado.

A doutrina costuma afirmar que o surgimento do Estado moderno deu-se com o fim do feudalismo, formando-se quando as monarquias européias conseguiram se livrar, com a ajuda da burguesia, das forças feudais internas e da pressão do império e do papado. O império na época agia conforme herança recebida de Roma, realizando uma unidade política totalizadora na maior parte da Europa. “O papado, por cima das periferias nacionais, mantinha a *cristianitas* unidas e completava o quadro que internamente se desenhava no mosaico feudal” (SALDANHA, 2003, p. 116-117).

Canotilho (2003, p. 377-388) entende que a idéia de direitos fundamentais pode ser compreendida em duas fases distintas, a primeira com relativa cegueira quanto aos

direitos fundamentais do homem, e uma segunda fase, marcada pela constitucionalização ou positivação dos direitos do homem, conforme documentos constitucionais produzidos a partir de certo período da história das civilizações.

Em síntese, é de relevância que se destaque a participação do Estado na instituição de Constituições, notadamente as escritas, que consagram os direitos fundamentais, além de garantirem os meios exigidos para sua efetiva concretização.

A Idade Média, na Europa, foi um período da história da civilização humana em que a razão cedeu espaço para a teologia, em que todas as instituições e o próprio poder eram justificados pela crença unicamente em Deus, sem que o homem pudesse interferir para introduzir transformações na realidade social, isto é, tudo tinha inspiração puramente divina, causa de todo o bem e de todo o mal. Este período da história é marcado pelo rompimento de uma concepção da realidade baseada na razão, cujo desenvolvimento teve inestimável contribuição dos gregos, subsistindo a fé, imperando a teologia, tendo sido extremamente fértil para o desenvolvimento das idéias jusnaturalistas (WEBER, 2004).

Durante os séculos XV e XVI houve forte estímulo, na Europa, a produção artística e científica. Esse período ficou conhecido como Renascimento ou Renascença. Algumas das principais características deste período são as seguintes: a) valorização da cultura greco-romana pelos artistas, eis que os gregos e romanos, ao contrário dos homens do período medieval, tinham uma visão completa e humana da natureza; b) valorização da inteligência (razão humana), do conhecimento e da vocação para as artes; c) deslocamento da fundamentação relativa à vida humana, de Deus (teocentrismo) para o próprio homem (antropocentrismo); d) valorização da razão e da

natureza nas investigações científicas, inclusive com o emprego de métodos experimentais e de observação da natureza e do universo.<sup>3</sup>

O Renascimento, na Europa, significou uma recuperação da razão, que esteve esquecido durante a Idade Média, coincidindo com a origem do Estado moderno, sendo aquele o ponto de referência histórica do surgimento deste. Na época foram várias as transformações que convergiram de forma decisiva, como o advento da economia monetária, o cisma luterano, as expansões marítimas, as novas técnicas e o humanismo científico e literário, tudo isso levando à urbanização crescente dos estilos de vida, a ampliação do comércio, ao racionalismo intelectual e a gradativa secularização da mentalidade, substituindo padrões religiosos por padrões leigos, racionais, mundanos, modificando as formas de pensar com base no método cartesiano, e as preocupações com as questões transcendentais eram substituídas pela análise do imanente, ou seja, para o mundo, o indivíduo e a sociedade (SALDANHA, 2003, p. 117).

É desta época a reforma protestante, que teve como destacado líder Martinho Lutero. Muitos foram os movimentos que se processaram na Igreja e que serviram de causa para que a mesma se consolidasse em franca oposição à hierarquia eclesiástica. O estopim, entretanto, que a detonou, veio em 1517, numa época em que a campanha das indulgências, para angariar recursos financeiros estava a pleno vapor. Diante de um quadro que evidenciava o desvirtuamento das atividades da Igreja, movida por interesses meramente econômico-financeiros, objetivando a arrecadação de fundos para a construção de obras, Martinho Lutero resolveu protestar fixando 95 teses, pelas quais condenava o emprego das indulgências.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/renascimento>>. Acesso em 09 fev. 2006.

<sup>4</sup> Idem.

Em vários países do continente europeu houve perseguição aos reformadores e aos novos protestantes. A perseguição veio a se tornar mais intensa com a chamada “Contra Reforma”, promovida pelo catolicismo. Ao movimento da Reforma seguiu-se cem anos de guerras religiosas dos reis católicos contra os protestantes.<sup>5</sup>

O protestantismo, conforme certa doutrina, contribuiu imensamente para a quebra do império e para o nacionalismo político e religioso, fomentando vigorosamente o fortalecimento do Estado moderno como base soberana, dando novo apoio à burocracia (SALDANHA, 2003, p. 117).

Fala-se, então, nesse período da história, em humanismo, com forte vinculação à doutrina do cristianismo, sendo um dos seus ícones, por ter tido a primeira preocupação formal, Santo Agostinho, ainda no século IV, formando ambos – humanismo e renascimento – movimento cultural, com manifestações datadas dos séculos XIII e XIV, projetando-se nos séculos seguintes. Têm em comum a afirmação do valor e da dignidade da natureza humana e a investigação da natureza física, livre da interferência dos limites aristotélicos e da autoridade religiosa nos domínios da razão e da experiência. Humanismo e renascimento propõem o abandono ao apego exclusivo à lógica aristotélica, com pretensão de encontrar um método científico, contrapondo-se ao pensamento medieval decadente (PINHEIRO DE CASTRO, 2001, p. 34).

Em meados do século XVIII, portanto, logo depois do Renascimento, teve início um movimento que ficou conhecido como Iluminismo, trazendo de volta em toda sua plenitude a razão humana e com isso o progresso das ciências, das artes e de toda produção intelectual de que é capaz o homem, pelo emprego dos métodos racionais em suas ações. A própria filosofia, a política e o estudo do Direito ganharam novo alento, com vertiginoso

---

<sup>5</sup> Idem.

desenvolvimento a partir dessa época até os dias atuais. Como ensina Scuro Neto (2004, p. 260):

Nos séculos XVII e XVIII um amplo movimento intelectual (iluminismo) sacudiu as artes, a filosofia, o pensamento político e a jurisprudência. Celebrou a razão como poder voltado ao entendimento das forças naturais e contribuiu para a melhoria das condições de vida da humanidade. Foi uma época de crescente emancipação espiritual e de grandes mudanças, dentre as quais, em 1610, a iniciativa dos magistrados ingleses de rever e mesmo anular os atos do Parlamento que atentassem contra a razão ou os 'direitos comuns', representados pelo soberano. A época favorecia a afirmação de direitos por conveniência, fossem ou não baseados em práticas generalizadas reconhecidas como Direito.

É destacada por Sabadell (2002, p. 29-30) a importância do Iluminismo para as artes e as ciências, assim como, para o humanismo e o aprimoramento das condições sociais visando o bem-estar do homem, que passou a ser o centro das preocupações dos pensadores da época, influenciando sobremaneira a concepção e a criação do Direito. Segundo ensina a autora, o iluminismo foi um movimento que aos poucos tomou conta do continente europeu do século XVIII, revestido de conotação revolucionária, sendo exemplo que dele sofreu influência a Revolução Francesa de 1789, com a pregação da liberdade, igualdade e fraternidade, na qualidade de direitos naturais do homem.

O iluminismo lançou suas luzes sobre os mais diversos segmentos da vida em sociedade, abarcando inclusive as ciências, repercutindo no plano jurídico. Havia a expectativa de que a lógica e a ciência constituíssem a base de um aprendizado seguro para toda a Europa, opondo-se a todas as formas de pensamento dogmático. Pretendia-se uma renovação extrema, orientada pela razão humana, a ser empregada livre e publicamente para a

revisão crítica dos princípios da vida social, com o objetivo de alcançar a felicidade do homem, emancipando-o intelectualmente.

O iluminismo apresentou críticas sobre a sociedade da época, sendo as principais: a) a desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político. A sociedade estamental (de castas) era formada por reis, nobres, clero, militares e plebeus. Para cada classe, dependendo do prestígio social dos seus indivíduos, eram concedidos privilégios; b) existência de servidão. Pessoas que não gozavam de liberdade; c) limitação do direito de propriedade e da atividade econômica em geral; d) autoritarismo dos monarcas e exclusão da participação popular nos assuntos políticos; e) absolutismo e intolerância da igreja (ex.: Inquisição); f) crueldade da justiça penal; e g) condições de vida desumanas, vinculadas à organização social da época (SABADELL, 2002, p. 29).

O direito natural medieval estava fundamentado em uma visão estática do mundo, sendo decisivo o conceito de hierarquia e autoridade. Porém, com o iluminismo, o direito passou a ser fundamentado no princípio da liberdade do indivíduo, podendo ser justificado somente se permite a realização do bem comum e do bem-estar dos homens. Com base nas obras de Niklas Luhmann e Dimitri Dimoulis, é de se afirmar que, de acordo com os princípios do iluminismo, “a estática da hierarquia natural é substituída pelo princípio da *personalidade* e da *utilidade* do direito para as pessoas” (SABADELL, 2002, p. 29).

Em sintonia com os princípios básicos do movimento iluminista, pregava-se que o direito não deveria ser obscuro, mas sim, composto de regras claras e precisas, regidas pela razão, sendo necessária a fixação de princípios gerais que possibilitassem trabalhar com o direito sob outra perspectiva, como a construção de um sistema jurídico que fosse passível de aplicação a toda a sociedade.

As principais características do Iluminismo eram: a) valorização da razão, considerada o mais importante instrumento para se alcançar qualquer tipo de conhecimento; b) valorização do questionamento, da investigação e da experiência como forma de conhecimento tanto da natureza quanto da sociedade, política ou economia; c) crença nas leis naturais, normas da natureza que regem todas as transformações que ocorrem no comportamento humano, nas sociedades e na natureza; d) crença nos direitos naturais, que todos os indivíduos possuem em relação à vida, à liberdade, à posse de bens materiais; e) crítica ao absolutismo, ao mercantilismo e aos privilégios da nobreza e do clero; f) defesa da liberdade política e econômica e da igualdade de todos perante a lei; g) crítica à Igreja Católica, embora não se excluísse a crença em Deus (BARBOSA FILHO; STOCKLER, 1993).

Naquela época, conforme Sabadell (2002, p. 29 e 31), tentava-se a aplicação em massa do direito, sujeitando-o às regras do sistema capitalista, que crescia em ritmo acelerado, criando um ambiente favorável ao nascimento da idéia moderna de constituição política, pois, até então não se concebia a constituição nos mesmos moldes que vigoram até hoje, como um documento, de preferência escrito, que fosse superior às demais leis, abarcando princípios fundamentais da organização social e política, o que se constituiu no primeiro estágio que levou à codificação do direito. Assim, no século XIX surgiram na Europa e na América os primeiros códigos (civil, penal, comercial etc.), com o escopo de criação de normas jurídicas de fácil compreensão, objetivas, coerentes e ordenadas de forma sistemática.

O iluminismo, como se disse, trouxe de volta a razão, que durante alguns séculos da história da civilização humana esteve perdida, influenciando as transformações ocorridas no âmbito das estruturas jurídicas então vigentes. Reservou-se um destacado

plano à razão humana, que passou a substituir a crença na Providência Divina, transformando sobremaneira a estrutura jurídica ocidental. Dito em outros termos, ganhou relevo a concepção racionalista do mundo e da sociedade, prestigiando-se o indivíduo e opondo-o ao Estado (RUSSOMANO, 1972, p. 3).

Foram fortalecidos, então, os movimentos revolucionários, pregando que o homem deveria ser livre e criador, inclusive para moldar o Estado, através de regras escritas, de natureza constitucional, que teriam prevalência sobre as demais normas estatais, alterando estruturas sociais seculares. Leciona Russomano (1972, p. 3) que:

Os movimentos revolucionários daquela época – sobretudo a Revolução Francesa de 1789, que projetou conseqüências decisivas sobre a existência jurídico-política do Ocidente – dissolveram a organização corporativa medieval, proclamando o homem como livre e, mais do que livre, criador. Cimentou-se, assim, a convicção de que o indivíduo, guiado pela sua vontade, pela sua inteligência, pelo seu entendimento, poderia moldar o próprio Estado, devendo fazê-lo através de regras escritas, que se sobreporiam a todo o ordenamento jurídico nacional.

A partir desse ambiente de revoluções e transformações, de priorização do indivíduo em face do Estado, com modificação na estrutura do direito e em sua própria concepção, com recurso a métodos racionalistas, ou seja, com o surgimento do chamado Estado moderno, a doutrina tem procurado empreender importantes estudos situados no campo da teoria da Constituição. Parece útil, antes de prosseguir, esclarecer o significado do termo “constitucionalismo”, pois que não é ele de uso consensual entre os estudiosos do direito constitucional, na medida em há mais de um sentido que lhe pode ser atribuído. Para alguns estudiosos, pelo menos quatro sentidos podem ser identificados para o constitucionalismo. Conforme Tavares (2003, p. 1):

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

O constitucionalismo não se identifica necessariamente com o regime democrático, uma vez que também os Estados totalitários possuem regras constitucionais escritas, legitimadoras, nas esferas jurídica e política, das decisões estatais e do próprio exercício do poder, o que se dá inclusive nas ditaduras militares, de que são exemplos os países da América do Sul, em particular o Brasil, em época não tão distante assim, e do mesmo modo nos países de regime socialista, como na extinta URSS e, ainda hoje, em Cuba. Todos eles tiveram ou têm Constituição, mas nem por isso, são democráticos.

O constitucionalismo, não obstante seu grande alcance jurídico, tem inegável feição sociológica. No âmbito jurídico prega-se a necessidade de um sistema normativo que se encontra acima de todos, inclusive dos governantes, chamado de Constituição. Seu traço sociológico é encontrado nos movimentos sociais que formam a base de sustentação da limitação do poder estatal, introduzindo óbices à prevalência da vontade, regras e interesses exclusivos dos governantes na condução do Estado (TAVARES, 2003, p. 2).

Noutro contexto, não há que se identificar constitucionalismo com democracia, fenômenos distintos, que até podem coexistir em determinado sistema, mas não são necessariamente a mesma coisa, nem mesmo são reciprocamente necessários. Bobbio, Matteucci e Pasquino (2004, p. 256), sobre esse aspecto, sustentam que: “Parece, à primeira

vista, não ser possível identificar o Constitucionalismo com a democracia, se bem que, depois, seja difícil imaginar em concreto uma democracia não constitucional”.

O movimento denominado “constitucionalismo”, ao pregar a existência de normas limitando o poder do Estado, acima inclusive dos governantes, além de assegurar ao homem alguma liberdade frente ao próprio Estado, não apresenta feição unicamente jurídica, mas também sociológica, sendo exemplos as revoluções francesa e americana, que produziram constituições escritas, legitimando a sociedade a agir com o escopo de evitar que os interesses dos governantes pudessem preponderar sobre o interesse público geral.

Canotilho (2003, p. 51) oferece um conceito básico de constitucionalismo, além de lembrar que existiram no curso da história vários constitucionalismos, a exemplo do inglês, do americano e do francês, ou seja, as raízes do movimento histórico que produziu a constituição em sentido moderno estão plantadas em ambientes temporais, geográficos e culturais diferenciados. O conceito que oferece, a seguir reproduzido, tem a vantagem de identificar características mais ou menos intensamente presentes em todos os movimentos constitucionais ocorridos em diversas épocas, países e culturas:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Ensinam os pesquisadores que tratam do constitucionalismo que o mesmo, embora tenha florescido a partir do Estado moderno e de certo modo seja fruto das revoluções

políticas do século XVIII, conforme antes citado, tem suas raízes mais profundas fincadas na antiguidade, nomeadamente entre os hebreus, passando pela Grécia, pela Idade Média e chegando-se à modernidade, como será explanado nos tópicos seguintes.

## **2.2 Antiguidade**

A organização política do Estado como um dos propósitos do constitucionalismo tem sua origem mais remota na antiguidade clássica. Entre os hebreus, como afirma Loewenstein (1970, p. 154), existiu o primeiro movimento conhecido dos historiadores que se identifica com o que pode ser considerada uma forma tímida de constitucionalismo, se considerado o grande desenvolvimento que o mesmo teve desde então, pois, mesmo em sendo teocrático o Estado hebreu, foram criados mecanismos que levavam a imposição de limites ao poder político, tratando-se de leis inspiradas na Providência Divina, como se acreditava na época.

Posteriormente, já no século V da era Cristã, na Grécia foram criadas as Cidades-Estado que, como núcleos políticos, viveram as primeiras experiências de democracia constitucional. A partir de sua criação houve de certo modo a racionalização do poder. A democracia era naqueles núcleos praticada de forma direta, havendo identidade plena entre governantes e governados. O regime político constitucional grego distribuía as diversas funções públicas entre diversos órgãos estatais, cujos membros eram escolhidos dentre os cidadãos gregos mediante sorteio para um determinado tempo fixado pelas normas jurídicas (TAVARES, 2003, p. 3).

O filósofo grego Aristóteles fundamentava o direito em princípios éticos, pregando que o supremo bem é a felicidade advinda da justiça, mas, certamente influenciado pela ordem jurídica existente em sua época, admitia com certa segurança a legitimidade da escravidão. Dizia Aristóteles que a justiça deve ser distributiva entre o Estado e o indivíduo: “Cada um deve receber honras e bens segundo seus méritos”. Para ele, o homem somente poderia viver dentro do Estado e, dentro deste, admitia a existência de famílias, tribos e aldeias (formas intermediárias). O instrumento da justiça, segundo os ensinamentos aristotélicos, era a equidade (GRECO FILHO, 1º v., p. 17).

Aristóteles estabeleceu, também, ainda que não tenha desenvolvido com maior profundidade seu pensamento neste campo, distinção entre as diversas funções do Estado, mais ou menos como é hoje, em que o poder, que é uno, é exercido conforme a natureza de cada atividade, havendo sua distribuição entre diversos órgãos estatais, técnica conhecida, inadequadamente, como “separação dos poderes” (Legislativo, Executivo e Judiciário). A concepção filosófica grega, historicamente condicionada, não chegou a evoluir a ponto de alcançar um sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado, já que, na época, a lesão pelos governantes à personalidade do cidadão grego era objeto de reprovação da *polis*, através de julgamento ético e político, não institucionalizado juridicamente (GRECO FILHO, 2003, 1º v., p. 17-18).

O constitucionalismo, ainda em estado incipiente, foi interrompido para dar lugar a regimes despóticos, absolutistas, descompromissados com uma ordem constitucional, que foram instalados em todo o mundo durante longo período da história, subsistindo a concentração e o abuso de poder dos governantes (TAVARES, 2003, p. 3).

### 2.3 Idade Média

Na maior parte da Idade Média imperaram os regimes absolutistas, em que a sociedade era privada de qualquer forma de participação nas decisões políticas, além de não existir qualquer limite aos atos praticados pelos governantes. A idéia que se propagava era a de que os governantes representavam a reencarnação do soberano e, numa visão mais extremada, das próprias entidades divinas, com a missão de comandar o povo e todo o Estado, estando autorizados a agir obedecendo à própria vontade, sem limitações, tomando decisões compreendidas como acima das leis, eximindo-se de qualquer espécie de controle jurídico (TAVARES, 2003, p. 4).

A despeito do absolutismo que comandou a Idade Média, é nesta que o constitucionalismo renasce, com o surgimento da Magna Carta, imposta ao Rei João Sem-Terra, em 1215, representando o início de um movimento de conquista de liberdades individuais pelo homem, além de impor restrição a atuação do soberano, opondo-se à opressão estatal. Porém, segundo os historiadores do Direito, a Carta Constitucional de 1215 imposta pelos barões ao Rei João Sem-Terra não contemplava, como as Constituições de hoje, a liberdade individual como a conhecemos, porque na época ainda não se tinha desenvolvido o conceito de liberdade, que significava meramente privilégios a serem concedidos aos barões. A idéia moderna de direitos individuais como direitos iguais para todos e contra todos oponíveis, garantidos pelo Judiciário, formou-se posteriormente. Aquela Carta serviu para as gerações futuras extraírem princípios de obediência a legalidade e de existência de direitos na comunidade que o próprio rei deve respeitar. Antes de João Sem-Terra, no reinado de Henrique I, a partir de 1166, na Inglaterra, instituiu-se o júri, primeiro para questões criminais

e depois para questões civis. O júri representou expressiva evolução em comparação com o sistema das ordálias ou dos juízos divinos, pelo fogo ou pela água, que já se mostrava inapropriado à consciência da época. E, assim, todo indivíduo passou a preferir ser julgado por ele, porque composto de vizinhos que apreciavam a informação de testemunhas (GRECO FILHO, 2003, 1º v., p. 21-22).

Iniciou-se, na Idade Média, o esboço de uma lei fundamental, significando num primeiro momento a reunião de princípios, normas e práticas, a serem adotados nas relações religiosas e comunitárias, mais singularmente nas relações entre as classes sociais e o soberano (TAVARES, 2003, p. 4).

O ressurgimento do movimento constitucionalista, apesar da tradição consuetudinária do seu Direito, portanto, tem lugar na Inglaterra, onde foram editados os primeiros documentos constitucionais (forma escrita), ainda na Idade Média<sup>6</sup>.

Nessa época, a Inglaterra deixa de ser uma Monarquia Absoluta e passa a ser uma Monarquia Constitucional, pela qual a fonte do poder estatal é transferida do monarca para a Constituição, que impõe àquele limitações ao exercício do poder, consagrando a garantia de liberdades individuais, erigindo os súditos, gradualmente, à condição de cidadãos, sendo que o povo passa a ser o detentor indireto do poder constituinte, inspirando as normas constitucionais. Não se busca mais explicações religiosas para o poder político e a crença em um poder monárquico absoluto dado aos governantes por Deus começa a se desfazer.

## 2.4 Modernidade

Passado este período de ricas experiências do constitucionalismo inglês, ressurgido depois de séculos de esquecimento, chega-se ao constitucionalismo moderno, com o desenvolvimento de novas idéias.

Cabe salientar que, ainda no período medieval, foram plantadas as sementes que floresceriam nos séculos seguintes, levando à construção do constitucionalismo moderno, com o aperfeiçoamento dos mecanismos que visavam coibir o arbítrio, controlar e limitar o poder soberano e conferir aos homens maior grau de liberdade individual. Assim, nos séculos XIII e XIV, Marcílio de Pádua e Occam desenvolvem novas concepções a respeito da origem do poder e da sociedade, sustentando que o Estado é fruto da vontade dos homens, única substância de toda a vida social e histórica (CABRAL DE MONCADA, 1950, p. 87).

Numa primeira etapa desse pensamento, semelhante concepção tinha por escopo definir e fundamentar certa reação ao poder do Papa. Em um estágio posterior, em que foi objeto de maior reflexão e amadurecimento, passou a servir de fundamento para o entendimento de que se o Estado deriva da vontade contratual dos homens, estes, em obediência apenas à vontade, poderão fixar novas bases sobre as quais um novo Estado poderá ser reconstruído, com a instituição de garantia de liberdade contra o próprio Estado.

Esse entendimento favoreceu a chamada Reforma, que tinha por princípio fundamental a liberdade de consciência de Rousseau, do enciclopedismo e da Revolução Francesa. Nos Estados Unidos, em decorrência da experiência inglesa, os espíritos foram

---

<sup>6</sup> Além da Carta Constitucional de 1215, na Inglaterra, em 1628, surgiu o “Petition of Rights”, as

preparados para as declarações de direito da Virgínia, Nova Jersey e Carolina do Norte. A experiência inglesa da Magna Carta e do *Habeas Corpus Act* de 1679 influenciaram as declarações formais de direito produzidas pela Revolução Francesa e pela Independência Americana, consagrando a idéia de que os direitos somente têm consistência se acompanhados dos instrumentos processuais para sua proteção e efetivação (GRECO FILHO, 2003, 1º v., p. 11).

Na fase moderna do constitucionalismo, uma maior definição do papel do Estado passou a ser exigida. Sobre esse tema, manifestam-se Bobbio, Matteucci e Pasquino (2004, v. I, p. 255), aduzindo que:

O primado da lei é um tema comum ao Governo limitado da Idade Média e às modernas democracias constitucionais. [...] O mundo moderno sentiu a necessidade de manter, ou de voltar ao princípio medieval do primado da lei, reinterpretando-o de forma mais apropriada às exigências dos novos tempos. O princípio da primazia da lei, a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado, é a maior contribuição da Idade Média para a história do Constitucionalismo. Contudo, na Idade Média ele foi um simples princípio, muitas vezes pouco eficaz, porque faltava um instituto legítimo que controlasse, baseando-se no direito, o exercício do poder político e garantisse aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos do Governo. A descoberta e aplicação concreta desses meios é própria, pelo contrário, do Constitucionalismo moderno: deve-se particularmente aos ingleses, em um século de transição, como foi o século XVII, quando as cortes judiciais proclamaram a superioridade das leis fundamentais sobre as do Parlamento, e aos americanos, em fins do século XVIII, quando iniciaram a codificação do direito constitucional e instituíram aquela moderna forma de Governo democrático, sob o qual ainda vivem.

O modelo escrito das normas constitucionais, adotado como eficiente para a concretização dos ideais constitucionalistas, caracteriza-se pela sua publicidade, propiciando

amplo acesso ao conhecimento da estrutura do poder e das garantias de direitos individuais; pela clareza, afastando dúvidas e incertezas sobre os limites do poder e os direitos individuais; por uma maior segurança, possibilitando melhor compreensão do poder.

O constitucionalismo moderno, assim, tem como traço marcante a adoção de registro escrito da lei fundamental. Este documento constitucional acaba por se transformar no diploma político-jurídico mais importante dentro dos ordenamentos estatais. A divisão do poder, levando ao seu controle e à sua limitação, é uma das exigências primordiais do constitucionalismo, embora deva se reconhecer que esta divisão, mesmo que não haja um documento escrito, pode se traduzir em práticas de certas sociedades, haurindo sua obrigatoriedade do próprio costume, autorizando falar-se em norma constitucional em sentido material, embora não esteja formalmente registrada em um documento escrito. Logo, é de se inferir que cronologicamente não há coincidência entre o surgimento do constitucionalismo e do direito constitucional escrito, sendo aquele muito anterior a este.

Nesta fase moderna do constitucionalismo é que o documento constitucional escrito passou a ser valorizado, com ênfase para a Constituição norte-americana de 1787 e para a Constituição francesa, instituída depois da revolução de 1789, ano em que foi editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada como preâmbulo pela primeira Constituição francesa escrita. Nota-se, desse modo, que as constituições escritas passaram a ser motivadas pelas revoluções que objetivavam o rompimento da ordem jurídica então existente e o estabelecimento de uma nova ordem constitucional. Até hoje, esta é uma tendência mundialmente consagrada e praticada (TAVARES, 2003, p. 10-12).

É a partir desse momento que foi fortalecido o constitucionalismo moderno, divulgando seus fundamentos pela Europa a partir do final do século XVIII, marcadamente na

França, inaugurando-se uma nova etapa na ordem social daquele continente. Houve uma verdadeira corrida constitucionalista, sendo marcante a Revolução Francesa de 1789, que derrubou a monarquia e a nobreza, impondo uma Constituição escrita, que pudesse assegurar de forma ampla a realização dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade (TAVARES, 2003, p. 11).

A primeira Constituição francesa foi inspirada no constitucionalismo inglês, e num primeiro momento quase não trouxe resultado prático, em razão de um movimento doutrinário reacionário em defesa dos ideais monárquicos e absolutistas, sendo Bodin seu líder de maior relevo. O constitucionalismo inglês firmou-se em doutrina, na França, quando da edição da obra “De l'Esprit des Lois”, de Charles de Montesquieu, em 1748, que reservou um capítulo para cuidar do sistema constitucional inglês (TAVARES, 2003, p. 11-12).

Os ideais constitucionalistas espalharam-se por toda a Europa, cujos países, iniciando-se com a França, passaram a adotar documentos constitucionais escritos, tendo por fonte os princípios prestigiados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, o mesmo ocorrendo com os países do continente americano, na medida em que iam se desmembrando de Portugal e Espanha, capitaneados pela Constituição norte-americana (TAVARES, 2003, p. 13).

## 2.5 Pós-Modernidade

O constitucionalismo contemporâneo não difere essencialmente do modelo do período moderno, com exceção da definição do conteúdo dos limites impostos ao exercício do poder estatal, nota que caracteriza o constitucionalismo desde o seu nascimento na antiguidade clássica, que sempre teve por norte a organização política da sociedade e a restrição do poder político, evitando-se o arbítrio e o abuso do poder, em menor ou maior grau, além da contemplação de direitos individuais, consistente num primeiro estágio ao reconhecimento e garantia de exercício de liberdades individuais do homem, característica esta que se apresentou em seu ressurgimento na Idade Média.

O que se têm atualmente são propostas que pregam a universalização dos ideais do constitucionalismo, baseadas especialmente na verdade e na continuidade, como fórmula que permita erradicar dos textos constitucionais as descrições de realidades utópicas, geralmente componentes de normas classificadas de programáticas, mas cujo conteúdo é impossível de ser alcançado pelas sociedades e pelos governos. A Constituição não pode simplesmente ignorar a realidade, conferindo direitos materialmente inalcançáveis às pessoas, como se fosse possível transformar o quadrado em redondo e vice-versa, por mero capricho do legislador constituinte. A Constituição não pode ser meramente uma folha de papel (LASSALLE, 2004, p. 53).

O que pode ser dito, por exemplo, de uma Constituição de um país pobre da África assegurando a todos às pessoas o direito de obter cem gramas de caviar por dia? Uma regra constitucional com este conteúdo seria totalmente despida de eficácia jurídica e social, pela inviabilidade de se lhe dar concretude.

O que se apregoa, para o constitucionalismo contemporâneo, é uma carta constitucional que contemple declarações de direitos verdadeiras, viáveis, passíveis de serem exigidas, cuja implementação dependa da vontade política dos governos e de exigências formuladas pelas sociedades, incluindo o controle e a cobrança por organismos sociais, privados ou públicos, a exemplo do Ministério Público, buscando preservar a ordem jurídica e a consecução do interesse público traduzido pelas normas constitucionais.

A continuidade se revela na inconveniência, nos tempos atuais, de haver rigoroso rompimento com a ordem constituída anteriormente, sendo preferível que haja uma continuidade da ordem anterior, ainda que modificada pelo poder constituinte originário, que poderá aperfeiçoar o sistema com o qual se está insatisfeito.

Por derradeiro, numa ordem econômica globalizada, em que há integração econômica e cultural dos povos, como uma realidade que parece ser irreversível, deve se buscar a universalização dos direitos fundamentais, que ao longo da história da civilização humana foram conquistados com muita luta e sacrifício, ou seja, os valores fundamentais da pessoa humana devem ser propagados para alcançar todas as nações, “unificando os ideais humanos a serem consagrados juridicamente” (TAVARES, 2003, p. 15).

A partir de noções básicas do constitucionalismo, o que inclui sua história desde a antiguidade, como movimento que levou a adoção pelos povos de normas constitucionais visando limitar o poder estatal e assegurar a participação da sociedade no exercício do poder, passando pela criação e aprimoramento do regime democrático de direito e pela fixação de direitos individuais, que gradativamente foram ampliados, para incluir também os direitos sociais, políticos, econômicos e culturais, numa coordenação lógica,

chega-se aos direitos fundamentais instituídos pelas constituições contemporâneas de inspiração democrática.

### 3 DA CONSTITUIÇÃO

Para bem estabelecer os contornos do estudo do acesso à justiça no Brasil, qualificado como garantia constitucional, tendo em conta a não superação das muitas controvérsias que giram sobre o tema, é essencial o desenvolvimento de estudos acerca do que deve ser compreendido como direitos fundamentais, sua imediata aplicação (sem depender de regulamentação infraconstitucional), ou o condicionamento a comportamentos a serem exigidos do legislador para seu pleno exercício, e ainda, sobre as diversas concepções relativas à Constituição, sua posição no denominado regime democrático de direito, particularmente num Estado que, à semelhança do Estado do Bem-Estar Social, iniciado na Europa e nos Estados Unidos da América, consagra no texto constitucional, dentre os direitos e garantias fundamentais, bem ou mal, de modo realista ou não, uma gama de direitos sociais, cuja implementação depende em muito não apenas de condições materiais efetivas, mas igualmente, de vontade política aliada à concreta ação da sociedade, dos governantes e do legislador, o que muitas vezes impõe ao Judiciário papel importante quando chamado a garantir na prática o que é prometido pela Constituição.

### 3.1 Conceito de Constituição

Como ponto de partida para bem situar o tema do acesso à justiça da perspectiva do direito constitucional, parece conveniente antes de mais nada oferecer o próprio conceito de Constituição, tendo em vista que se trata de estudar um dos direitos fundamentais assegurados por esta.

A expressão *constitutiones principum*, encontrada no direito romano, representava atos de cunho normativo editados pelo Imperador, com força de lei, e sendo assim, a constituição de então não exprimia a idéia de um estatuto do Estado, nem significava a limitação dos poderes do governante ou soberano. O conceito de Constituição da época de Aristóteles (*politeia*) expressava o modo de ser da *polis*, comportando vestígios do conceito moderno de Constituição. Como indicativo de documento máximo de um País, na Idade Média, teve a *Magna Charta Libertatum*, imposta ao Rei João Sem-Terra, em 1215. Todavia, as Constituições americana e francesa são consideradas pelos estudiosos como a origem das constituições tais como são compreendidas atualmente (TAVARES, 2003, p. 59).

Quando se fala em Constituição não se deve pensar apenas em uma espécie de documento legislativo composto de regras e princípios de natureza político-jurídica, embora deva ser reconhecido que esta é a idéia que assombra o espírito de quem se deixa envolver numa primeira reflexão.

Não há verdadeiramente equívoco nesse fugaz pensamento, mas quando se alude a Constituição, para Miranda (2003, p. 2), é mais apropriado pensar-se em Direito Constitucional, que:

É a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. O Direito Constitucional é um conjunto de normas (disposições e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.

Em sentido material, há quem pregue a equivalência entre as expressões Direito Constitucional e Constituição, como se observa de Bonavides (2003, p. 35-36), para quem o Direito Constitucional, em seu conceito clássico, de inspiração liberal, tem por objeto fundamental a determinação da forma do Estado e do Governo e o reconhecimento dos direitos individuais. O autor lembra Santi Romano, entendendo que o Direito Constitucional pode ser compreendido como o ordenamento supremo do Estado, e por isso, equívale do ponto de vista material à própria Constituição, devendo ser ambos os termos identificados como expressão de uma mesma realidade.

Parte da doutrina, conforme Bastos (1989, p. 40-43), dentre outras acepções, chama a atenção para a compreensão da Constituição em sentido material, substancial e formal. No primeiro sentido é a Constituição um “conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc. que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser”. Explica que a realidade social, nesse caso, não se confunde com o ordenamento jurídico a ela aplicável, porque a mesma pertence ao mundo do *ser*, ao passo que o direito pertence ao mundo do *dever ser*.

Em sentido substancial, define-se a Constituição “pelo conteúdo de suas normas”, tratando se de um “conjunto de regras ou princípios que têm por objeto a estruturação do Estado, a organização de seus órgãos supremos e a definição de suas

competências”. Em sentido formal, Constituição é “um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer, um processo formativo mais árduo e mais solene”. É possível haver normas constitucionais apenas sob o aspecto formal, o que se sucede naqueles casos em que “determinadas regras jurídicas, de natureza não substancialmente constitucional, tenham sido inseridas na Constituição em sentido formal, para obter aquela tutela especial e típica da Constituição” (BASTOS, 1989, p. 40-43).

Para Bonavides (2003, p. 36), a fixação de poderes supremos, a distribuição da competência, a transmissão e o exercício da autoridade, a formulação dos direitos e das garantias individuais e sociais constituem o objeto do direito constitucional contemporâneo, revelando-se este pelo conteúdo das regras jurídicas – aspecto material –, mais do que por considerações formais, dominantes no constitucionalismo do Estado liberal, que se apresentam como ponto de partida para a sistematização dessa disciplina do conhecimento jurídico.

Outros doutrinadores não distinguem a Constituição em suas três dimensões, conforme a classificação de Bastos, mas apenas em sentido material e formal, como se dá com Bonavides (2003, p. 80-81), para quem:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição. Debaixo desse aspecto, não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja.

Tavares (2003, p. 60-62), em fórmula sintética, conceitua a Constituição, sob o aspecto formal, como sendo “um conjunto de normas jurídicas elaboradas de maneira especial e solene”, lembrando que este conceito é o mais relevante perante o direito positivo brasileiro e que há normas que não são materialmente constitucionais, mas são formalmente, porque inseridas no corpo da Constituição. Define este autor a Constituição, sob o aspecto substancial, como “o conjunto de normas organizacionais de determinada sociedade política”, aduzindo que juridicamente “esse conceito identifica algo que há de estar presente em todo Estado, uma vez que remete a elementos mínimos de sua estruturação”. Materialmente, a Constituição “será o conjunto juridicizado de forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e ideológicas que configuram determinada sociedade”. Sustenta que em sentido material o conceito de Constituição pertence ao mundo do ser, e não ao mundo do dever ser.

Bobbio, Matteucci e Pasquino (2004, v. 1, p. 258), relativamente à reunião de princípios constitucionais em um só documento formal, registram que:

Todo ordenamento estatal possui sempre um conjunto peculiar de princípios orgânicos característicos, que o distinguia dos demais, mas só em tempos relativamente recentes se estendeu e consolidou a convicção de que tais princípios deveriam, em geral, ser reunidos em um documento formal, definido como Constituição. As primeiras Constituições se inseriram no quadro de um processo de limitação e fragmentação do poder absoluto, tal como o que se consolidou nas monarquias européias. Por isso ainda hoje o próprio conceito de Constituição é freqüentemente considerado como coincidente com o de poder político repartido entre diversos órgãos constitucionais, sendo reconhecidas aos cidadãos, além de uma série de direitos fundamentais, adequadas garantias contra os abusos cometidos pelos titulares dos órgãos do poder político.

A Constituição do Estado, para alguns estudiosos, enquanto considerada sua lei fundamental, seria a organização dos seus elementos essenciais, ou seja, um sistema

composto de normas jurídicas, sejam escritas, sejam costumeiras, que tenha por objetivo regular a forma do Estado e do Governo, o modo de obtenção e de exercício do poder, a fixação dos seus órgãos e os limites de sua atuação e os direitos e garantias fundamentais do homem, ou seja, “a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado” (AFONSO DA SILVA, 2004, p. 37-38).

O conceito contemporâneo de Constituição, mais ou menos consensual entre os estudiosos, como visto, tem seus vestígios na Grécia, mais precisamente no pensamento de Aristóteles, sendo que a origem das constituições contemporâneas são as cartas americana e francesa, podendo ser a Constituição concebida nos aspectos formal, material e substancial.

### **3.2 A Constituição Democrática e o Estado do Bem-Estar Social**

A democracia moderna, marcada dentre muitas características que podem ser mencionadas, pela limitação do poder dos governantes, do Judiciário e do parlamento, pela distribuição do poder em diversos órgãos estatais, pelo reconhecimento de direitos e garantias individuais, pela instituição de direitos sociais, pelo compromisso do Estado em assegurar a todas as pessoas condições dignas de existência e, notadamente, pela concreta participação da sociedade no exercício do poder, ainda que indiretamente pela escolha de representantes das diversas classes sociais, cujos interesses quase nunca são homogêneos, pela sua natural pluralidade e diversidade, muitas vezes se antagonizando entre si, não obstante todos os defeitos que possa apresentar, é o regime político que se revelou, no curso da história dos povos, o mais adequado à pretensão, hoje quase que universalizada, de priorização do homem.

Direito e sociedade são elementos integrantes de uma mesma realidade, indissociáveis, não havendo motivo para a existência do primeiro não fosse sua pretensão de regular a conduta do homem em sociedade. Como ensina Azevedo (2000, p. 92-93):

É impossível cogitar-se validamente do direito sem pensar na sociedade sobre que atua e de que recebe o influxo. Direito e sociedade são realidades historicamente situadas, mutáveis e perfectíveis, em que de modo necessário se insere o homem, interagindo com seu semelhante na construção da vida cultural. Não há, pois, modo de compreender o direito senão em sua moldura histórica global. A cisão do discurso jurídico, levada a efeito pelo positivismo, luta em vão contra a realidade, impossibilitando a apreensão do significado do direito e amputando as virtualidades de sua aplicação em favor do homem e da sociedade em que vive, cuja permanência e evolução acham-se na dependência da ordem jurídica. Por outro, é indispensável explicitar a idéia prévia que se tem do direito, desideologizando-a tanto quanto possível.

Parece acertado entender que o propósito de uma sociedade regida por um regime democrático, onde imperam o direito e as instituições jurídicas, com a garantia da participação popular no processo político, consiste em sua construção em benefício dos seus membros, levando em conta a igualdade, a liberdade, a justiça e a solidariedade, ou seja, na tutela da dignidade da pessoa humana, como dispõem o artigo 1º, inciso III e artigo 3º, inciso I, da Constituição, onde cabe a sociedade e ao Estado, através de ações públicas e privadas, a responsabilidade e o dever de respeitar e proteger todas as pessoas, para que todas possam ter as suas necessidades mais prementes satisfeitas, a exemplo do atendimento à saúde, à educação, à busca do pleno emprego, à previdência social, à alimentação farta e sadia, à moradia e à segurança pública, o que pode ocorrer tanto pela instituição de um Estado preponderantemente Social, dependendo do estágio de desenvolvimento econômico e cultural de cada Nação, como por outros meios, em que direitos sociais sejam mais restritos, mas as condições materiais necessárias para que cada sujeito possa conquistar com seu esforço a

satisfação de suas necessidades vitais sejam asseguradas, fomentadas e implementadas pelo Estado, direta ou indiretamente, através de sua atuação naquilo que for de sua competência, além de estimular, incluindo políticas públicas adequadamente executadas, as pessoas e os grupos sociais em atividades empreendedoras que possam levar cada indivíduo a alcançar condições dignas de vida.

Induvidoso que as Constituições de todos os Estados democráticos consagram, em maior ou menor grau, direitos fundamentais, por muitos tidos como sinônimos de direitos humanos, propiciando um amplíssimo campo de atuação estatal e privada para sua consecução, pois não se nega que não basta a um documento constitucional, que tem conteúdo jurídico-político, apenas declarar direitos e garantias fundamentais do homem, pois que se assim fosse, tudo não passaria de meras promessas solenes, que não encontrariam ressonância na realidade, fadadas ao fracasso.

Discurso jurídico e político nunca resolveu problema algum. Palavras podem ser ditas ou escritas sem qualquer limitação. Apenas as ações podem levar a resultados práticos, tornando efetivos os direitos fundamentais.

No Brasil, por exemplo, público e notório que o salário mínimo é fixado em valor que não atende a maior parte das necessidades vitais do ser humano, relacionadas pelo artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, quando seu objetivo seria satisfazê-las; do mesmo modo, a saúde pública, o ensino público e a segurança pública, apenas para ilustrar, encontram-se num estado de verdadeiro caos, sendo de péssima qualidade, além de insuficientes também no aspecto quantitativo. Os níveis de desemprego são alarmantes e

sempre em escala crescente. O *déficit* habitacional é enorme. A previdência social está à beira de um colapso.<sup>7</sup>

Corroborando parte dessas afirmações, são os dados estatísticos colhidos em pesquisas de campo, analisados pela doutrina crítica do direito, como se vê de Streck (2004, p. 75):

As promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros. Para os demais, o atraso! O *apartheid* social! Os indicadores sociais apontam para um quadro dramático, a ponto de o governo federal, empossado em 2003, lançar o Programa Fome Zero, para, antes de iniciar o necessário processo de inclusão de mais de 50 milhões de brasileiros que vivem em condições de pobreza, alcançar uma ração mínima diária a essa população que representa mais da metade dos brasileiros. Observe-se que pesquisa recente mostra que os excluídos são 59% da população do país. Nessa categoria ‘excluídos’ estão as pessoas que estão à margem de qualquer meio de ascensão social. Na escola, a esmagadora maioria dessas pessoas (86%) não foi além da 8ª série do 1º grau. De todos os segmentos sociais, são os que mais sofrem com o desemprego e a precarização do trabalho: 19% vivem de ‘bico’ e 10% são assalariados sem registro algum. Como contraponto, o levantamento mostra que a elite se resume a 8% dos brasileiros. Essa elite concentra mais brancos (85%) do que qualquer outro segmento da sociedade. É, em consequência, o segmento onde há menos negros e pardos.

Como será demonstrado oportunamente na seqüência desse trabalho, constata-se que o acesso à justiça é algo ainda insatisfatório pelos óbices encontrados pela maioria da população, especialmente a parcela mais pobre, que é a mais significativa e visível, sejam pelas elevadas despesas processuais, tornando proibitivo o ajuizamento de demandas, pela crônica demora na solução dos conflitos, pela existência de serventias particulares a serviço dos seus titulares e não da Justiça, pela falta de instalação das defensorias públicas, ou

---

<sup>7</sup> Demonstrando esse alarmante quadro social no Brasil, com aumento da pobreza e da exclusão social, confira os indicadores sociais e econômicos. Disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2006.

sua insuficiência, apesar de expressa previsão no texto constitucional, e pela ineficiência qualitativa e quantitativa de órgãos jurisdicionais, juízes e servidores, para ficar apenas nas causas mais evidentes.

As constituições democráticas, então, como visto até aqui, contêm garantias de gozo de direitos fundamentais, mas, em países como o Brasil, revelam as estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas<sup>8</sup>, a respeito de indicadores sociais e econômicos, o poder público não tem conseguido êxito em implementar concretamente esses direitos, conquanto isso não invalide sua consagração no texto constitucional, nem sirva de motivo para se pregar sua extinção, excluindo-os da carta constitucional, como alguns economistas, empresários e órgãos de comunicação às vezes sustentam. Pelo contrário, a luta deve ser por sua conquista no plano fático.

Certamente a universalização dos direitos fundamentais, no sentido de estendê-los para todas as áreas do planeta, independentemente de credo, raça, etnia, regime político, ou qualquer outra circunstância diferenciadora dos povos e nações, deve ser vista como uma tendência que deve marchar sempre para frente. Não se pode admitir o fracasso, cruzando os braços, desencantado e sem esperança, permitindo um retorno aos primórdios da civilização humana, nem mesmo a retomada dos postulados do liberalismo econômico clássico, em que a garantia da liberdade, o progresso econômico e o crescimento individual do homem exigiam unicamente prestações negativas do Estado, bastando a este que não interferisse nos negócios privados, como forma que se acreditava eficaz para a instituição de uma sociedade próspera, justa e igualitária. O Estado liberal entrou em declínio, dando lugar ao Estado do bem-estar social.

---

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2006.

A história mostrou que não bastava um Estado que se abstinhasse de interferir nos negócios privados, mas sim, era necessário um Estado que garantisse à população prestações positivas, tutelando os mais fracos economicamente, que não se mostravam capazes de concorrer e competir com os mais fortes. Isso ocorreu primeiramente nos Estados Unidos e nos países mais ricos da Europa, a exemplo da Alemanha (Constituição de Weimar, de 1919), Itália, França e Inglaterra (MAGALHÃES, 2000, t. 1, p. 188; STRECK, 2004b, p. 55-93).

Para Bobbio (2000, p. 42):

Da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se consideram continuadores, sem alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX [...] Liberalismo e igualitarismo deitam suas raízes em concepções da sociedade profundamente diversas: individualista, conflitualista e pluralista, no caso do liberalismo; totalizante, harmônica e monista, no caso do igualitarismo. Para o liberal, a finalidade principal é a expansão da personalidade individual, abstratamente considerada como um valor em si; para o igualitário, essa finalidade é o desenvolvimento harmonioso da comunidade. E diversos são também os modos de conceber a natureza e as tarefas do Estado: limitado e garantista, o Estado liberal; intervencionista e dirigista, o Estado dos igualitários.

O Estado social é caracterizado quando demonstra preocupação com o estabelecimento de direitos prestacionais, que para serem concretizados, em prol de toda a população, exigem não apenas a colaboração da sociedade na sua consecução, mas especialmente a própria atividade estatal na proposição e na realização de políticas públicas que possam atender a demandas por emprego, previdência social, educação básica, saúde pública, dentre outros direitos sociais, exigindo uma atuação estatal positiva para sua

realização. Para alcançar este escopo o Estado deve intervir nos domínios sociais e econômicos, como, por exemplo, para ditar o valor do salário mínimo necessário ao atendimento das necessidades básicas do trabalhador, regular a moeda e controlar os preços de serviços e produtos, combater o desemprego, proteger os enfermos, facilitar a aquisição da casa própria e enfrentar crises econômicas (BONAVIDES, 2003, p. 186).

Martinez (2004), entende que o Estado de direito social é um modelo que surge em meio à contradição histórica, apoiando-se em três experiências políticas e institucionais dissonantes ou até mesmo opostas, produzindo, em consequência, três documentos, diversos entre si, mas que se completam e se harmonizam. Esses momentos são a Revolução Russa de 1917, a reconstrução da Alemanha após a primeira guerra e a Revolução Mexicana e suas consequências (como a fundação do PRI – Partido Revolucionário Institucional), resultando na Constituição de Weimar de 1919 (um ícone social-democrático), na Constituição Mexicana de 1917 e na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia socialista, de 1918, que definem, constitucionalmente, os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa humana, sob a proteção do Estado, incluindo o direito do trabalho. A partir de então são formadas as bases do *garantismo social*, no sentido de instituição do dever do Estado em tutelar os direitos sociais. Em resumo, o Estado Social nasce na década de 1920, “como uma resposta, retaliação burguesa, oportunista e conservadora ao incremento dos movimentos sociais – e tem seu término selado nas décadas de 70 e 80”, ou seja, é formado juridicamente a partir de 1917, "mas passa a atuar como regulador e interventor mais assíduo na área econômica na década de 30, a fim de se evitar outra quebra da economia”.

Os países mais pobres, infelizmente, não conseguiram, na mesma época, viabilizar um Estado do bem-estar social. No Brasil, o período político de ditadura militar, de

março de 1964 a março de 1985, estagnou suas instituições e quase nada se avançou na fixação e concretização dos direitos sociais, como se observa das normas constitucionais e infraconstitucionais então vigentes, e, quando finalmente, foi aprovada e promulgada uma Constituição democrática, instituidora de direitos sociais os mais diversos, o mundo mudou e foi tomado pelo atual modo de produção, denominado de globalização, estabelecendo a priorização do lucro em detrimento do homem, com a finalidade de diminuir custos, aumentar os lucros e tornar os produtos mais competitivos nos mercados interno e externo, diante da integração econômica dos países, com a pregação do Estado mínimo, abstencionista, tanto quanto na época do Estado liberal clássico, mas com outra roupagem, embora, senão igual, muito semelhante na ideologia e na essência, nos fundamentos e nos objetivos, o que justifica sua denominação de neoliberalismo, justamente por apresentar traços semelhantes às características do liberalismo desenvolvido com maior intensidade a partir do século XVIII, com maior ênfase no final do século XIX e início do século XX.

O Estado do bem-estar social entrou em crise nos países onde tinha sido implantado e hoje os meios de comunicação a todo instante noticiam fatos que demonstram a incapacidade desses Estados em manter os compromissos constitucionalmente assegurados (SOUZA SANTOS, 2005).

O desemprego, a falta de moradia, a ineficiência da segurança pública e o estado quase falimentar dos sistemas de previdência social não são exclusivos do Brasil ou de países qualificados de pobres ou em desenvolvimento, mas também são identificados na Europa e nos Estados Unidos. Os países mais pobres são os que mais sofrem com o controle dos organismos internacionais de regulação da economia global, como o Fundo Monetário Internacional. Na década de 1990, no Brasil, além da derrocada total do Estado Providência (com o agravamento substancial da miséria, do desemprego e da violência social), a

burocracia estatal, atendendo ao capital externo, aprovou a chamada *Lei de Responsabilidade Fiscal* (promulgada em 2000), que prevê o controle rígido das políticas públicas, com o objetivo de não se aumentar a dívida nacional. Isso significa que o Estado brasileiro abdicou da saúde e da educação para pagar a dívida externa. Nesta fase de total controle da economia e da soberania nacional pelo capital externo (financeiro e especulativo), constituiu-se o que os especialistas chamam de Estado Global: a economia globalizada escraviza todos os Estados nacionais, com uma mesma receita de base, mas os pequenos ou fracos economicamente sentem este embargo com pesos duplicados. Esta fase viria a suceder o que se entendia na década de 1990 por Capitalismo Monopolista de Estado: quando o próprio Estado era o principal financiador do capital monopolizado ou oligopsônico (MARTINEZ, 2004).

A miséria, a fome e a marginalização de um número cada vez maior de pessoas é uma realidade mundial. E o Brasil sequer conseguiu chegar a uma situação que possa ser qualificada de satisfatória, no que se refere à efetivação plena dos direitos fundamentais, em particular os direitos sociais. Os adeptos do neoliberalismo têm tentado criar e divulgar uma ideologia que prega a redução do Estado, que, sob esta perspectiva, deve interferir o mínimo possível nas relações privadas, exatamente como se dizia no auge do liberalismo clássico, num incompreensível retorno a uma experiência cujo malogro foi comprovado historicamente, como se estivessem a propagar uma doutrina do abandono, da desesperança, da incredulidade na possibilidade de concretização dos valores próprios de um Estado verdadeiramente social.

Esta situação de falta de efetividade dos direitos sociais tem merecido a atenção de grande parte da doutrina, preocupada em apontar as falhas do sistema e em formular propostas de solução para os problemas detectados, sendo de todo pertinente a crítica contundente daqueles que estudam o direito sob uma visão crítica, não abdicando da

sociologia jurídica, como disciplina que fornece elementos colhidos da realidade, essenciais para subsidiar qualquer trabalho que pretenda avaliar a eficácia das instituições jurídicas vigentes. Nesse sentido são as palavras de Streck (2004, p. 24-25):

Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem conseqüências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o estado social*. O Estado-interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional ou monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, *custou a estabilidade no emprego para os milhões de brasileiros!* [...] No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade* [...].

Cabe realçar, todavia, que apesar de compreensíveis as críticas à prática do direito constitucional, que, pelas informações fornecidas pelo próprio autor antedito, inclusive dados estatísticos, não se tem mostrado capaz de concretamente atribuir a cada um sua porção de direitos fundamentais, não se resolve nada apenas esbravejando contra o que se concebe como errado e nem com adoção de providências que se coloquem na contramão da história, em oposição ao que é praticado pela maioria das nações civilizadas.

A globalização é uma realidade que parece ser irreversível e o atual grande problema, ainda sem solução apropriada, é saber como minimizar seus efeitos nocivos e quais providências adotar para proteger a pessoa humana, com proeminência aos grupos sociais mais vulneráveis que, exatamente por esta sua condição de inferioridade, exigem uma tutela diferenciada e mais efetiva, como forma de inclusão social, de acesso aos bens e direitos

essenciais a uma existência digna, com mais justiça, igualdade e solidariedade. Fazer valer a dignidade da pessoa humana é o grande desafio.

Todavia, o que se tem visto em doutrina, em sua maioria, mormente aquela que integra a teoria crítica do direito, é uma pregação político-filosófica, que num primeiro momento é sedutora, parecendo de aceitação obrigatória pela veemência dos argumentos, mas que acaba por redundar em propostas utópicas, românticas ou inviáveis, dissociadas da realidade, em indistigável tom nostálgico, como se fosse verdadeiramente possível um retorno a uma época em que o Estado foi concebido como o principal agente de transformação social, com o emprego das mesmas técnicas de antigamente, como se dava, em passado relativamente recente, com a atuação de empresas públicas, sociedades de economia mista e agências de fomento e desenvolvimento, hoje privatizadas ou extintas.

Não se pode discordar das boas intenções e da boa fé desta doutrina, que não esconde de ninguém os fins pretendidos com as soluções imaginadas e propostas, que são absolutamente legítimos e devem ser preservados, mas há que se divergir da maioria dos meios e dos métodos que são sugeridos, que padecem de originalidade e muitos deles tiveram sua ineficiência comprovada pela experimentação, exigindo, isto sim, mais criatividade e a edificação de condições que possam levar ao alcance dos objetivos fundamentais eleitos pela república brasileira, incluindo com especial destaque a dignidade da pessoa humana, a promoção do bem de todos e a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, consoante prometem os artigos 1º e 3º, da Constituição da República.

Clève (2002) reconhece a inefetividade dos direitos sociais, entendendo que o Supremo Tribunal Federal, pela interpretação majoritária dada ao mecanismo constitucional do mandado de injunção, abortou suas potencialidades, além de não vislumbrar grande

utilidade no emprego da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e por derradeiro, aduzindo que há muitas incertezas sobre a viabilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental como mecanismo que possa efetivamente tutelar os direitos fundamentais contra a omissão do poder público<sup>9</sup>.

Para este autor, há necessidade da busca de meios apropriados para a satisfação judicial desses direitos, apontando como “um bom caminho” para reivindicar a concretização progressiva desses direitos as demandas coletivas, com ênfase nas ações civis públicas. Sugere que através delas pode-se compelir o poder público a adotar em certo lapso temporal definido políticas públicas eficientes para este fim e, quanto ao problema orçamentário, entende que se deve obrigar o Estado a destinar no seu orçamento recursos financeiros (dotações) e, uma vez feito isso, deve-se compelir o poder público a cumprir a lei orçamentária, evitando-se o remanejamento de recursos para outras finalidades. Enfatiza o papel do Ministério Público na tarefa de fazer o poder público cumprir o orçamento, que não é meramente autorizativo, mas é lei de cumprimento imperativo pelo poder executivo. Sustenta a possibilidade de o Poder Judiciário fulminar políticas públicas que, se executadas, podem importar na negação dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, atuando como legislador negativo, já que nesta seara lhe é vedado atuar positivamente (CLÈVE, 2002).

O discurso jurídico em favor da realização dos direitos sociais fundamentais, em que pese bem articulado, apresentando argumentação sólida, esbarra na falta ou insuficiência de recursos financeiros do poder público, ou quando não, na incapacidade dos governantes em bem aplicá-los. O fazer é muito diferente do falar. Discurso e ação nem sempre caminham juntos. Tendo em vista as atuais condições políticas e econômicas

---

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

brasileiras, de nada adianta sustentar a essencialidade de formulação de políticas públicas e a imposição da obrigação de inclusão de verbas no orçamento e de sua aplicação para as finalidades previamente estipuladas, se isso é impossível ou improvável de ser feito, pela falta ou insuficiência de recursos financeiros. Este continua sendo talvez o principal e mais grave obstáculo que impede que o poder público pratique políticas públicas que garantam o acesso de todos aos direitos fundamentais sociais. Tudo o mais que for dito ficará no plano das boas intenções e das expectativas não confirmadas, não por falta de boa vontade, mas sim, por inexistência de condições materiais para sua implementação.

Não há dúvida de que no campo teórico o Direito, sua doutrina e a prática dos Tribunais (jurisprudência), podem contribuir no difícil processo de construção de condições sociais satisfatórias que prestem homenagem à dignidade da pessoa humana, formulando propostas e indicando caminhos viáveis de serem trilhados, tanto no âmbito econômico, como no político. As ações concretas, entretanto, dependem do poder político. Ao Judiciário reserva-se o papel de controle da constitucionalidade não apenas das leis e de outros atos normativos, mas também de verificar a harmonização das ações governamentais com a ordem constitucional e a correta execução das políticas públicas elaboradas, mas de forma alguma tem legitimidade para substituir ao Legislativo e ao Executivo nos respectivos âmbitos de sua competência fixados pela Constituição, sob pena de atuar em desconformidade com o regime democrático, fundado na soberania popular quanto à aquisição e ao exercício do poder.

### 3.3 Regras e Princípios Constitucionais

As normas constitucionais têm preeminência num sistema jurídico, que por sua própria natureza pretende regular o comportamento das pessoas, físicas e jurídicas, no âmbito privado e no âmbito público, de forma coativa, impondo sanções em caso de violação e habilitando o Poder Judiciário a agir para assegurar seu cumprimento. Ocupam, como é curial, o lugar mais alto na hierarquia das normas jurídicas, condicionando todo o ordenamento infraconstitucional e as ações dos particulares, das instituições públicas e dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Entretanto, a Constituição não é formada apenas por regras jurídicas, mas também por princípios gerais de direito, ambos revelando os valores eleitos como importantes à sociedade, estabelecendo direitos, deveres, garantias, fundamentos e objetivos a serem concretizados.

Algumas dessas normas – regras e princípios – têm por conteúdo direitos classificados como fundamentais à pessoa humana, dentre eles o acesso à justiça, necessário para viabilizar não apenas prevenção ou reparação de lesões, mas muitas vezes para o próprio exercício de determinados direitos. Discute-se a plenitude da eficácia da Constituição, pois, pelo que determina seu próprio texto, alguns direitos exigem para seu efetivo gozo de ação concretizadora do legislador, isto é, dependem de legislação ordinária que os regulamentem, o que também comporta exame acurado sobre a extensão dessa exigência. Desse modo, torna-se relevante estudar o que são princípios, regras e garantias constitucionais, com foco nos direitos fundamentais, e sobre a força normativa da Constituição.

O estudo dos princípios gerais no âmbito jurídico, pela sua importância na interpretação e aplicação do direito, tem despertado a atenção dos constitucionalistas e

processualistas, ampliando seu campo de pesquisa, o que tem levado a uma grandiosa evolução doutrinária da disciplina, gerando conseqüências benéficas na compreensão do fenômeno jurídico, traduzindo-se em matéria das mais instigantes, passando por sua conceituação, normatividade, eficácia e aplicabilidade direta. Faz-se mister tentar estabelecer alguma distinção entre princípios e regras, ambos considerados normas jurídicas pela doutrina contemporânea mais abalizada, como será visto mais à frente, como proposta que possa servir para a construção de um alicerce ao desenvolvimento dos estudos sobre o acesso à justiça, tendo em vista o tratamento que estas questões recebem da Constituição da República.

As Constituições têm conteúdo formado por regras e princípios e, por isso, é de vital relevância envidar esforços para tentar estabelecer a distinção entre cada uma dessas espécies de disposições, até mesmo para ser identificado o limite de sua eficácia e aplicabilidade, bem como a sujeição do legislador ordinário à sua observância, submetendo-se às restrições constitucionais quando há o propósito de efetuar modificações nas normas componentes do ordenamento jurídico, ou mesmo a introdução nesse de novos preceitos que, naturalmente, não poderão colidir com matéria elevada a determinado grau de fundamentalidade, e por isso mesmo, insuscetível de revogação pela norma ordinária, de forma implícita ou explícita. Expressando-se em outros termos, trata-se de ter em mira que não poderá haver desarmonia ou regulação antagônica entre a norma infraconstitucional e a norma constitucional.

Interessante e útil investigar se há na Constituição da República normas que desfrutem de prevalência absoluta, não se colocando nunca na condição de serem modificadas ou preteridas diante de uma situação concreta em que às vezes se torna imprescindível a aplicação do princípio da conciliação (que pode ser traduzido como princípio da proporcionalidade ou princípio da razoabilidade, em que pese alguma distinção doutrinária

entre eles que pode ser encontrada na literatura especializada) e, em casos mais extremos, ensejar até mesmo o sacrifício de uma norma em benefício de outra.

O problema da distinção entre regras e princípios, um dos mais palpitantes na teoria da metodologia jurídica, em particular quando se situa no âmbito constitucional, em que pese figurar no elenco de assuntos discutidos já há algumas décadas pela doutrina, ainda suscita polêmicas e debates acalorados.

Muitos autores, embora constituam a minoria, ainda se prendem à distinção, hoje ultrapassada, entre normas e princípios, sustentando a diferenciação clássica entre essas duas categorias jurídicas, especialmente quando a questão da fixação e da extensão da normatividade e eficácia dos princípios dependem da concepção que for adotada pelo jurista.

Porém, os constitucionalistas que com maior profundidade têm-se debruçado sobre uma investigação científica mais cuidadosa, de alguns anos para cá, passaram a defender a teoria de que os princípios são normas, ao reconhecer que são dotados de normatividade, tanto quanto as regras elaboradas pelo Estado, sugerindo que a norma seria um gênero que comportaria duas espécies: regras e princípios.

Para Barroso (2004, p. 350), os princípios percorreram uma trajetória que os levaram ao centro do sistema, obrigando-os a adquirir a condição de norma jurídica, exigindo a superação da crença de que teriam dimensão unicamente axiológica e ética, e sendo assim, não dotados de eficácia jurídica ou de aplicabilidade direta e imediata. Modernamente, a dogmática reconhece que as normas em geral e as constitucionais em particular enquadram-se em duas categorias diversas: os princípios e as regras.

Outro não é o entendimento de Canotilho (2004, p. 1255), ensinando que regras são normas que diante de determinados pressupostos exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem exceção, ou seja, constituem direito definitivo, ao passo que os princípios são normas que exigem a realização de algo conforme possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, são exigências de otimização, condicionadas a elementos fáticos e jurídicos, que podem ou não permitir a realização de seu comando.

Portanto, para a doutrina predominante princípios e regras são espécies do gênero “norma jurídica”, eis que revestidos de normatividade, cuja aplicação de uma ou de outra sofre variações, em face das particularidades que cada uma dessas espécies normativas possuem, repercutindo no estudo de sua validade e eficácia, aspecto do problema que não será aprofundado, em razão de que escaparia das fronteiras marcadas pelos propósitos desse trabalho. Basta, para efeito de se demonstrar o pensamento atual predominante entre os estudiosos, que esta teoria é aceita por eles com certa serenidade, quase não se encontrando em doutrina a sobrevivência das discrepâncias de outrora, sendo de se reconhecer que ao se equacionar o problema dessa forma, conferindo à norma a condição de gênero e às regras e aos princípios a condição de espécies daquela, muito do que se discutia perdeu sua relevância e atualidade. Destarte, nesse trabalho, opta-se por adotar esta concepção, eliminando-se virtual controvérsia metodológica sobre esse tema.

As regras e princípios e suas garantias serão enfocados da perspectiva do direito constitucional, enquanto entes que se distinguem entre si, mas que de comum asseguram aos seus destinatários algumas situações de vantagem material ou jurídica, além de servirem como condicionantes da conduta a ser exigida dos membros de dada sociedade, sejam órgãos de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), instituições políticas as mais diversas, particulares e agentes públicos.

Canotilho (2003, p. 1159), pretendendo lançar as bases da compreensão dogmática do direito constitucional, tendo por substrato o sistema constitucional português, afirma com todas as letras que esse é um *sistema jurídico aberto composto de regras e princípios*. Sendo jurídico por se tratar de um sistema dinâmico de normas, e aberto porque tem aptidão para a transformação e a troca de experiência com a realidade em que está inserido, possuindo uma *estrutura dialógica*. É normativo porque *a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas se dá através de normas*. E, finalmente, compõe-se de regras e princípios, que são as formas pelas quais são reveladas as normas constitucionais.

A Constituição da República, quanto a este aspecto, não difere da Constituição portuguesa, ambas sendo do tipo rígido. A rigidez das Constituições se caracteriza tendo em vista os critérios para sua alteração eleitos pelo constituinte, compostos de “exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares” (AFONSO DA SILVA, 2004, p. 42).

Baseando-se em ensinamentos de Dworkin, Esser, Guastini e Larenz, Canotilho (2003, p. 1160), primeiramente, adverte ser tarefa particularmente complexa distinguir regras de princípios, enquanto vistos como espécies do gênero norma jurídica, mas identifica cinco características de umas e de outros, como indicadoras de diferenciação. Aponta, dessa forma, o grau de abstração, que é mais elevado nos princípios e mais reduzido nas regras; o grau de determinabilidade, considerando a sua aplicação no caso concreto, sendo os princípios carecedores de integração (*mediações concretizadoras*) por obra do legislador e dos juizes, conforme o caso, dado serem vagos e indeterminados, ao passo que as regras comportam aplicação direta; o caráter de fundamentalidade, em relação ao sistema das fontes de direito, possuindo os princípios papel fundamental no ordenamento jurídico, por sua

natureza ou importância estruturante, em razão de sua posição hierárquica no sistema das fontes (p. ex.: princípios constitucionais) ou dentro do sistema jurídico (p. ex.: princípios do Estado de Direito), respectivamente; os princípios têm maior proximidade que as regras com a idéia de direito, porque representam modelos (*standards*) “juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz)”, enquanto “as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente formal”; e, a natureza normogênica e sua função fundamentante, sendo os princípios fundamentos de regras, estando na base ou constituindo a razão de ser das regras jurídicas.

Finalizando esta parte da pesquisa, pode-se sustentar que as disposições constitucionais são formadas por regras e princípios, algumas delas assegurando verdadeiros direitos subjetivos aos seus destinatários, outras tratando da organização e do funcionamento da estrutura do Estado, além de disposições que têm por escopo a fixação de garantias de direitos consagradas no próprio texto constitucional, estabelecendo os fundamentos da república e os objetivos a serem atingidos pelo Estado de direito, direcionando a atuação do poder público e condicionando o comportamento dos particulares, pois todos devem obediência às normas constitucionais.

### **3.4 Força Normativa da Constituição**

Na história do Direito Constitucional é conhecida a conferência proferida por Lassalle, em Berlim, na data de 16 de abril de 1862, sobre a essência da Constituição. As palavras de Lassalle (2004) ficaram famosas. O autor fala especialmente do conceito de

Constituição, dos fatores reais do poder, das instituições jurídicas, do sistema eleitoral, do poder organizado, da história constitucional, das violações e das práticas constitucionais e da Constituição “folha de papel”. Para Lassalle (2004, p. 42-48), as questões constitucionais são questões políticas e não questões jurídicas, porque a Constituição de um País expressa as relações de poder dominantes em certa época.

Segundo Hesse (1991, p 9), a compreensão de Lassalle quanto ao que é uma Constituição, pode ser resumida assim:

As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder. Esses fatores reais de poder formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (ein Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de se sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país.

A partir desta conferência surgiram reações dos estudiosos do direito constitucional, notadamente na Europa, que passaram a elaborar teorias que sustentam ter a Constituição de cada País força normativa, dando origem aos diversos estudos que produziram mais de uma classificação quantos à eficácia das normas constitucionais.

Hesse (1991, p. 9-10) concorda com a tese de que as questões constitucionais não são, pelo menos em sua origem, jurídicas, mas políticas, inclusive citando entendimento nessa direção manifestado no início do Século XX por Georg Jellinek, acrescentando que essa concepção é ensinada não apenas pelos políticos mas também pelos juristas, além de não se

constituir em visão do passado, mas identificada também no presente, implícita ou explicitamente, mesmo que de forma simplificada e imprecisa.

A idéia de se admitir que as relações de fato são as que concretamente têm força dominante, estabelecendo o que seja realmente uma Constituição, parte do suposto de que a eficácia da Constituição jurídica, assim compreendida a coincidência entre realidade e norma, constitui unicamente limite hipotético extremo, pois que não se pode deixar de aceitar que existe verdadeiramente uma discrepância entre a realidade dinâmica e irracional e a norma estática e racional, criando uma tensão que não se pode eliminar. Esta concepção de Constituição leva à caracterização de uma situação conflituosa permanente, de modo que as disposições fundamentais de uma Constituição curvam-se diante da Constituição real. A subsistência desse pensamento, que pode ser resumido na aceitação de efeitos determinados exclusivamente pela realidade, traduz-se na negação da própria Constituição enquanto norma fundamental e necessária à sociedade politicamente organizada. Ao se aceitar essa teoria estar-se-ia negando o valor da Constituição enquanto ciência jurídica.

Hoje, com o amadurecimento das reflexões e o progresso das investigações científicas voltadas para a fixação de um correto entendimento respeitante ao Direito, não há mais lugar para esta leitura e compreensão do fenômeno jurídico, pois que é sabido que as ciências jurídicas têm por objeto o estudo do Direito enquanto ente que pertence ao mundo do dever ser, e não ao mundo do ser, ao contrário das chamadas ciências da realidade, a exemplo da sociologia e da ciência política.

Hesse (1991, p. 11) discorda do entendimento de que as normas constitucionais expressam meramente relações fáticas de elevado grau de mutabilidade, pois, a prevalecer essa concepção, sua função seria unicamente a de constatar e comentar os fatos

criados pela realidade política. Se assim fosse, o direito constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, mas teria apenas a missão de justificar as relações de poder dominantes, o que seria indigno de qualquer ciência. Afirma que se a ciência da constituição adotar essa tese, passando a admitir a Constituição real como decisiva, restaria descaracterizada como ciência normativa, “operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política”.

Da segunda metade do século XX até os dias atuais tem sido grande o empenho dos juristas, mormente os constitucionalistas, na tarefa de construir uma teoria, apoiada em argumentos jurídicos sólidos, capaz de demonstrar que não pode sobreviver e ser prestigiada esta visão negativa da Constituição, que inclusive colide com a natureza das ciências jurídicas enquanto ciências normativas e, portanto, integrantes do mundo do dever ser, mas, pelo contrário, devendo ser vista como instrumento político-jurídico com força própria para regular, motivar e ordenar a vida do Estado, mesmo que seja imperioso reconhecer os limites de sua atuação. A partir daí surge a idéia da força normativa da Constituição, que vem sendo desenvolvida nas últimas décadas pelos constitucionalistas (HESSE, 1991, p. 11-13).

É preciso pelo menos tentar responder se existe ao lado do poder determinante das relações fáticas, outra força que determina o Direito Constitucional, ou se esta pretensa força não seria meramente uma ficção necessária para o constitucionalista, ao supor que a Constituição domina a vida do Estado, quando na realidade outros fatores mostram-se dominantes, já que, quando se trata de Direito Constitucional, ao contrário de outras esferas da ordem jurídica, não há uma garantia externa para a execução de seus preceitos (HESSE, 1991, p. 11-13).

Para que tenha força e prestígio e possa se desenvolver, a Constituição não pode ignorar a realidade histórica e cultural, devendo sim, tentar construir um Estado com base em premissas que respeitem a natureza das coisas, dando-lhes formas adequadas, já que a racionalidade que dita as normas constitucionais não tem o condão de criar novas substâncias, mas apenas pode empregá-las de determinadas formas em benefício do que se pretende alcançar. Não se pode, assim, pensar em autonomia da norma constitucional em face da realidade (HESSE, 1991, p. 11-13).

A Constituição se reveste de uma pretensão de eficácia, no sentido de produzir alterações da realidade, conformando-a aos seus escopos, e na medida em que tem aptidão e é bem sucedida nessa missão de concretamente realizar estas transformações, adquire força normativa, que está restrita a certos limites e possibilidades em sua realização. Há, assim, uma mútua e interdependente relação entre a realidade (mundo do ser) e a norma constitucional (mundo do dever ser).

Para Hesse (1991, p. 18), o princípio da necessidade deve determinar a norma constitucional para que se mostre eficaz, com aquisição de poder e prestígio. Dito de outro modo, a eficácia da Constituição tem assento na sua vinculação “às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva do complexo de relações da vida”.

A Constituição jurídica, por si mesma, nenhum efeito pode gerar, mas a sua normatividade, além de ser oriunda da adaptação à realidade de um contexto histórico, cultural, político, econômico e social, também reside em sua força ativa, consistente não apenas na determinação de realização de tarefas, mas em sua efetiva realização, e para isso

acontecer é necessário que haja disposição e vontade em orientar a conduta do Estado e das pessoas conforme a ordem estabelecida pela norma constitucional.

Nas palavras de Hesse (1991, p. 19), pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa “se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”.

Modernamente, prevalece o entendimento de que um conjunto de normas constitucionais forma um sistema, e como tal, é necessariamente ordenado, coeso, unitário e harmônico, sendo reconhecida a supremacia constitucional, característica esta que obsta ao intérprete a admissão de contradições internas. Mas, tendo em vista a necessidade de sua adaptação à realidade cultural, econômica, política, ideológica e social, o sistema constitucional é aberto, possibilitando uma constante revisão, até como solução para que não haja perda da força normativa das suas disposições.

Ao se tratar da normatividade da Constituição, enquanto força que se faz valer perante a sociedade e o Estado, pode-se dizer que se está, em certa medida, diante da questão da eficácia das normas constitucionais, enquanto condicionadora de condutas, tanto das pessoas em geral quanto das instituições do Estado.

Bonavides (2003, p. 225) entende que o problema da natureza e eficácia das normas constitucionais se vincula fortemente à determinação do teor doutrinário das Constituições, afirmando que “concebidas as Constituições numa dimensão histórica, como cumpre, somente esta ilumina e revela a essência de seus institutos básicos, bem como a finalidade suprema que buscam”.

A história do constitucionalismo revela que a teoria das Constituições levou à criação de um primeiro feixe de Constituições de inspiração jusnaturalista e de destacado conteúdo revolucionário, refletindo as concepções e os postulados obtidos pelos estudos da filosofia política e jurídica da época.

Para Bonavides (2003, p. 225-226), a rigidez das primeiras constituições refletia o sentimento de desconfiança contra o poder, típica do liberalismo clássico com sua doutrina de desvalorização da sociedade burguesa e individualista, adotando fórmula que dificultava modificações em seu conteúdo, mormente quanto à proteção conferida à liberdade e aos direitos humanos. A Constituição que resulta da fase contra-absolutista se apresenta qual conceito político e filosófico. “Só mais tarde, consolidadas as instituições liberais, tomou ele definida e nítida feição jurídica, espelhando o Estado de direito, apanágio do século XIX e da ideologia burguesa de superação do absolutismo”.

As Constituições de então continham declarações de direitos de caráter político e não jurídico, além de preâmbulos envoltos em preposições passionais, assemelhando-se a textos de literatura moral, religiosa ou política. Na segunda fase constitucional surgiram as Constituições liberais, abarcando os postulados e princípios básicos da burguesia, rompendo com as forças do passado, e que num segundo momento, impressionavam por serem modelos de concisão e objetividade, estabelecendo tão-somente a estrutura, a organização e a competência dos diversos órgãos do Estado, além de regularem na relação entre indivíduo e Estado a essência dos direitos fundamentais dizentes à capacidade civil e política dos sujeitos, enfim, os chamados direitos de liberdade. Essas Cartas demonstravam indiferença ao conteúdo e à substância das relações sociais (BONAVIDES, 2003, p. 227).

A crise do Estado liberal fez surgir as Constituições sociais, sendo emblemático o exemplo da Constituição de Weimar, de 1919. Ao contrário das Cartas do período do Estado liberal, que priorizavam o indivíduo, as Cartas pós Estado liberal privilegiavam a sociedade, buscando a reconciliação desta com o Estado. Os embates entre as teses da doutrina do Estado liberal, em decadência, e as teses produzidas pela doutrina do Estado social, em franca ascensão, fez nascer Cartas de conteúdo obscuro e contraditório, dificultando a sua normatização. O constitucionalismo social desde o seu nascimento é marcado pela instabilidade e pelo compromisso, tornando frágeis as bases das Constituições, levando-as, a partir da Primeira Guerra, a buscar formas de equilíbrio na ideologia do Estado social (BONAVIDES, 2003, p. 232).

O alicerce do Direito Constitucional, construído ao longo do século XIX, pelas Constituições do Estado liberal, desabou diante do expressivo e prioritário número de disposições programáticas dessas primeiras Constituições do Estado social, desmanchando o conceito jurídico de Constituição, que havia sido elaborado com árduo trabalho pelos primeiros constitucionalistas e juristas do positivismo. Estava ameaçada a concepção de norma constitucional imbuída de juridicidade, que a esta condição havia chegado depois de penoso e demorado trabalho dos juristas da época. Destarte, passou-se a questionar a eficácia das normas constitucionais, em intensos e profundos debates nunca antes vistos (BONAVIDES, 2003, p. 232-233).

São exemplos históricos as Constituições francesa de 1795 e alemã de 1919 na adoção de conteúdo programático nos sistemas políticos ocidentais. A primeira era um protótipo do Estado liberal e a segunda do Estado social. Ambas consolidavam as esperanças doutrinárias de suas épocas. A francesa reproduzindo o triunfo da sociedade sobre o Estado e,

a alemã, ao contrário disso, refletindo o triunfo do Estado sobre a sociedade, ou “pelo menos a sua já esboçada superioridade e preponderância” (BONAVIDES, 2003, p. 233-234).

O grande drama podia ser traduzido na dificuldade ou até mesmo impossibilidade de se passar do campo dos princípios abstratos e desprovidos de positividade para o campo das normas, de possível e concreta aplicação e exigibilidade, enquanto providas de conteúdo jurídico. Esta situação incômoda e aparentemente desvantajosa em relação às Constituições do Estado liberal, que se assentavam em bases normativas, gerou preocupação e estímulo para a tarefa de se buscar dar às normas ditas programáticas contempladas nesses documentos o traço de juridicidade e, como corolário lógico, a pretensão de eficácia que lhes faltavam.

As normas programáticas da época espelhavam direitos sociais que diziam respeito, por exemplo, às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência, representando novidade, eis que desconhecidos do Direito Constitucional clássico, sendo que a sua implementação, de modo a ser possível a sua aplicação direta e imediata, através da compreensão de que se tratava de direitos subjetivos, e como tais, podiam ser os efeitos pretendidos pela norma exigidos pelos seus destinatários, não era tarefa das mais fáceis. A concepção de que as normas desta natureza tinham caráter de programaticidade fez com que muitos estudiosos da época sustentassem que as mesmas transformavam a Constituição, em primeiro lugar, num texto político e de baixa densidade, dificultando o reconhecimento de sua juridicidade (AFONSO DA SILVA, 2003, p. 233-234).

A questão da normatividade das Constituições ainda não se encontra totalmente resolvida, havendo grande dificuldade ainda hoje em se determinar o caráter

jurídico ou meramente político das normas ditas programáticas, além do grau de eficácia e aplicabilidade dos preceitos constitucionais coloridos com este matiz.

Uma das grandes missões da doutrina constitucionalista dos tempos atuais, ainda em construção, é a reformulação do conceito jurídico de Constituição, para que esta seja concebida como um documento jurídico, mas evidentemente que também político, que possa de fato congrega um conjunto de valores e princípios que em sua integralidade sejam revestidos de normatividade jurídica, no sentido de serem portadores de eficácia, possibilitando sua imediata aplicabilidade, conferindo aos seus destinatários o direito de exigir que suas disposições sejam efetivamente respeitadas, cumpridas e obedecidas, inclusive para que o Estado seja compelido a um comportamento que se coadune com o desejo da Constituição em dotar a sociedade de direitos e garantias mínimos, voltados para o atendimento de suas necessidades no âmbito do trabalho, saúde, educação, moradia, lazer, segurança, previdência social, assistência aos desamparados e tutela da maternidade e da infância, dentre outros direitos de cunho social que possam ser objeto de proteção constitucional (Constituição, art. 6º).

Conforme bem lembrado por Bonavides (2004, p. 236-237), a corrente doutrinária mais idônea parece ser aquela que, em se tratando de Constituição rígida, reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas, pois que se não for assim resta inviável a proclamação da natureza jurídica da Constituição e, desde modo, ocorreria o rompimento de sua unidade normativa. Este autor cita Rui Barbosa, para quem não há numa Constituição proposições ociosas e sem força cogente. Entende que as normas programáticas devem ser compreendidas como normas jurídicas, ou seja, dotadas de eficácia e por isso suscetíveis de aplicação, o que contribui para conciliar os conceitos jurídico e político de Constituição, que são os maiores responsáveis pela crise histórica do constitucionalismo.

Tavares (2003, p. 84) perfilha do entendimento de que as normas constitucionais, em sua totalidade, são dotadas de normatividade, não distinguindo as programáticas daquelas não programáticas, como pode ser visto da seguinte passagem de sua obra, no capítulo em que trata da suas aplicabilidade e eficácia, mais particularmente de sua classificação:

[...] No âmbito constitucional [...] existem particularidades que justificam a preocupação com uma classificação específica. Assim, a força normativa da Constituição e sua supremacia impõem-se, necessariamente, na teoria que se pretenda adotar sobre o assunto. Aliás, convém observar que todas as normas constitucionais possuem força normativa, o que implica reconhecer-lhes, necessariamente, alguma sorte de eficácia, sempre.

Canotilho (2003, p. 1177) propõe seja abandonado o conceito clássico de normas programáticas, sob pena de se negar sua normatividade, para compreendê-las como iguais, nesse aspecto, a todas as demais normas consagradas pela Constituição. Entende ele que o sentido dessas normas não é aquele dado pela doutrina tradicional, de *meros programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador ou programas futuros*, sem qualquer vinculação jurídica. Embora faça advertência quanto ao grau de eficácia e exequibilidade de cada grupo ou espécie de regras e princípios constitucionais, que é variável, notadamente em face de sua maior ou menor aplicabilidade, muitas vezes direta e imediata, outras vezes dependentes de suplementação do poder político, ou mesmo de atos do legislativo, vaticina que:

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às normas programáticas, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre norma jurídica actual e norma programática (*aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz*): todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, ‘simples

declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor' (Garcia de Enterría). Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de 'aplicação directa' e em que medida é exequível por si mesma.

Portanto, ainda são válidas as conclusões de Hesse (1991, p. 24), quando sintetiza seu pensamento, defendendo que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, devendo harmonizar-se, e não se separar da realidade concreta do seu tempo, como a única alternativa para a realização de sua pretensão de eficácia e, mais que isso, não expressa apenas uma dada realidade, pois que graças ao seu elemento normativo, "ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)".

Hesse (1991, p. 24) sustenta que a intensidade da força normativa da Constituição é diretamente proporcional à convicção de sua inviolabilidade, apresentando-se em primeiro plano "como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)".

A normatividade em si dos princípios constitucionais, como visto, é, pois, algo admitido com certa tranquilidade pela doutrina contemporânea, amplamente predominante, que tem tratado do assunto. Ao se aceitar que as normas constitucionais, aí incluídos os princípios, são dotadas de eficácia jurídica, surgem alguns problemas, o que tem gerado alguma polêmica e divergência doutrinária. Não se trata mais de negar a normatividade dos princípios, nem de sua aceitação incondicional, nem mesmo de se fazer

distinção entre normas e princípios, senão entre regras e princípios. O que tem produzido discussões acaloradas é o problema em se saber em que medida se pode sustentar a geração de efeitos jurídicos diretos pelos princípios, e do mesmo modo, pelas regras constitucionais, sem a necessidade de regulamentação ou de complementação por meio de normas infraconstitucionais. Esses efeitos expressam a própria eficácia das disposições constitucionais, sejam princípios, sejam regras, isto é, tudo aquilo que é suscetível de ser extraído e exigido diretamente da Constituição.

Não é concebível sustentar que as disposições de uma Constituição tenham completa autonomia em relação à realidade em que foram concebidas, estabelecendo direitos que não podem ser de modo algum exigidos. A Constituição verdadeira, real, há que ter compromisso com aquilo que é viável de ser alcançado, seja pela ação dos particulares, seja pela atuação do poder público, em sentido amplo, compreendendo não apenas o legislativo, mas também o executivo e o judiciário, conforme as atribuições de cada um. Esta sintonia com o possível é essencial para que se desenhe um modelo de sociedade que se pretende ter, prevendo-se formas de sua transformação rumo a esse propósito, criando condições favoráveis e essenciais para que os objetivos almejados sejam atingidos, como caminho a ser percorrido até que se tenha uma sociedade concebida como ideal e justa. A compreensão do que seria uma sociedade que preencha esses requisitos obviamente está limitada ao que assim for estabelecido pela própria Constituição. Criar unicamente um catálogo de direitos fundamentais e não disponibilizar as ferramentas para que os mesmos sejam, dentro da lógica do razoável, efetivamente implantados, põe a Constituição sob o risco do descrédito e da desconfiança, levando ao seu contumaz desrespeito.

O poder de tornar efetiva e concreta toda força que emana das coisas, ditadas por sua natureza, tirando-a do estado de potência e a transformando em força atual, de modo a

influenciar e determinar a realidade política e social de uma dada sociedade, somente pode ser reconhecido na Constituição se esta se conformar com os meios possíveis de modificação da realidade, mas não se estiver em descompasso com esta regra, já que, por maior que seja o reconhecimento da normatividade das disposições constitucionais, a mesma não tem o condão de transformar uma realidade, por si só, independentemente da atuação do homem e da existência de condições que possam levar a esse resultado.

### **3.5 Interpretação das Normas Constitucionais em Geral**

A necessidade de interpretação da Constituição é reconhecida pela doutrina, sem divergência, como de resto de toda e qualquer norma jurídica, para estabelecer seu verdadeiro significado e alcance, visando sempre sua correta e eficaz aplicação, o que ganha especial relevo quando se trata de interpretar direitos fundamentais constitucionalizados, determinando-se os limites e circunstâncias de sua aplicação, além dos métodos mais adequados a essa missão, que reconhecidamente, como será visto, não podem ser os mesmos empregados pela hermenêutica voltada à interpretação dos direitos de natureza privada, particularmente o direito civil.

Cumprida a tarefa relativa à conceituação da Constituição, a defesa de sua força normativa e explicitado o seu conteúdo, formado por regras, princípios e garantias, faz-se mister traçar algumas considerações dizes à imprescindibilidade de sua interpretação, com o escopo de identificar o real significado e alcance de suas prescrições. Não se duvida de que a interpretação da Constituição é extremamente importante. Nos últimos tempos têm

surgido novos métodos de hermenêutica constitucional, propiciando melhor compreensão do sentido das normas constitucionais e com isso viabilizando a ampliação de sua aplicação.

Miranda (2003, p. 448) sustenta que a interpretação é necessária tanto para a lei como para a Constituição, como única possibilidade de se passar da leitura política, ideológica ou empírica para uma leitura jurídica da Constituição. Prega que só através da interpretação, partindo-se da letra, mas indo além, é possível encontrar a norma ou o seu significado, não se admitindo aplicação sem interpretação, e esta somente tem sentido se posta a serviço daquela.

Para Bonavides (2004, p. 458), a valorização dos modernos métodos de interpretação teve acentuado crescimento em virtude das transformações por que passou o constitucionalismo clássico, desde o surgimento de princípios de índole declaradamente social.

Na interpretação jurídica, que ocorre através de operação intelectual das disposições normativas, o operador do Direito extrai determinado e específico conteúdo, nela havendo sim, a interferência do elemento volitivo, possuindo certa carga de subjetivismo. Na interpretação não há a valência verdadeiro-falso, que pertence às ciências exatas, pois, o direito é uma ciência convencional, admitindo a mutação de sua interpretação, sem que isso importe em reconhecer que a anterior era verdadeira e, a partir da posterior, passou a ser falsa (TAVARES, 2003, p. 74).

Esta assertiva significa que a norma jurídica, uma vez interpretada, pode apontar para mais de um conteúdo, dependendo do método que for empregado e da habilidade em manejá-lo, além da influência de fatores subjetivos e da própria vontade do exegeta, ou ainda, a interpretação da mesma norma jurídica levada a cabo por mais de um intérprete, ou

até mesmo quando interpretada em associação a diferentes contextos, ainda que o método utilizado seja o mesmo, pode-se encontrar mais de um conteúdo concreto e específico, sem que estas circunstâncias denunciem existir apenas uma interpretação verdadeira, sendo as demais falsas, a ponto de ser aplicado apenas o primeiro resultado, afastando-se os demais.

O Direito comporta uma análise da perspectiva de uma ciência da linguagem, revelando-se através desta, e sendo assim, sua interpretação deve ser presidida por certas regras orientativas, o que também se sucede com o Direito Constitucional, que deve respeitar as possibilidades semânticas, ainda que o método eleito não seja o literal ou gramatical, sem dúvida o mais pobre de todos aqueles meios disponibilizados pela hermenêutica jurídica, mas que deve servir de referencial obrigatório ao intérprete, não devendo ser ignorado. Para Ferrara (1987, p. 139), o método literal constitui o primeiro estágio da interpretação, sustentando que o texto da lei constitui “o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramaticais”.

Aqui, relevante a posição de Tavares (2003, p. 74-75), ao aduzir a obrigatoriedade de observância de orientações gerais, e como primeira delas “tem-se que a interpretação do Direito não é alheia às regras que presidem a interpretação lingüística na qual deve operar-se”, lembrando que:

A interpretação sistemática decorre da consideração de que o Direito é um ordenamento e, mais do que isso, um verdadeiro sistema de normas. A partir dessa concepção tem-se que o Direito não tolera contradições, devendo ser considerado como um conjunto coeso e coerente. A possibilidade de analogia parte exatamente desse pressuposto, ou seja, da coerência do Direito. Assim, a unidade do Direito é um pressuposto com que deve atuar o intérprete, não podendo desempenhar sua atividade sem admiti-la, sob pena de mal

desempenhar sua função. A unidade do Direito é o resultado da força da Constituição. Isto porque o intérprete é obrigado a partir sempre das normas constitucionais, adequando, sempre que necessário, as normas infraconstitucionais ao conteúdo específico da Constituição. Daí decorre, inclusive, a denominada interpretação conforme a Constituição, uma das mais relevantes orientações interpretativas.

Cada área do Direito enseja a escolha de métodos adequados de interpretação. Ocupando a Constituição o lugar mais alto na pirâmide da hierarquia das normas jurídicas, natural que haja necessidade de se eleger métodos interpretativos apropriados à sua importância, notadamente se for levado em consideração que a fixação do significado e da extensão de suas disposições acarreta sérias conseqüências na interpretação das normas infraconstitucionais, dado o princípio da supremacia da Constituição, a orientar o intérprete sempre a buscar os resultados que mais se aproximam e se harmonizam com as normas constitucionais, e ainda, havendo reconhecimento em doutrina de que há uma jurisdição chamada constitucional, que tem por finalidade fazer valer a Constituição, extraindo eficácia diretamente de seus preceitos, sem se perquirir da essencialidade de regulamentação pela via legislativa ordinária, mais se reforça esse modo de compreender a hermenêutica constitucional.

Dentre as particularidades que justificam métodos próprios de interpretação da Constituição, apontados pelos autores que têm tratado desse tema, têm-se os seguintes: a jurisdição constitucional; a supremacia da Constituição; a utilização de normas abstratas, de princípios; o tratamento dos direitos fundamentais e dos poderes; e a regulamentação da esfera política (TAVARES, 2003, p. 75).

As Constituições rígidas, como a brasileira, que assim é qualificada em razão de estabelecer processo legislativo mais rigoroso para a sua modificação, sendo exemplo

lapidar as chamadas cláusulas pétreas, imodificáveis pela via do poder constituinte derivado, e que em relação às demais disposições estabelece critérios formais solenes e exigência de um *quorum* maior para a aprovação de alterações em seu texto, o que se dá através de emendas, quanto mais se apresentam com esta característica, mais qualificada interpretação exigem, como um meio para que possam dialogar, por assim dizer, com a realidade que as circundam, demonstrando aptidão para adaptação às novas exigências, sem que se torne imperioso a revogação de suas prescrições, ou o que talvez seja pior, o abandono a indispensável obediência enquanto entendida como documento jurídico fundamental ao Estado de direito, e nesse sentido, exerce fundamental importância a hermenêutica constitucional, buscando encontrar conteúdos que tornem possível esta comunicação da Constituição jurídica com o meio social e político, sem se abdicar da sua essência, além de preservar sua capacidade de se manter em contato permanente com a chamada Constituição real.

A interpretação pode trazer resultados surpreendentes quanto a alteração de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de modificação do seu teor, fazendo com que o emprego de mecanismos interpretativos adequados combine a preservação da Constituição com o reconhecimento das atuais exigências ditadas pela realidade social (BONAVIDES, 2003, p. 459).

O tema da interpretação da Constituição também é tratado de forma ampla por Canotilho (2003, p. 1197-1198), que primeiramente faz um resumo das correntes doutrinárias européias e norte americanas que na terminologia empregada se classificam como interpretativistas e não interpretativistas, correspondendo àquelas que no Brasil são mais conhecidas por procedimentalistas e substancialistas, respectivamente, fazendo sua comparação com a doutrina alemã que se divide em correntes que pregam o método científico-espiritual e o método jurídico. Canotilho declara expressamente sua preferência

pela corrente não interpretativista ou substancialista que, em sua ótica, é a única que se harmoniza com a teoria da estrutura sistêmica, desenvolvida em sua obra, que se caracteriza pelo entendimento de que a Constituição é um sistema aberto de regras, princípios e procedimentos, alertando, todavia, que “não se defende uma concepção exclusivamente ‘principal’ nem se adere a um fundamentalismo valorativo (‘ordem de valores’, ‘melhor teoria’), postulador de uma ‘leitura ética’ (*moral reading*) da constituição”.

A importância da interpretação da Constituição, com sugestões a diversos métodos, também é salientada por Bastos (1989, p. 96-100), que inicia o texto que cuida desse assunto diferenciando interpretação (extrair significados, buscar o sentido da norma), integração (colmatação das lacunas) e aplicação (realizar o preceito), mas concordando que as três modalidades se apresentam em certo grau de conexidade e afinidade, justificando estudo concentrado em uma só unidade. Destaca que uma das regras de interpretação que se deve obedecer é a da unidade da Constituição, e em seguida, indica mais dois princípios a serem observados: (1) todas as normas da Constituição são dotadas de juridicidade, produzindo algum tipo de efeito e, (2) os conceitos exógenos presentes na Constituição, isto é, emprestados de outros ramos do Direito, ou mesmo do campo extrajurídico, “devem ser interpretados no sentido que adquirem por força desta nova inserção sistemática”. Particularmente útil a observação que faz sobre o princípio da unidade da Constituição, assim:

É necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações de preceitos e princípios, até chegar a uma vontade unitária da Constituição. Ele terá de evitar as contradições, antagonismos e antinomias. As Constituições compromissórias sobretudo, apresentam princípios que expressam ideologias diferentes. Se, portanto, do ponto de vista estritamente lógico, elas podem encerrar verdadeiras contradições, do ponto de vista jurídico são sem dúvida passíveis de harmonização desde que se utilizem as técnicas próprias de direito (BASTOS, 1989, p. 96-100).

A Constituição, então, há que ser interpretada, alcançando esta tarefa todas as regras e princípios de que é composta, dentre várias razões, especialmente para se extrair o significado de cada preceito, o seu alcance, os efeitos que podem gerar e a sua eficácia constitucional, como elementos essenciais para a concretização dos valores constitucionais, realizando no plano fático o que está contemplado apenas abstratamente no plano normativo.

#### **4 DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

As normas em geral, as constitucionais em particular, apresentam-se no mundo jurídico como vigentes e válidas, uma vez cumpridas todas as exigências previamente estabelecidas para o processo de sua elaboração e publicação, mas nem sempre são socialmente eficazes ou efetivas, embora dotadas de eficácia no âmbito técnico-jurídico, sendo útil à concepção do acesso à justiça, estudado como direito fundamental garantido pela Constituição, conhecer o que se pode compreender por eficácia jurídica, suas modalidades e as distinções entre elas, além de diferenciar as regras e princípios quando se cuida de reconhecer àquelas e a esses as modalidades de eficácia jurídica possíveis de serem aplicadas, em caso de violação do seu comando.

A questão relativa a eficácia das normas constitucionais, isto é, regras e princípios, constitui tema que suscita controvérsias as mais diversas, pois, não há concordância em doutrina sobre sua aptidão para gerar efeitos diretos, sem a intermediação concretizadora do legislador, da administração pública ou do próprio Judiciário, conforme sua natureza, e mesmo aqueles que a vislumbra, fazem ressalvas quanto à sua plenitude, outros admitem-na em algumas normas e não para outras.

#### 4.1 Conceito de Eficácia Jurídica

Convém fixar, inicialmente, certo conceito de eficácia jurídica, viabilizando o desenvolvimento do tema. Eficácia jurídica pode ser conceituada como a aptidão de que se reveste a norma para produzir o efeito que dela é esperado. Trata-se de uma característica própria da norma jurídica, propiciando ou não o surgimento espontâneo dos seus efeitos e, quando não verificados, habilita o titular do direito a exigí-los judicialmente, com motivação justamente na norma cujas conseqüências esperadas não se realizaram voluntariamente.

A eficácia da norma jurídica e sua aplicabilidade possuem íntima conexão, pois que somente é aplicável a norma que se reveste de eficácia.

Como bem lembrado por Afonso da Silva (2004, p. 60): “Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. [...] Eficácia e aplicabilidade, [...] aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”, distinguindo entre eficácia jurídica e eficácia social, esta última também denominada de efetividade da norma jurídica. Explica que eficácia social “designa efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada”.

Para Teixeira (1991, p. 289), a eficácia jurídica da norma designa “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, as relações e comportamentos de que cogita”.

A palavra ‘eficácia’ possui dois sentidos diversos e independentes um do outro, pois que “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social” (AFONSO DA SILVA, 2004a, p. 66).

Diniz (2003, p. 31 e 38) não diverge desse entendimento, ao deixar clarificado o significado de eficácia, tanto em sua acepção de efetividade ou eficácia social, como em acepção estritamente jurídica. Associa a questão da eficácia jurídica (sentido técnico) à possibilidade da norma de ser aplicada, de exercer, ou produzir, seus próprios efeitos jurídicos, “porque se cumpriram as condições para isto exigidas (eficácia jurídica), sem que haja qualquer relação de dependência da sua observância, ou não, pelos seus destinatários”. Quanto à eficácia social ou efetividade da norma jurídica, para Diniz, a mesma refere-se ao fato de “se saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem ou não, os comandos jurídicos, se os aplicam ou não”. Prossegue, para exemplificar com os casos de edição de normas pelo órgão competente que violentam a consciência coletiva, e assim, por esta razão, não são cumpridas espontaneamente por seus destinatários, “só logrando, por isso, ser cumpridas de modo compulsório, a não ser quando caírem em desuso; conseqüentemente, têm vigência, mas não possuem eficácia (eficácia social)”.

Mais adiante, referindo-se especificamente à norma constitucional, Diniz (2003, p. 38) afirma: “[...] A eficácia seria a aptidão técnica [...] para produzir efeitos jurídicos. [...] Eficácia jurídica indica, tão-somente, a mera possibilidade da aplicação da norma”. Para Reis (2003, p. 78-79), porém:

A eficácia do ato jurídico consiste na realização do efeito jurídico mediante o qual deve cumprir-se a função própria do ato, isto é, a

realização de seu efeito final. Não é exato defini-la como mera idoneidade ou aptidão para produzir efeitos jurídicos. [...] *Eficácia é a força jurídica em ato, em ação, e não só aptidão e potência.* O ato ou norma jurídica não é eficaz se apenas tem a possibilidade de produzir efeitos. [...] A eficácia situa-se em plano anterior ao da *efetividade* ou *eficácia social* [...]. Tudo o que se qualifica como ‘conseqüência jurídica’ pertence ao mundo da eficácia – ou *vigência normativa*, como quer Larenz – e não ao da efetividade. [...] Os efeitos jurídicos já estão definitivamente deflagrados se a norma ou ato jurídico é eficaz. [...] Eficácia não é mera aptidão para a produção de efeitos jurídicos, mas a produção, em si mesma, de tais efeitos.

Para Gusmão (2004, p. 62-63) a eficácia da norma jurídica não implica tão-somente na mera possibilidade de vir a gerar efeitos, mas sim, na sua efetiva observância, atingindo sua finalidade, impondo sua aplicação compulsória, em caso contrário, pelos órgãos competentes para tal.

Bobbio (2003, p. 45-47) parece se contentar em estudar a eficácia das normas jurídicas da perspectiva de seu cumprimento, relacionando-a com a efetiva produção dos efeitos pré-estabelecidos no mundo dos fatos, sem empregar a tradicional dicotomia estabelecida entre eficácia jurídica e eficácia social (ou efetividade), ao comentá-la da seguinte forma:

O problema da eficácia jurídica nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade [...]. O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida [...] e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou.

As classificações existentes na doutrina acerca da eficácia das normas constitucionais serão tratadas em item específico na seqüência desse estudo, podendo ser adiantado, desde já, que constituem matéria que apresenta elevado grau de polêmica e divergências. O objetivo declarado deste tópico é unicamente fornecer uma noção - pelo menos - de eficácia jurídica, aproximando-se do que seja um conceito, por mais imperfeito que seja. Importante, além disso, é ficar reconhecido, com base na doutrina, conforme entendimentos anteriormente reproduzidos, que as normas constitucionais possuem certo grau de determinabilidade capaz de produzir os efeitos que delas são esperados, no âmbito das relações privadas e públicas, às vezes por via indireta, às vezes diretamente. Há, assim, aptidão para gerar efeitos jurídicos, ainda que esses não se realizem, o que significaria falta de eficácia social, ou de efetividade das sobreditas normas.

#### **4.2 Espécies de Eficácia Jurídica**

Pretendendo a norma produzir efeitos jurídicos, e tal não ocorrendo naturalmente, sendo irrelevante identificar a causa da inconcretização, seria lógico que o seu titular, uma vez delimitados aqueles, pudesse exigi-los judicialmente, exatamente como contemplados pela norma, de forma que a decisão que fosse proferida pudesse ter o condão de produzir esses efeitos independentemente da vontade de quem estivesse obrigado a suportá-los, impondo-os coativamente.

Nem sempre a eficácia atribuída pelo ordenamento jurídico é coincidente com aquela inicialmente prevista para a realização do efeito jurídico pretendido pela norma.

Num contrato de compra e venda, uma vez entregue o bem e cumpridas pelo vendedor as demais condições estipuladas, mas não recebendo este o preço ajustado, pode exigi-lo judicialmente do comprador. Este é o efeito natural constante da norma.

Porém, em outras situações, uma vez inadimplida a obrigação, o ordenamento jurídico fixa consequência distinta, específica para dado caso, ou ainda, agrega à eficácia dita normal, outras espécies de eficácia jurídica, como se sucede com a cominação de penalidades ou de responsabilização direta de autoridade pública que deixa de cumprir dever constitucional, sendo emblemático o exemplo do artigo 208, § 2º, da Constituição da República.

A eficácia associada às normas jurídicas decorre diretamente da lei ou deriva de soluções desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, sempre com amparo no direito positivo, resultando em mais de uma modalidade de eficácia jurídica, sem que haja uma única razão para explicar este fenômeno. A realidade social, política, cultural e econômica, dentre outras perspectivas, tornam as relações entre os indivíduos cada vez mais complexas, repercutindo na experiência jurídica, exigindo do Direito o desenvolvimento de formas também mais complexas.

Em outras circunstâncias, não há como desejar que o efeito jurídico pretendido pela norma seja preservado depois de violada, como se sucede com a norma que ao punir o homicida tem o propósito de desestimular que a vida humana seja ceifada pelo comportamento de outrem, ou ainda, a norma que exige autorização dos pais ou responsáveis para que menores possam se casar, quando descumprida e desta relação nascem filhos, pois que verificados efeitos contrários aos desejados pela norma jurídica, e sendo impossível

reconstituir o estado de fato anterior a eles, outras modalidades de eficácia devem ser contempladas pela ordem jurídica.

É possível estabelecer a descrição e a classificação das diversas espécies de eficácia atribuídas às normas jurídicas, ordenando-as conforme um critério de hierarquia, a despeito de não compartilharem de uma só natureza, pelo qual ocupa o ponto mais elevado a espécie de eficácia capaz de realizar exatamente o efeito pretendido pela norma, e localizando-se no degrau mais baixo da escala hierárquica, a espécie de eficácia mais frágil.

Adota-se nesse trabalho o elenco de modalidades sugerido por Barcellos (2002, p. 61), assim como, algumas de suas considerações, em sua dissertação de mestrado, no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em ordem decrescente de consistência, em rol que não é exaustivo, mas tem a vantagem de oferecer um quadro bastante amplo, podem ser identificadas as seguintes categorias de eficácia jurídica: (a) positiva ou perfeitamente simétrica; (b) nulidade; (c) ineficácia; (d) anulabilidade; (e) negativa; (f) proibitiva do retrocesso; (g) penalidade; (h) interpretativa; e (i) outras. Ressalte-se ser possível associação a uma norma de mais de uma modalidade de eficácia jurídica.

#### 4.2.1 Positiva ou Perfeitamente Simétrica

A eficácia positiva ou perfeitamente simétrica significa que os efeitos pretendidos pela norma jurídica, uma vez não realizados espontaneamente, podem ser exigidos judicialmente pelos seus destinatários exatamente como previstos, como se pode ilustrar com a norma que fixa a multa moratória em no máximo dois por cento do valor da obrigação, quando se está diante de um contrato que a estipule em percentual maior, ou ainda, quando há comprovação de acontecimentos que justificam a aplicação da teoria da imprevisão, para reequilibrar a relação contratual, evitando-se que haja o enriquecimento sem causa de um dos contratantes em detrimento da contraparte, sem que esta tenha dado causa ao desequilíbrio, como se observa do artigo 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90. Nesse caso, há uma perfeita identificação entre os efeitos pretendidos pela norma e a eficácia que lhe é reconhecida. Para Barcellos (2002, p. 62):

A espécie de eficácia jurídica associada a tais normas, e a muitas outras, utiliza a fórmula de criar um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos da norma e não o foi, de modo que ele possa exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam. [...] Se o Estado de direito pressupõe a capacidade de impor coativamente as determinações estabelecidas pela ordem jurídica, a eficácia simétrica ou positiva é o instrumento que melhor realiza esse desiderato. Exatamente por esse motivo é que ela deverá ser a eficácia associada, como regra, às normas em geral, salvo quando haja alguma razão específica em contrário.

Destarte, percebe-se que na escala hierárquica ora adotada, de consistência decrescente, a eficácia simétrica ocupa lugar de destaque, figurando em primeiro lugar.

#### 4.2.2 Nulidade

Nulo é o ato jurídico que não se reveste de todos os requisitos de validade previamente estabelecidos pelo direito positivo, e sendo assim, quando a nulidade é fixada pela ordem jurídica como modalidade de eficácia associada a determinada norma, aproxima-se em termos de consistência da eficácia positiva, se considerada do enfoque de sua idoneidade para impedir a realização de efeitos não desejados pela norma, e desse modo, alcançar o efeito pretendido por esta. Declarada judicialmente a invalidade dos atos praticados em desconformidade com a norma jurídica, esta se mantém íntegra em toda sua extensão. A limitação que se deve apontar nesta espécie de eficácia jurídica refere-se ao fato de que não se declara a nulidade de conduta omissiva, sendo imprescindível que se trate de uma conduta comissiva, em que pese ser considerada violação da norma a omissão que obsta a realização de seus efeitos. Nesse sentido o entendimento de Barcellos (2002, p. 63-64): “A nulidade, entretanto, pressupõe a prática comissiva de um ato infrator; não há nulidade do ato omissivo, ainda que a omissão represente a violação da norma [...]”.

A nulidade, assim, enquanto espécie de eficácia jurídica, que leva à invalidade do ato praticado em desconformidade com a norma jurídica, não é apropriada para resolver o problema da ilicitude do ato quando se tratar exclusivamente de omissão.

### 4.2.3 Ineficácia

Cuida-se daquelas situações em que o ato jurídico tem existência e validade, mas não produz efeitos, por consideração ao ordenamento jurídico que assim prescreve como consequência pela desconformidade daquele com este. Os efeitos porventura produzidos no plano dos fatos devem ser ignorados, não obtendo a tutela da ordem jurídica. Ilustra-se com as normas relativas à fraude a execução, em que o negócio jurídico traduzido pela alienação do bem pelo devedor, nos casos contemplados pela lei (artigo 593, incisos I a III, do CPC), é considerado ineficaz frente ao credor cuja garantia era justamente o bem alienado. Ou seja, os atos que importaram na transferência do bem da esfera patrimonial do devedor a um terceiro, têm existência e validade, gerando consequências jurídicas entre o vendedor e o adquirente, mas são irrelevantes para o credor, que poderá exigir a constrição do referido bem, em demanda de execução, assim como sua expropriação judicial, para ver satisfeito seu crédito. As normas que regulam esta situação conferem proteção ao exequente, ao lhe assegurar que a garantia do crédito reconhecido judicialmente é o patrimônio do devedor, impedindo que este se desfaça daquele e exima-se do cumprimento da obrigação. Mais uma vez, não se tem solução, pela incidência da eficácia traduzida pela invalidade dos atos em desconformidade com a ordem jurídica, quando se trata de omissão.

#### **4.2.4 Anulabilidade ou Nulidade Relativa**

Esta eficácia jurídica também tem por escopo impedir que os efeitos pretendidos pelas partes com a prática do ato sejam produzidos quando em contrariedade à norma jurídica, configurando-se uma espécie de invalidade, embora sem a mesma amplitude da nulidade, porque cercada de uma série de restrições quanto à sua utilização pelo interessado. Daí porque se qualifica como nulidade relativa.

Podem ser citadas como algumas dessas limitações, com base nos artigos 138 a 165, do Código Civil de 2002: prazo relativamente curto para que a nulidade do ato seja requerida judicialmente, sob pena de convalidação; reduzido rol de legitimados para a postulação judicial; e impossibilidade de pronunciamento de ofício pelo juiz (DINIZ, 2002, p. 133-156). Restringe-se sua aplicação ao comportamento comissivo, não alcançando aqueles casos de mera omissão (BARCELLOS, 2002, p. 65-66).

#### **4.2.5 Eficácia Negativa**

A eficácia negativa deriva de construção doutrinária, sendo aplicável em particular aos princípios constitucionais, autorizando a declaração de invalidade de todos os atos que estejam em contraste com os efeitos pretendidos pela norma. Tem-se por finalidade assegurar a efetivação do efeito desejado pelo princípio, mormente quando se está diante da transgressão de princípio de direito abraçado pela Constituição.

O primeiro passo para aplicação dessa eficácia é a identificação dos efeitos pretendidos pela regra ou pelo princípio, viabilizando-se a conclusão pela violação desses efeitos pelo ato jurídico ou por outra norma jurídica, cuja invalidade, a partir daí, se de fato divergente com aqueles, deve ser reconhecida.

Situando-se a questão na seara dos princípios, aumenta-se o grau de dificuldade, pois que esses são dotados de elevado grau de abstração e indeterminação, como visto anteriormente. Todavia, os princípios possuem um núcleo do qual se irradiam efeitos jurídicos, circunstância esta que torna possível a eficácia negativa dos atos em desconformidade com esses efeitos jurídicos almejados. Barcellos (2002, p. 67) oferece o seguinte exemplo:

Tome-se o princípio da dignidade da pessoa humana e imagine-se a situação totalmente insólita de uma lei estabelecendo que um determinado grupo de pessoas não pode ser alfabetizado nem pode comprar ou alugar qualquer espécie de imóvel no território nacional. Desconsiderando-se outros princípios e regras constitucionais que também seriam violados, não há dúvida de que a eficácia negativa do princípio da dignidade da pessoa humana conduziria tal norma à invalidade. E por quê? Porque, ao menos de acordo com o consenso social mais elementar, uma norma desse teor estaria afrontando aspectos por demais básicos da dignidade humana. Como já ficou registrado anteriormente, a idéia do núcleo mínimo de efeitos se encontra subjacente à aplicação da eficácia negativa, generalizadamente aceita pela doutrina.

Nesta modalidade de eficácia, assim como em relação as anteriores já tratadas, o que se tem por alvo é uma conduta comissiva, restando inócua em relação a condutas omissivas.

#### 4.2.6 Proibitiva de Retrocesso

A modalidade de eficácia jurídica que proíbe o retrocesso não está positivada em nenhuma norma do ordenamento jurídico, decorrendo de construção doutrinária e, sendo assim, não é dotada de sanção a ponto de se atribuir a alguém o direito de exigí-la judicialmente, pois que a vedação de retrocesso tem em consideração regras e princípios constitucionais, notadamente aqueles consagradores de direitos e garantias fundamentais, cuja implementação ocorre pela via da legislação infraconstitucional, à qual compete a função de dar às normas previstas de forma abstrata e genérica pela Constituição a devida concretude, viabilizando sua obediência e tornando lícito exigir judicialmente o seu cumprimento. Nesta trilha, o que se pretende com esta modalidade de eficácia jurídica é a declaração de invalidade de normas e atos que tenham por propósito a revogação de avanços alcançados por meio de normas e atos anteriores editados para regulamentar os princípios fundamentais contemplados na Constituição.

Entende-se que as vantagens são incorporadas por intermédio dessas normas infraconstitucionais ao patrimônio jurídico de todos os seus destinatários e desde modo tornam-se insuscetíveis de extinção pura e simples por normas jurídicas posteriores, sem que seja estabelecido um sistema de compensação.

A eficácia vedativa de retrocesso, logicamente, além de pressupor que os direitos fundamentais são efetivados em virtude de uma regulamentação por normas infraconstitucionais, também pressupõe que um dos efeitos pretendidos pelo direito constitucional é não só a implementação como a ampliação gradativa daqueles. O § 2º, do

artigo 5º, e o *caput* do artigo 7º, da Constituição de 1988 parecem evidenciar com certa tranqüilidade este propósito do direito constitucional.

Como observado com precisão por Barcellos (2002, p. 69): “A invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar”.

Esta modalidade de eficácia jurídica atua no plano da validade das normas e ainda é objeto de controvérsias doutrinárias, como bem pode ser observado das lições de Vieira de Andrade (1998, p. 311 e 397):

O princípio da proibição do retrocesso, enquanto determinante heterônoma vinculativa para o legislador implicaria, bem vistas as coisas, a elevação das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais a direito constitucional. [...] De fato, aceitamos um processo de transformação constitucionalizante de normas de direito legal, baseado na ‘consciência jurídica geral’, pois entendemos a Constituição suscetível de evolução, incluindo aí a possibilidade de, ao nível constitucional, se vir a densificar (determinar) o conteúdo dos preceitos. Contudo, isso não implica a aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso, nem uma ‘eficácia irradiante’ dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um ‘bloco constitucional dirigente’. A proibição do retrocesso não pode constituir um princípio geral nesta matéria, sob pena de destruir a autonomia da função legislativa [...].

O legislador está vinculado aos propósitos da Constituição, e sendo assim, não lhe é lícito editar normas que contrariem aqueles, e tratando-se de princípios gerais e abstratos, cujo conteúdo depende da atuação do legislador infraconstitucional, este não pode na atividade que lhe é própria contrariar a Constituição, mesmo que se admita que não há como exigir-lhe judicialmente que dê concretude aos referidos princípios gerais, de conteúdo indeterminado, porém, se elabora norma jurídica regulamentando o princípio constitucional,

tornando-o aplicável diretamente nas relações jurídicas intersubjetivas, apregoa-se que não poderá ele em outro momento excluir esta norma regulamentadora e nada colocar em sua substituição, voltando em vez de avançar, nessa trajetória desejada pela Constituição.

Pallieri (1955, p. 322), a respeito especificamente a um dos efeitos das normas programáticas, que consagra a eficácia consistente na cláusula do não retrocesso das normas infraconstitucionais, leciona que as mesmas:

Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constranger, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a quanto a constituição comanda. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás.

A propósito do princípio de vedação do retrocesso, robusta a lição de Canotilho (2003, p. 339-340):

O princípio da *proibição de retrocesso social* pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um 'status quo' social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Cabe a ressalva, entretanto, de que a eficácia vedativa do retrocesso não implica em se sustentar que não seja legítimo ao legislador substituir uma norma por outra que entenda mais adequada e eficaz para se atingir o propósito constitucional, pois, o que se questiona é a simples modificação de uma situação criada anteriormente, deixando o princípio constitucional sem possibilidade de aplicação efetiva, ou seja, esvaziando-o completamente. Por derradeiro, vale a observação de que esta espécie de eficácia, que leva a invalidade da norma ou ato posterior que revoga uma situação mais vantajosa e nada se coloca em seu lugar, não serve para impugnar o comportamento por omissão.

As modalidades de eficácia jurídica tratadas até aqui, em número de seis, são qualificadas como de eficácia direta, porque permitem que se exija judicialmente exatamente a realização dos efeitos pretendidos ou então propiciam que se impeça a produção de efeitos indesejados pela norma constitucional. As modalidades que serão estudadas na seqüência são tidas por indiretas, uma vez que não permitem que seja atingida a mesma consequência que as anteriores, mas somente indiretamente contribuem para que os efeitos pretendidos pela norma sejam realizados ou que aqueles não desejados por esta não se realizem ou se consolidem.

#### **4.2.7 Penalidade**

Bastante antiga é a idéia de se aplicar ao sujeito que viola o comando normativo uma penalidade, que não tem força para obrigar o agente a se conduzir conforme é prescrito pela norma jurídica, senão como elemento de incentivo, que serve de motivação para

que se comporte conforme o que é prescrito para evitar ser penalizado com a sanção estabelecida.

Kelsen (2003, p. 38) entende que a coação representada pela sanção contida na norma jurídica é elemento acidental e não essencial ao Direito, consistindo em mera possibilidade de se obrigar o sujeito a se comportar conforme o previsto pela norma jurídica, uma vez que a conduta pretendida por esta pode ocorrer espontaneamente com base em outras motivações, que não o receio de ser penalizado com a sanção estatuída na norma jurídica. Em geral, a penalidade é empregada quando não é possível a aplicação de nenhuma outra modalidade mais consistente, sendo que nos dias atuais, a despeito da preferência dada à tutela específica, sempre que isso seja possível, há uma tendência em cumular a concessão do bem da vida e a penalidade (punição ao devedor), como medida pedagógica, desestimulando o infrator a reiterar a violação da norma (BARCELLOS, 2002, p. 71-72).

A conversão das obrigações em perdas e danos somente é admissível quando o autor a requerer ou quando se tornar impossível o cumprimento da obrigação específica, prevendo o Código de Processo Civil, no artigo 461, e §§, que em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer “o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se for procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (CAHALI, 2004, p. 650-651).

A possibilidade de conversão da obrigação específica em perdas e danos, nos dois casos antes mencionados, encontra-se regulada pelo § 1º, do aludido artigo, ao passo que o § 5º, prevê as medidas que poderão ser determinadas pelo juiz, de ofício ou mediante requerimento da parte, “para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente” (CAHALI, 2004, p. 650-651).

No Direito Penal a eficácia associada à norma jurídica, porque na presença de um comportamento em desacordo com o Direito, é unicamente a aplicação ao infrator de uma pena pelo cometimento do delito, do mesmo modo que se sucede como consequência do julgamento de procedência nos processos de apuração de crimes de responsabilidade de autoridades públicas, em particular do Presidente da República, conforme é regulado pelos artigos 85 e 86, da Constituição.

As penas estabelecidas são as de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública, por até oito anos, como se observa do artigo 2º, da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950 e artigo 52, parágrafo único, da Constituição da República.

#### **4.2.8 Interpretativa**

Esta modalidade de eficácia jurídica importa em reconhecer a possibilidade de se exigir judicialmente que determinadas normas sejam interpretadas de acordo com outras normas hierarquicamente superiores a que estão vinculadas, como se dá entre os regulamentos e a lei e entre as normas infraconstitucionais e a normas constitucionais. Este método de atribuição de eficácia interpretativa privilegia sempre as normas que se encontram em posição mais elevada nesta escala hierárquica. Mas não somente este é o critério, na medida em que se reconhece que internamente à Constituição, muito embora não haja hierarquia entre regras e princípios, uns não se sujeitando aos outros, é lição doutrinária assente de que os princípios gozam de certa ascendência axiológica em relação às demais disposições constitucionais, isto é, sendo portadores de valores que são eleitos como importantes para a sociedade em dada

época e, assim, irradiando sua força em toda a ordem constitucional, de modo a influenciar e condicionar a formulação das demais regras jurídicas, o que se dá inclusive levando-se em conta o princípio da unidade da Constituição.

Afonso da Silva (2004b, p. 157), escrevendo sobre a importância fundamental das normas programáticas, enquanto entendidas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica, afirma que as mesmas servem como “orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional”, possuindo “uma eficácia interpretativa que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei”.

Para Barroso (1999, p. 141), se o princípio for fundamental, a exemplo do princípio democrático, ou geral, a exemplo do princípio da legalidade, a eficácia interpretativa irradia-se por toda a Constituição, e sendo o caso de princípio que se aplica estritamente a uma determinada matéria, como se dá com o princípio da anterioridade da lei tributária, seus efeitos estarão restritos ao título ou capítulo por ele governado.

A incidência da eficácia interpretativa vem sendo sustentada em vários escritos doutrinários, especialmente quando se cuida de interpretar o direito produzido pelo legislador ordinário em conformidade com os princípios abraçados pela Constituição, como é exemplo a releitura das disposições do direito de família conforme o postulado de igualdade entre o homem e a mulher, o que significa que a norma infraconstitucional deve ser interpretada conforme a Constituição, o que tem o mérito de produzir duas conseqüências importantes, de um lado fazendo valer a Constituição e, de outro, preservando a norma interpretada no ordenamento jurídico, sem necessidade de se extirpá-la deste pelo vício da

inconstitucionalidade, que deve ser considerado o último recurso de que se deve lançar mão o exegeta e o aplicador da lei (TEPEDINO, 1999, p. 13).

Portanto, a eficácia interpretativa condiciona a interpretação das normas jurídicas às normas que lhe são imediatamente superiores na escala hierárquica que se reconhece existente no ordenamento jurídico, e ainda, faz depender sua harmonização com os princípios, gerais ou específicos, conforme for o caso, acolhidos implícita ou explicitamente pela Constituição, em razão de sua ascendência axiológica sobre as demais regras constitucionais.

#### **4.2.9 Outras Modalidades**

O rol de modalidades de eficácia jurídica adotado nesse trabalho não é exauriente, pois que o ordenamento jurídico, em sua complexidade, conforme a natureza dos efeitos pretendidos pelas normas jurídicas, além de outras circunstâncias tidas por relevantes pelo legislador, oferece outras espécies de eficácia jurídica que podem ter aplicação num ou noutro caso específico que se estiver tratando, sendo ilustrativo disso que se afirma o caso da intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios, nas hipótese justificadoras desta providência, mencionadas pelos artigos 35 e 36, da Constituição da República.

Sobre a distinção que se acolhe nesse trabalho, válida a conclusão de Barroso (2000, p. 85), de que a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho

concreto de sua função social. “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”.

A efetividade também é denominada de eficácia social, conforme entende a doutrina predominante, embora haja, conforme antes registrado nesse trabalho, alguns autores que não fazem distinção entre esses dois planos, chegando a sustentar que a eficácia jurídica não se trata de mera aptidão ou idoneidade para a produção dos efeitos desejados pela norma, mas sim, de efetiva realização do comando normativo.

#### **4.3 Modalidades Aplicáveis aos Princípios**

Todas as modalidades de eficácia jurídica que se mencionou têm cabimento quando se trata de regras jurídicas, constitucionais ou não, com a ressalva de que a modalidade mais comum, até mesmo servindo de critério de identificação das regras jurídicas, é a positiva ou simétrica, porque geralmente se põe em condição de dar ao seu destinatário a possibilidade de exigir judicialmente exatamente os efeitos que almejam produzir e, excepcionalmente, e nessa hipótese o natural é que haja uma previsão expressa da lei nessa direção, as regras jurídicas admitem outras espécies de eficácia jurídica, como a nulidade, a anulabilidade, a eficácia negativa e a ineficácia, além da eficácia interpretativa, mormente quando se analisa regra constitucional que cuida de direitos fundamentais da pessoa, quando esta espécie de eficácia é alcançada, no comum dos casos, pela interpretação extensiva ou pela aplicação analógica (BARROSO, 2004, p. 113 e 137).

Uma das características das regras jurídicas em geral, com exceção das normas constitucionais programáticas, ou mesmo quando não ostentam esta característica, mas contêm previsão constitucional de exigência de mediações concretizadoras futuras, é a sua idoneidade de produzir diretamente os efeitos previamente definidos e delimitados em seu comando, em relação a um universo de situações da vida que pode ser desde logo identificado.

O mesmo não se dá com os princípios, cujo reconhecimento de sua normatividade é relativamente recente, sendo muitas as dificuldades em se estabelecer fundamentos sólidos para amparar a conclusão de que são dotados de grau de normatividade, tanto quanto as regras, a ponto de conferirem direitos e impor deveres, sendo certo que todo o esforço da doutrina tem partido de premissas inicialmente pensadas para a análise da normatividade das regras jurídicas. Os princípios não se revestem de idoneidade para gerar, de forma imediata e direta, efeitos definidos e delimitados em seu comando, aplicando-se a um conjunto de situações da vida, que possuem relevância jurídica, como se sucede com as regras.

Diante da inegável distinção que a doutrina faz entre princípios e regras, embora reconhecendo que ambos, em certa medida, são dotados de normatividade, os primeiros não se qualificam como aptos a ensejarem a incidência de todas as modalidades de eficácia jurídica indicadas. Neste passo, pode ser detectado na doutrina o reconhecimento de três modalidades de eficácia jurídica associadas aos princípios: a interpretativa, a negativa e a vedativa de retrocesso, “sendo que esta última ainda não se consolidou inteiramente na doutrina e na prática jurisprudencial” (BARCELLOS, 2002, p. 80).

A indeterminação dos efeitos dos princípios e do universo de situações da vida em que podem ser aplicados justifica a maior amplitude da eficácia interpretativa, notadamente quando se cuida de normas constitucionais, em face de sua superioridade hierárquica, vinculando aos seus propósitos todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico infraconstitucional, que deverão ser interpretadas de modo a realizar com a maior eficiência possível os valores pretendidos pelos princípios constitucionais.

Maior dificuldade é oferecida quando se está frente a atos e normas que contrariem os princípios, exigindo que se lhes atribua eficácia negativa, pelas mesmas razões que beneficiam a eficácia interpretativa, quais sejam, a indeterminação do seu conteúdo e do conjunto de situações em que deverão ser aplicados.

A eficácia vedativa do retrocesso pode ser explicada justamente pela constatação de que princípios constitucionais existem que demandam, para o alcance dos fins materiais estabelecidos, a edição de posteriores normas infraconstitucionais, sendo que um dos motivos que a fundamenta é justamente evitar que o legislador vá, progressivamente, desconstituindo a trajetória até então construída, sem nada oferecer em troca, inviabilizando a consecução dos objetivos traçados pelos princípios.

Por derradeiro, deixa-se em aberto, fazendo-se nesse momento apenas o registro, a questão da violação dos princípios pela omissão do legislador ou do poder público quanto a adoção das medidas necessárias à sua implementação, tornando-os inócuos, sem concretização efetiva, hipótese para a qual nenhuma das três modalidades de eficácia jurídica associadas aos princípios, admitidas pela doutrina que tem se debruçado sobre o tema, oferece solução, sendo que não praticar atos ou editar normas que contrariem os princípios, por si só, não importa em reconhecer que seus propósitos estão sendo realizados, salvo se puder ser

sustentado que, pelo menos para alguns princípios constitucionais, não se exige uma prestação positiva, mas unicamente a abstenção para que se chegue ao objetivo antecipadamente traçado, o que também é alvo de acirradas discussões doutrinárias, inclusive para não admitir que existam direitos negativos, mas que todos, em alguma medida, são positivos (BARCELLOS, p. 81-82).

#### **4.4 Eficácia dos Direitos Fundamentais**

Seria pretensão certamente inglória e demasiadamente complexa, além de estar fora dos objetivos que se tem em mira na elaboração do presente estudo, cujo núcleo central é o acesso à justiça, o propósito de se levar às últimas conseqüências o desenvolvimento da questão da eficácia dos direitos fundamentais, tema este deveras interessante e que tem produzido destacadas pesquisas doutrinárias, incluindo a obra de Sarlet (2004).

Vigência, validade, eficácia, efetividade e vigor não se confundem, tratando-se de termos que identificam coisas distintas. Diniz (2003, p. 24-25) adverte que no âmbito da teoria geral do direito, há discussão sobre o problema da delimitação conceitual de validade (constitucional, formal, fática e ideal), vigência, eficácia e fundamento que, “por serem conceitos interligados, geram grande confusão terminológica”, lembrando que alguns autores, “como Max Ernst Mayer, Carlos Cossio, Evaristo de Moraes Filho identificam os termos vigência e eficácia, considerando-os como sinônimos. Há, na verdade, uma relação inexorável entre vigência e eficácia”.

Para Afonso da Silva (2004b, p. 52), em certo sentido, vigência é a qualidade da norma que a torna passível de ser exigida sob certas condições, não se confundindo com eficácia, embora aquela seja condição para a existência desta, pois, a “vigência é condição de efetivação da eficácia, ainda que a plenitude desta, tratando-se de norma constitucional, não raro, dependa de outras normas integrativas”.

Diniz (2003, p. 28), reconhecendo as dificuldades de conceituação e distinção entre vigência, validade e eficácia, oferece um conceito de vigência da norma que difere daquele dado por Afonso da Silva, assim:

Terminada a fase constitutiva do processo de produção normativa, a norma já é válida; no período que vai de sua publicação até sua revogação, ou até o prazo estabelecido para sua validade, diz-se que a norma é vigente. O âmbito temporal de validade constitui o período durante o qual a norma tem *vigência* (sentido estrito). [...] *Vigência* temporal é uma qualidade da norma atinente ao tempo de sua atuação, podendo ser invocada para produzir, concretamente, seus diferentes efeitos (eficácia). [...] A vigência (sentido estrito) poderá coincidir com a validade formal, mas nem sempre, pois nada obsta que uma norma válida, cujo processo de produção já se aperfeiçoou, tenha sua vigência postergada [...].

Barroso (1996, p. 79-81) define a validade como “a conformação do ato normativo aos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico no que concerne à competência, adequação da forma, bem à licitude e possibilidade de seu objeto”.

Diniz (2003, p. 25) prefere distinguir três modalidades de validade da norma jurídica, a primeira delas tendo em vista a Constituição, que, segundo ela, está intimamente relacionada com a eficácia constitucional, indicando que “a disposição normativa é conforme as prescrições constitucionais; assim, nesse sentido, válida é a norma que respeita um comando superior, ou seja, o preceito constitucional”. No âmbito formal, ou técnico-jurídico,

também denominado de vigência em sentido amplo, a validade significa que a norma “foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais. [...] Logo, a norma constitucional não pode ser válida formalmente [...] por não se fundar em nenhuma outra” (porque é a primeira de uma cadeia normativa, é uma norma-origem). Quanto à validade fática da norma:

Significa que ela é efetiva, ou seja, quando ocorrem o comportamento, que ela configura (hipótese de incidência), e a consequência jurídica (sanção), que ela prevê. A norma de validade fática expressa, portanto, a atividade do aparelho sancionador do Estado. Tal se dá porque toda norma jurídica caracteriza-se por ser imperativo-autorizante, isto é, acompanhada da autorização do emprego da coação (aplicação da sanção) pelo órgão competente. Apesar de não haver identidade entre os conceitos validade fática e eficácia, há quem os identifique. Eficácia [...] diz respeito às condições fáticas e técnicas da atuação da norma jurídica e ao seu sucesso (DINIZ, 2003, p. 30).

Em síntese, válida é a norma produzida conforme a Constituição e um processo antecipadamente previsto pelo ordenamento jurídico, pela autoridade competente para a realização dessa tarefa. Vigência diz respeito ao lapso temporal desde a publicação da norma até sua revogação ou até o final do prazo estabelecido para sua duração. Pode ocorrer de uma norma validamente produzida passar a vigor somente depois de determinado período, como está disposto no artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, estipulando o prazo de 45 dias depois de sua publicação para ter início sua vigência. Desse modo, validade e vigência não se identificam necessariamente. Eficácia é a produção dos efeitos pretendidos pela norma ou sua aptidão para produzi-los, dependendo da concepção que se tenha sobre ela, pois que há divergência doutrinária a esse respeito. Para Diniz (2003, p. 31), a eficácia de uma norma indica, em sentido técnico, que ela apresenta-se como possível de ser aplicada, “de exercer, ou produzir, seus próprios efeitos jurídicos, porque se cumpriram as condições para isto exigidas

(eficácia jurídica), sem que haja qualquer relação de dependência da sua observância, ou não, pelos seus destinatários”.

O que a doutrina chama de eficácia social, que se distingue da eficácia jurídica, é também denominada de efetividade da norma jurídica, que significa a coincidência entre o comportamento dos seus destinatários e as suas prescrições, em maior ou menor grau, se há ou não o cumprimento espontâneo dos comandos emanados da norma jurídica, sendo sabido que existem situações em que a norma editada pelo órgão competente, respeitando o processo legislativo previamente instituído, portanto, válida, por alguma razão, a exemplo de violentar a consciência coletiva, não é observada e nem aplicada, ensejando seu cumprimento somente de forma compulsória, a exemplo de sua imposição pelo Judiciário (DINIZ, 2003, p. 30-31). São normas válidas, vigentes e dotadas de eficácia jurídica, mas destituídas de eficácia social.

Cabe observar, ainda, com a advertência de que se trata de opinião que não é pacífica em doutrina, até diante do termo “vigor” empregado pelo artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que há distinção, embora sutil, entre vigência e vigor, de modo que uma norma pode não mais estar em vigência, mas mesmo assim, possuir vigor, sendo exigível seu cumprimento em relação aos fatos ocorridos sob sua égide, não obstante estejam a produzir seus efeitos, total ou parcialmente, depois da revogação ou do término do respectivo prazo de duração por ela fixado. O vigor normativo diz respeito à força vinculante da norma, decorrendo da sua vigência, que a torna obrigatória desde sua publicação e enquanto durar. Os efeitos remanescentes da norma extinta (vigor posterior à sua vigência) prevalecem, em especial, face ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, que manda a lei respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, bem como,

do próprio artigo 6º, §§ 1º a 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, na mesma direção (DINIZ, 2003, p. 28).

Como visto em outra passagem desse estudo, todo preceito constitucional, afirmação esta que obviamente engloba as chamadas normas programáticas, tem algum grau de eficácia jurídica, conforme os limites de normatividade que lhe é próprio em função do que é conferido nesse sentido pelo constituinte.

Diferentes são as técnicas de positivação dos direitos fundamentais, escolhidas pelo legislador constituinte, sendo que em alguns casos, como se sucede com o artigo 5º, inciso XXXII (proteção do consumidor) e artigo 205 (direito à educação), da Constituição da República, sem abandonar a sua qualificação como direitos fundamentais, o dispositivo encerra um objetivo geral a ser cumprido ou se consubstancia numa norma programática, cujos escopos necessitam ser implementados através de atos que devem ser praticados pelo poder público ou pela iniciativa privada (BARROSO, 1996, p. 8 e 108).

Nem por isso, esse condicionamento do preceito constitucional ao exercício de atividades ou a prática de atos posteriores, que dependem no mais das vezes de complementação pelo legislador ordinário, retira totalmente dessas disposições sua eficácia jurídica. Há, pelo menos, certa limitação imposta por estas normas constitucionais ao comportamento dos agentes públicos e dos particulares.

Outras vezes, alguma norma definidora de direitos e garantias fundamentais se apresenta imperativamente ao legislador infraconstitucional, determinando-lhe que fixe as providências para que o efeito pretendido seja efetivamente concretizado, como se sucede com o artigo 7º, inciso XI, da Constituição, ao prever a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, a ser regulada pela lei (BARROSO, 1996, p. 12).

Outras normas contêm garantias institucionais, como a assistência jurídica integral assegurada àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, sob responsabilidade do Estado, como reza o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República.

Canotilho (1992, p. 556-557) classifica a positivação dos direitos fundamentais em quatro formas: (a) normas programáticas; (b) normas de organização; (c) garantias institucionais; e (d) direitos subjetivos.

Limitando o exame da matéria aos direitos sociais, Pérez Luño (1995, p. 95) ensina que a Constituição pode conferir-lhes os seguintes contornos: (a) princípios programáticos; (b) princípios voltados para atuação dos poderes públicos; (c) normas e cláusulas que dependem de desenvolvimento pela legislação ordinária; e (d) normas específicas ou casuísticas.

A força eficaz das normas que agasalham direitos fundamentais depende muito da forma de positivação que possa ser atribuída a cada um deles pela Constituição, sendo distinta a eficácia que decorre de uma norma qualificada como programática em cotejo com outra que não seja assim qualificada, de modo a possibilitar reconhecer ou não a existência de direito subjetivo direto ao seu titular, considerado abstratamente ou até mesmo quando se dirige a um grupo ou classe de sujeitos determinados pela Constituição. Há, portanto, inegável conexão entre as técnicas de positivação e as posições jurídicas dos sujeitos quando se trata de direitos fundamentais constitucionalizados.

A doutrina fala, ainda, em função dos direitos fundamentais, como elemento relevante para se definir que tipo de eficácia comporta, classificando aqueles em direitos de defesa e direitos a prestações. No primeiro grupo incluem-se os direitos de liberdade e igualdade, parte dos direitos sociais, a exemplo das liberdades sociais, as garantias de direitos

e os direitos políticos. No segundo grupo incluem-se os direitos à prestação em sentido amplo, como os direitos de proteção e os de participação na organização estatal, e em sentido estrito, como os direitos sociais de natureza prestacional. Os direitos de defesa geralmente importam unicamente em abstenção do Estado para sua realização e gozo pelos sujeitos titulares, ou seja, possuem feição de direitos subjetivos e têm aplicação imediata. Os direitos prestacionais, ao contrário, via de regra não são exercidos pelos sujeitos que deles devem se beneficiar, sem que haja uma conduta ativa dos destinatários do dever jurídico, geralmente o Estado e suas instituições. Esta dificuldade no gozo pleno desta espécie de direitos fundamentais tem levado muitos juristas a negar a sua aplicabilidade e eficácia imediata. Nesse sentido, ora destacado, são os esclarecimentos prestados por Sarlet (2004, p. 252).

O vocábulo “eficácia” desperta em doutrina muita controvérsia, até mesmo quanto ao seu verdadeiro significado, se bem que não único, pois que a linguagem adquire sentido conforme o contexto em que é empregada, destarte, dando origem ao reconhecimento de várias acepções pelos estudiosos e, assim, para efeito da análise que ora se propõe, o termo será tomado como sinônimo de aptidão para a realização dos efeitos jurídicos pretendido pelas normas consagradoras de direitos fundamentais, conforme já ressaltado anteriormente, e nesse sentido, eficácia é indissociável de aplicabilidade.

Sob este enfoque, parece ser possível afirmar que a eficácia dos direitos fundamentais no panorama do direito constitucional brasileiro é imediata, em decorrência do artigo 5º, § 1º, da Constituição da República: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este dispositivo assume o papel de importante e poderoso instrumento para se estabelecer a convicção pela eficácia dos direitos fundamentais, o que, por certo, não é suficiente para resolver todos os problemas que podem ser levantados e analisados.

Com efeito, ao contrário do que sugere a dicção do dispositivo sob comentário, os constitucionalistas não estão de acordo com a idéia de que todos os direitos fundamentais são de plena e imediata eficácia. Observe-se, por exemplo, a seguinte leitura interpretativa em relação ao conteúdo deste parágrafo, *verbis*:

Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta (AFONSO DA SILVA, 2004b, p. 165).

Na seqüência de seu pensamento, o autor referenciado, depois de indagar, diante da interpretação que adota, qual é o valor do dispositivo sob comentário, se declara ter aplicabilidade imediata todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, responde que as normas são aplicáveis “até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”. Afirma, também, que o “Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes” (AFONSO DA SILVA, 2004b, p. 165).

A posição assumida por este autor, pelo menos numa primeira análise, não parece adequada à interpretação da eficácia plena e direta aparentemente deferida às normas que contenham disposições qualificadas como direitos fundamentais pelo texto constitucional. Não é coerente afirmar que determinadas normas são aplicáveis enquanto houver condições

para isso, oferecidas pelas instituições, e, ao mesmo tempo, sustentar que numa dada situação concreta, se não observada, confere ao seu destinatário o direito de exigir seu cumprimento pela via da demanda judicial. Ora, se uma disposição constitucional não pode gerar efeito, isto é, não pode ser cumprida voluntariamente, em razão de limitações impostas pela realidade, mais precisamente pelas instituições, não parece convincente a tese de que, ainda assim, em cada caso concreto em que seus efeitos foram negados possa o titular do direito exigi-los judicialmente.

A solução do enigma talvez esteja na expressão “[...] segundo as instituições existentes”, pois, esta assertiva do precitado constitucionalista pode ser vista como sinônimo de atribuição de efeitos à norma constitucional, na mesma extensão em que ocorreriam se fosse ela cumprida espontaneamente pelo titular do dever jurídico. Mas isso não explica e nem soluciona de forma satisfatória o problema, pois a eficácia da disposição de direitos ficaria sempre condicionada a uma realidade, que poderia ou não ser favorável a ela e, sob esse enfoque, o comando emanado da norma seria simplesmente ignorado, de forma legítima, caso inexistissem condições materiais que viabilizassem o seu cumprimento, ou seja, seria negado o gozo do direito por ela assegurado.

Ao tratar deste tema, Sarlet (2004, p. 253-254) lembra que a introdução do § 1º, do artigo 5º, da Constituição da República, no título que regula os direitos fundamentais, deve-se à influência das Cartas constitucionais da Alemanha, Portugal e Uruguai, mencionando os números e o teor dos respectivos dispositivos, nos quais se inspirou o constituinte pátrio. Concorde este autor que a doutrina do direito constitucional ainda não está plenamente amadurecida sobre o alcance e o significado do aparentemente antinômico dispositivo, se considerado o universo de preceitos constitucionais que traz em si a previsão de algum direito tido por fundamental. Propõe Sarlet que se faça primeiramente um exame do

seu âmbito de abrangência, para se concluir se atinge alguns ou todos os direitos fundamentais, estejam ou não no catálogo oferecido pela Constituição.

Este autor rechaça com veemência e com o emprego de argumentos que surgem como irrefutáveis a exegese restritiva sugerida por alguns constitucionalistas, a exemplo de Afonso da Silva, refutando o originalismo das teorias que pretendem sustentar, sem fundamentos sólidos, que não apenas deve prevalecer a “vontade do constituinte”, como esta deve ser restringida em alguns casos, porque disse mais do que pretendia dizer. Afirma que nem mesmo uma interpretação literal do texto constitucional conduz a esta dicção restritiva, e que ainda que se adotassem métodos de interpretação sistemático ou teleológico, produzir-se-iam os mesmos resultados, que levam à negação da restrição do alcance do dispositivo, pretendida por parte da doutrina.

Confira-se, a propósito, um elucidativo trecho de sua argumentação:

Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável. Também não há como sustentar, no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II da CRP) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição portuguesa. A toda evidência, nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico (SARLET, 2004, p. 253-254).

Em relação aos direitos fundamentais, a Constituição da República tem concepção materialmente aberta, em face do disposto em seu artigo 5º, § 2º, quando estipula que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes dos regimes e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Isso significa que não apenas o menu de direitos fundamentais expressamente consagrados no texto constitucional merece esta qualificação, reconhecendo-se a possibilidade de existência de outros direitos fundamentais no ordenamento infraconstitucional, em outros setores do próprio texto constitucional ou, ainda, em tratados internacionais em que seja parte o Brasil, uma vez compatíveis com os princípios e regimes adotados pela Constituição.

Esta compreensão quanto à eficácia e aplicabilidade imediata, sem necessidade de intervenções concretizadoras do legislador para sua atuação, das normas que definem direitos e garantias fundamentais, conforme está escrito cristalinamente no dispositivo constitucional sob comentário, *a priori*, deve ser estendida a todos os direitos fundamentais, incluindo aqueles não formalizados no texto da Constituição, mas no ordenamento infraconstitucional, assim como os derivados de tratados internacionais em que seja parte o Brasil.

Piovesan (1995), sobre esta tese, sustenta a viabilidade de uma interpretação extensiva da norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e, no mesmo sentido, também é a lição de Clève (2002).

Permanece, porém, como dito alhures, forte controvérsia acerca da aplicação do artigo 5º, § 1º, a todos os direitos fundamentais. Ferreira Filho (1988, p. 35), por exemplo,

põe-se ao lado da corrente doutrinária que apregoa não ser possível reconhecer eficácia e aplicabilidade de norma constitucional que ignora a natureza das coisas. Nesse sentido parece ser razoável esta concepção, pois que não é porque a Constituição diz que o branco é preto ou que está revogada a lei da gravidade, que se torna realidade esta disposição. A impossibilidade física ou material de realização da prescrição da norma estatuída pelo constituinte a esvazia quanto à sua eficácia e aplicabilidade.

Noutro extremo, há aqueles que defendem que mesmo as normas de natureza programática dão azo ao surgimento de direitos subjetivos individuais, independentemente de concretização legislativa, em virtude de sua imediata aplicabilidade, como se vê da posição assumida por Grau (1997, p. 322) e Ruschel (1993, p. 294).

Grau (1997, p. 322-325) vai mais além, até para justificar sua posição, inadmitindo a existência de normas programáticas, pois que se não bastasse disposição no sentido de ter aplicação imediata as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, a Constituição criou instrumentos processuais que são idôneos para combater a omissão do legislador e do poder público, a exemplo do mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF/88, art. 5º, incisos LXXI e art. 103, § 2º).<sup>10</sup>

Bastos e Silva Martins (1989, v. II, p. 393), por sua vez, não se colocam nem num nem noutro extremo, sustentando que os direitos fundamentais, na medida do possível, se revestem de imediata aplicabilidade, ressalvando apenas duas situações em que isso inócorre: (a) quando a própria Constituição contém norma que condiciona a concretização do

---

<sup>10</sup> Art. 5º, inciso LXXI: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Art. 103, § 2º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

direito fundamental a ato posterior a ser praticado pelo legislador, prevendo, por exemplo, que seu exercício se dará na forma prevista em lei; e (b) quando faltar à norma elementos mínimos essenciais à sua aplicabilidade, por não possuir normatividade o bastante para produzir desde logo seus efeitos principais, sem depender da atividade jurisdicional em substituição ao legislador.

Quanto à normatividade de todos os dispositivos constitucionais, sejam princípios, sejam regras, mesmo que de natureza programática, vale lembrar a posição de Clève (1995, p. 246), no sentido de que se encontra há muito tempo superada a concepção segundo a qual as disposições programáticas não são normas, mas, pelo contrário, são dotadas de plena normatividade, lecionando que:

A doutrina vem procurando definir a Constituição como um 'sistema aberto de princípios e preceitos'. Os princípios, ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa, e bem por isso sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral os preceitos constituem desdobramentos de idéias-sínteses engessadas nas disposições principiológicas. [...] Não interessam a qualidade das matérias reguladas na Constituição, ou a natureza das normas que as expressam formalmente, pois todas elas, sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidades de normas jurídicas, de normas constitucionais. Está hoje definitivamente superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples directivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. E mais: como norma, seus preceitos vinculam tanto os órgãos do poder estatal quanto os cidadãos e as instituições particulares.

A possibilidade vislumbrada por alguns autores de se eliminar o reconhecimento da existência de normas programáticas, considerando a concepção tradicional que sobre elas se tem, especialmente quando se trata de direitos fundamentais, com a solução

oferecida pela própria Constituição em face de omissão do legislador ou do poder público em geral, quando inviabilizado o exercício daqueles, no início revelou-se ilusória, numa visão romântica do problema, dissociada da realidade revelada pela história dos julgamentos da mais alta Corte de justiça brasileira. O desencanto com as primeiras interpretações dos tribunais sobre as potencialidades do mandado de injunção, quiçá em razão da imperfeição técnica do dispositivo constitucional que o contempla, é demonstrado por Cléve (1995, p. 246), assim:

Aceite-se que o Constituinte foi arrojado quando instituiu o mandado de injunção. Lamenta-se, entretanto, a imperfeição técnica do dispositivo que o contempla. Este fato permitiu os desencontros que a experiência constitucional recente conheceu nesse campo: - tribunais e juizes despidos de "vontade constitucional", inibindo as potencialidades do instituto; doutrinas temerárias propondo, implicitamente, a destruição do modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, inequívoca conquista universal, ao oferecer aos juizes competência normativa subsidiária; e, finalmente, teses refratárias elaboradas para aniquilar a nova garantia.

Sabe-se, pelo posicionamento publicamente assumido em mais de um julgamento que versava sobre a matéria, que o Excelso Supremo Tribunal Federal, nas primeiras demandas versando a respeito dos novos institutos mencionados, adotou entendimento que tornavam inócuos os dois instrumentos processuais oferecidos pela Constituição, optando por uma interpretação – que aparenta ser mais política que jurídica - que simplesmente retiravam-lhes eficácia, se considerado o escopo para o qual foram criados. A Suprema Corte chegou a confundir mandado de injunção com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como se vê do seguinte trecho de um acórdão:

Ele (o mandado de injunção) (...) ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos,

garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI, da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao omissor dessa declaração, para que se adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, da Carta Magna) com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste.<sup>11</sup>

Gradativamente, todavia, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal vem alcançando certo progresso, produzindo decisões mais ousadas e mais próximas, pelo menos, do escopo que se pretenda ver atingido com as demandas constitucionalmente previstas para fazer valer os direitos reconhecidos pela Carta Constitucional, dependentes de regulamentação pelo poder público. São exemplos deste avanço os julgamentos havidos nos Mandados de Injunção nº 232-1991 e 283-1991.<sup>12</sup>

No primeiro deles, impetrado com o objetivo de tornar viável o exercício do direito constante no artigo 195, § 7º, da Constituição da República, que estabelece o seguinte: "São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei".

O fundamento empregado pela impetrante, no caso uma entidade civil de fins filantrópicos, era de que havia esgotado o prazo de seis meses fixado no artigo 59, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição da República, para a apresentação e apreciação dos projetos de lei relativos à organização da seguridade social, pelo Congresso Nacional. No julgamento da medida, o Supremo Tribunal Federal concedeu o prazo de seis meses para que o legislativo tomasse as providências necessárias à regulamentação da isenção

---

<sup>11</sup> MI 42-5-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 7.02.90. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso

a que alude o artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de vencido esse prazo, sem que a obrigação fosse cumprida, a isenção passaria a valer em relação à impetrante.

No mandado de injunção nº 283-1991, a impetrante questionava a falta de lei para regulamentar o disposto no artigo 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição da República. Diante da não edição da lei a que se referia o dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mandado de injunção, decidiu que:

Vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. Premissas de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.<sup>13</sup>

---

em: 15 fev. 2006.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2006.

<sup>13</sup> Idem.

Outro aspecto que sobreleva assinalar é que quanto à demanda declaratória de inconstitucionalidade por omissão, se procedente, não prevê a Constituição qualquer penalidade ao responsável pelas providências necessárias para tornar efetiva a norma constitucional, quando descumprida a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ensina Afonso da Silva (2004a, p. 448-449) que o mandado de injunção não se confunde com a ação de inconstitucionalidade por omissão. Aquele tem por escopo a obtenção do direito pelo impetrante, nos casos de inexistência de normas jurídicas que regulamentem dispositivos constitucionais que outorguem direitos, liberdades e prerrogativas. A ação de inconstitucionalidade por omissão tem por finalidade a obtenção de uma decisão que incentive a produção das normas jurídicas indispensáveis à eficácia do mandamento constitucional que as demande.

A distinção é pertinente, mormente diante do princípio da coerência do ordenamento jurídico, que restaria ignorado fosse para admitir a previsão constitucional de dois instrumentos processuais com o mesmo objetivo. Em resumo, pela ação de inconstitucionalidade por omissão visa-se a obtenção da norma regulamentadora que falta ao dispositivo constitucional, completando-lhe, assim, a eficácia, ao passo que pelo mandado de injunção visa-se a obtenção do próprio direito, garantia ou prerrogativa contemplados pela Constituição.

Somente com um posicionamento revelador do firme propósito de fazer cumprir as garantias constitucionais, através dos instrumentos processuais disponibilizados aos cidadãos, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, cada qual no âmbito de sua competência, poderão dar efetiva proteção judicial contra a violação dos direitos fundamentais por ação ou omissão do legislador ou do poder público.

É de ser reconhecido que, numa primeira leitura, constitui-se em inevitável tentação, compreender que o § 1º, do artigo 5º, da Constituição, ainda que a ele se destine mera interpretação gramatical, não leva de modo algum ao entendimento de que apenas alguns direitos têm aplicabilidade – e, portanto, eficácia – imediata, não alcançando outros direitos de igual destaque, seja pelo argumento da impossibilidade material, pela exigência de regulamentação em algumas situações ou pela exegese restritiva, esta última que não se sustenta, porque parece emergir do nada, isto é, não tem apoio em argumentos legítimos e eficientes para seu nascimento e sustentação.

Não se poderia, nessa linha de raciocínio, aceitar a tese de que certos grupos de direitos têm eficácia e aplicabilidade direta e imediata e outros não têm, sem que haja uma teoria sólida, construída verdadeiramente de modo científico, que lhe sirva de âncora, incluindo critérios objetivos aceitáveis e certo poder de convicção do ponto de vista da ciência jurídica quanto aos direitos a serem eleitos para integrar ou uma ou outra categoria de direitos fundamentais.

Mas esta não é a realidade que exsurge da Constituição, analisada de forma sistemática. A norma constitucional deve sim respeitar os limites impostos pela própria natureza do direito que contempla ou pela realidade concreta que pretende regular ou influenciar em sua constituição. Não se pode deixar de reconhecer validamente a existência de restrições ao pleno exercício dos direitos fundamentais, como bem ressaltado por Bastos e Silva Martins (1989, v. II, p. 393), como visto acima, pois que em relação a alguns deles a Constituição condiciona seu exercício à elaboração de lei ordinária e em outros casos não são dotados de grau de normatividade que possa assegurar-lhes aplicabilidade sem a intervenção concretizadora do Legislador.

Cada norma tem sua própria estrutura, natureza e particularidades, que para ter aplicação imediata e plena necessita respeitar a natureza das coisas. Não fosse isso verdadeiro, não haveria razão para que a Constituição contemplasse instrumentos processuais, como o mandado de injunção e a demanda declaratória de inconstitucionalidade, visando justamente assegurar o exercício de direitos, muitos deles integrantes da categoria de direitos fundamentais. A previsão desses instrumentos é prova inequívoca de que em algumas situações faz-se indispensável a intermediação concretizadora do legislador ou da administração pública, e também do Judiciário, quando provocado, para que certos direitos sejam desfrutados pelos seus destinatários.

É razoável, portanto, afirmar que nem todas as normas constitucionais que prevejam direitos fundamentais têm aplicação imediata, pois que muitas delas exigem uma suplementação legislativa ordinária, não criando, então, nessa situação de condicionamento a atos legislativos futuros, ou a intervenção do Judiciário ou da administração pública, a depender da matéria tratada por elas, direitos públicos subjetivos. Os efeitos que as normas dessa categoria pretendem produzir, genericamente acolhidos no seu texto, ainda que perfeitamente identificados, não podem ser gozados com base unicamente na Constituição, ou em outros termos, não decorrem diretamente desta e, sendo assim, não podem ser exigidos judicialmente, em toda sua plenitude, sem antes estarem regulamentados pela legislação infraconstitucional ou viabilizados através da instituição de condições essenciais ao seu efetivo gozo.

## 5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais constituem disciplina de estudo relativamente recente no Brasil, quiçá em face de longo período de violação dos direitos humanos, sendo demonstrações mais evidentes as atrocidades e as barbáries cometidas pelo regime militar que se instalou em terras tupiniquins durante mais de duas décadas, como já realçado em outras passagens desse trabalho. Em doutrina, não há consenso sobre qual a melhor terminologia a ser empregada para se referir a eles, o que não se mostra como um problema relevante, no sentido de ser solucionado sob pena de comprometimento da essência da teoria dos direitos fundamentais, sendo preferível que haja mais de uma expressão para defini-los, até porque cada uma delas guarda certas características próprias, tornando aplicável ora uma, ora outra, a depender do contexto em que a matéria for tratada.

### 5.1 Conceito de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais nem sempre são assim denominados, mas muitas vezes recebem outras terminologias, tanto em doutrina como no direito positivo, interno e internacional, como por exemplo: *direitos humanos*, *direitos do homem*, *direitos subjetivos públicos*, *liberdades públicas*, *direitos individuais*, *liberdades fundamentais* e *direitos humanos fundamentais*, conforme relação bastante elucidativa oferecida na excelente obra de Sarlet (2004, p. 33).

Nesse trabalho, opta-se pela preferência no emprego da locução *direitos fundamentais*, sem embargo de eventualmente ser usado um ou mais de um dos seus sinônimos, com destaque para o termo *direitos humanos*, quando se mostrar mais apropriado, dependendo do contexto em que for usado.

Saliente-se que os direitos fundamentais de terceira geração, que envolvem direitos e interesses coletivos e difusos, conforme Marinoni (2005), não derivam de normas atributivas de direitos, mas sim, de normas de proteção, que impõem ou proíbem condutas, postulando tutela jurídica adequada para sua manutenção, uma vez que não se mostra apropriado o ressarcimento pelo equivalente pecuniário, eventualmente acumulado com outros danos que excedem à obrigação inadimplida, como ocorre em algumas situações de lesão a direitos consagrados em normas atributivas de direitos individuais, podendo ser citado a título ilustrativo o descumprimento de um contrato de compra e venda firmado por empresas privadas, em que o vendedor recebeu o preço ajustado e não entregou o bem na quantidade e qualidade pactuadas.

A proteção a este grupo de direitos, classificados de fundamentais, implica, antes de tudo, na tutela de prevenção contra a ocorrência do próprio ato ilícito com potencialidade para produzir danos, ou seja, tutela inibitória, ou, em alguns casos, na tutela de remoção do ilícito, antes que se produza a lesão. Tenha em mente, para ilustrar, uma situação de provável dano ao consumidor, em razão de produto que contenha em sua fórmula substância proibida, nociva à saúde humana, o que, por sua natureza, ensejaria a tutela inibitória, visando impedir a sua exposição à comercialização, ou então, se já exposto, justificaria a tutela de remoção, visando a sua retirada do comércio, em ambos os casos sem que tenha necessariamente ocorrido algum dano ao consumidor.

Para Sampaio (2004, p. 23-27), “os direitos fundamentais envolvem um conceito e muitas concepções, divididas entre as materiais (1) e as formais (2)”. As concepções materiais ligam-se ao entendimento de que o sentido da expressão *direitos humanos* (conforme terminologia empregada pelo autor) deve se relacionar com o seu conteúdo, possuindo as perspectivas positivista, não positivista e eclética, ao passo que as concepções formais têm como finalidade “definir a forma ou a estrutura lógica dos direitos”, sem ter a preocupação em identificar o conteúdo desses direitos “em um ordenamento concreto ou quais deveriam ser, em qualquer ordenamento, suas dimensões, renunciando à formulação de uma teoria dogmática e filosófica dos direitos humanos respectivamente”. Aduz que, segundo a classificação de Luigi Ferrajoli, as concepções formais de direitos fundamentais podem ser denominadas de *teóricas* e *dogmáticas*, “conforme façam ou não referência a uma ordem jurídica determinada”.

Na perspectiva positivista da concepção material, somente são básicos ou fundamentais os direitos (interesses ou bens) reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, segundo o seu sistema instrumental. Na perspectiva não positivista, não se valoriza o reconhecimento e a tutela conferidos pela ordem jurídica estabelecida, mas sim, encontram-se os fundamentos desta espécie de direito nas aspirações morais ou nas necessidades humanas maiores, que dizem respeito à dignidade do homem, como a igualdade, liberdade, segurança e propriedade, como também aos seus interesses sociais e econômicos. Tem suas base no jusnaturalismo e na teologia (SAMPAIO, 2004, p. 24).

Pelo enfoque da escola eclética, como sugere o segundo vocábulo, a doutrina tenta conciliar as duas dimensões anteriores (positivista e não positivista), e assim, vários estudiosos que adotam esta linha de raciocínio oferecem uma conceituação, englobando como conteúdos dos direitos fundamentais “exigências” de certos valores, como dignidade,

liberdade e igualdade, definidas pela sua historicidade, porém, determinadas “como um *dever ser* do *dever ser* positivo, pois que ‘hão de ser’ reconhecidas pela ordem jurídica interna e internacional”, mas, tratando-se de uma concepção “menos formal do que a perspectiva puramente positivista e menos imprecisa do que a leitura não-positivista, em compensação acolhe as críticas de ambas” (SAMPAIO, 2004, p. 26-27).

Relativamente às concepções formais, considerando suas perspectivas teóricas, a idéia de direitos fundamentais, que leva a um conceito, mesmo que não muito bem definido e elaborado, conforme a maioria dos pensadores desta corrente doutrinária, pode ser resumida como aquela que vislumbra em certos direitos alguns atributos com caráter de universalidade que os qualificam de fundamentais, assim compreendidos enquanto próprios de todos os homens, independentemente de sua origem, etnia, raça, cor, sexo, religião e cultura, isto é, são fundamentais porque essenciais a existência digna de todos os seres humanos, como os direitos à liberdade, à igualdade, à vida, à integridade física, à saúde, à subsistência, à assistência aos desvalidos e à educação, e ainda, as garantias penais e processuais, incluindo o acesso à justiça como meio de solucionar os conflitos de interesses, dado o monopólio instituído em favor do Estado. No pensamento jusnaturalista, os direitos fundamentais são freqüentemente qualificados de originários, pré-estatais, universais, inatos e inalienáveis (SAMPAIO, 2004, p. 27-29).

Dentro de uma perspectiva dogmática, talvez seja útil relembrar o sentido da locução *dogmática jurídica*. De Plácido e Silva (2004, p. 494) não titubeia ao defini-la, sinteticamente, como sendo “o ramo da ciência jurídica que estuda os princípios gerais do Direito”. Para Reale (2002, 160-161), dogma “é aquilo que é posto como princípio ou doutrina. É por esta razão que a Ciência Jurídica se manifesta como *Dogmática Jurídica*”, sendo seu objeto de estudo “as normas jurídicas vigentes, aceitas como ponto necessário de

partida para a determinação do Direito Positivo”. Nesse sentido, segundo este autor, o direito positivo constitui-se, “com base no conjunto de regras e preceitos postos pelo legislador, pelos costumes, ou pela jurisdição e por convenções lícitas, e que, pelo simples fato de serem vigentes, devem ser havidos como obrigatórios”.

Assim, a perspectiva dogmática dos direitos fundamentais leva em consideração sua positivação em ordenamentos jurídicos específicos. Uma teoria que observe essa dimensão dos direitos fundamentais versa sobre os fatores que os definem enquanto revestidos dessa característica, tendo por referência um sistema jurídico determinado, ou no âmbito interno ou no âmbito externo. Ao se falar em dado ordenamento jurídico, pode-se estar a se referir a uma ordem jurídica concreta, como a brasileira, a norte-americana ou a francesa, ou pode-se estar a se referir ao resultado a ser alcançado por uma decisão possível, mesmo que não realizado, de uma comunidade situada no tempo e no espaço. Em ambos os casos é perceptível a presença de um apelo positivista, que varia entre o abstrato (dogmática do consenso) e o real (dogmática analítica ou metodológica) (SAMPAIO, 2004, p. 29-30).

Para a dogmática do consenso, a concepção de direitos humanos está vinculada ao que for decidido consensualmente por uma dada sociedade concreta, ou seja, a sociedade através de mecanismos previamente estabelecidos legitimaria pessoas ou órgãos que a representasse e que, nesta qualidade, tivessem poder para definir o que são os direitos fundamentais. Já em relação à dogmática metodológica ou analítica, sua preocupação consiste basicamente no estudo da estrutura das normas jurídicas, classificando-as em regras e princípios e, desta análise estrutural, extraindo as normas qualificadas como portadoras de direitos fundamentais do homem, presentes em determinada ordem jurídica (SAMPAIO, 2004, p. 30-34).

No campo doutrinário, como será demonstrado, há enorme dificuldade em se conceituar direitos fundamentais, mas nem por isso pode-se abdicar desta tarefa, num trabalho que pretende analisar o acesso à justiça sob o enfoque do direito constitucional, como espécie de direito fundamental, presente na vigente Constituição da República.

Parece apropriada a conceituação que tem por ponto de partida a consagração dos direitos fundamentais pelo direito constitucional pátrio e, sob esse enfoque, os mesmos podem ser compreendidos como direitos e liberdades constitucionalmente tutelados através de instrumentos processuais estabelecidos pela Constituição, a exemplo das ações constitucionais típicas e das cláusulas pétreas. Os direitos e garantias constitucionais recebem dupla caracterização: de um lado consistem em núcleos de liberdade assegurados pela Constituição, recebendo uma proteção mais forte que a concedida a outros direitos *não fundamentais*, reconhecidos em normas não constitucionais e, de outro lado, representam valores que servem de inspiração a organização da comunidade política, justificando a própria existência de uma Constituição. Em resumo, os direitos fundamentais garantem uma situação de vantagem aos indivíduos e ao mesmo tempo definem os valores e os fins da estrutura política da sociedade, de modo que possuem dupla finalidade: uma individual e outra coletiva (CRUZ, 2004, p. 153 e 156).

Canotilho (2003, p. 1403), depois de extensa análise das diversas teorias dos direitos fundamentais, produzidas a partir de meados da década de 1970, especialmente pela doutrina alemã, critica a tentativa de se adotar livremente uma delas e de se reduzir sua compreensão a esquemas teóricos puros, aduzindo que estes “apenas auxiliam na busca de uma *compreensão material, constitucionalmente adequada*, dos direitos fundamentais”, e assim enfocado o tema, afirma que “torna-se necessária uma *doutrina constitucional dos*

*direitos fundamentais*, construída com base numa constituição positiva, e não apenas *uma teoria de direitos fundamentais* de carácter exclusivamente teórico”.

Bonavides (2003, p. 561), apoiando-se na teoria de Carl Schmitt, ensina que para a caracterização dos direitos fundamentais podem ser adotados dois critérios formais, além do critério material. Um dos critérios formais é a sua constitucionalização, de modo que todos os direitos e garantias enunciados no texto constitucional são fundamentais. O outro, significa que são fundamentais os direitos que receberam da Constituição proteção mais elevada em termos de garantia ou de segurança. Assim, ou esses direitos são imutáveis ou exigem um procedimento mais complexo, dificultando sua modificação. Nesse contexto, alguns direitos somente podem ser modificados mediante emenda à constituição. Pelo critério material, os direitos fundamentais sofrem variação conforme a ideologia, a modalidade do Estado e a espécie de valores e princípios que a Constituição acolhe. Assim compreendida a questão da caracterização dos direitos fundamentais, conclui que “cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”.

Pérez Luño (1979, p. 43) compreende os direitos humanos, ou fundamentais, como um conjunto de faculdades e instituições que, “em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”.

Alguns autores, depois de tecer considerações sobre as diversas terminologias usadas pela doutrina e pelos textos legais, manifestam sua preferência pela expressão *direitos fundamentais do homem*, oferecendo as justificativas de sua predileção, como faz Afonso da Silva (2004, p. 178), assim:

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas correta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais* [...].

Péces Barba (1976, p. 80), por sua vez, adota a expressão “direitos subjetivos fundamentais”, considerando-os como verdadeiras faculdades atribuídas pela norma jurídica para a tutela das pessoas quanto à sua vida, liberdade, igualdade, participação política ou social ou qualquer outro bem fundamental que possa afetar seu desenvolvimento integral, no contexto de uma comunidade de homens livres, “exigindo respeito aos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com a possibilidade de pôr em marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração”.

A idéia comum que deriva das noções conceituais fornecidas por diversos autores, salvo erro de percepção, conduz ao entendimento de que os direitos fundamentais, cuja origem histórica será tratada em tópico específico, além de atribuírem alguma vantagem de conteúdo material, impõem deveres não apenas aos sujeitos enquanto considerados em sua dimensão individual, ou mesmo enquanto membros de dada coletividade, mas também ao legislador e a todas as instituições do Estado, sejam privadas, sejam públicas, no sentido de que devem ser respeitados e obedecidos, e em algumas situações, em decorrência da própria atividade de determinadas instituições, órgãos ou pessoas, devem ser não apenas respeitados e preservados, mas também concretizados de forma ampla, em que pese algumas limitações

materiais e jurídicas e, além disso, os direitos fundamentais expressam valores e fins que devem motivar as decisões políticas, legislativas e judiciárias.

Não se concebe, assim, que políticas implementadas pelo poder público possam desconsiderar esses direitos e garantias, tampouco pode o legislador editar normas jurídicas que colidam com esta categoria de direitos, ou os magistrados proferirem decisões que os violem, mas, muito ao contrário disso, devem ser realizados no plano fático.

Cristalino que os direitos fundamentais trazem como valores primordiais a serem tutelados pela ordem jurídica e suas instituições, em posição bastante destacada, a dignidade, a liberdade e a igualdade do homem.

Os direitos fundamentais, entendidos como direitos positivados pela ordem constitucional, têm por finalidade precipuamente a tutela da dignidade da pessoa humana contra o abuso do Estado (eficácia vertical) e dos particulares (eficácia horizontal), envolvendo a defesa contra a miséria, a exploração, a violência e todo e qualquer tipo de ato que se destine ao ferimento daquele núcleo de direitos reconhecidos como essenciais à pessoa humana, nos termos ditados pelas diversas ordens constitucionais democráticas, ou ainda, em declarações internacionais de direitos, o que não elimina o risco de eventualmente se consagrar em textos constitucionais outorga de certos privilégios a minorias, sob o disfarce de direitos fundamentais, o que, à evidência, seriam falsos direitos fundamentais.

Esta circunstância, entretanto, em que pese ser relevante, é de natureza accidental e não desmerece a consciência ética e a convicção generalizada entre os povos de que determinadas condições que preservem bens e valores são indispensáveis à existência humana, devendo ser protegidas a qualquer tempo e contra todos.

Não se deve pensar, de outro lado, conforme a doutrina predominante nos dias atuais, que os direitos humanos são unicamente exigências universais postas antes do Estado, independentemente de seu reconhecimento pela ordem estatal, sob pena de se ressuscitar os fundamentos da doutrina do jusnaturalismo, que se pensa superada pelo progresso da ciência jurídica, que tenta a todo custo transcender à dicotomia formada pelas concepções jusnaturalistas e positivistas, em permanente trabalho de construção de uma nova fundamentação para o direito, em que não prevaleçam nem a indeterminação e o abstrativismo do direito natural e nem as limitações e o formalismo imoderados do positivismo jurídico kelseniano, estando em franco processo de estruturação e ampliação as investigações que não abdicam do holismo, priorizando a interdisciplinaridade no exame dos fenômenos jurídicos, para buscar solução que contemple satisfatoriamente os anseios da pessoa humana, enquanto sujeito de direitos e obrigações, e por extensão, da sociedade em geral, posto que o direito isoladamente não se mostra capaz de dar resposta adequada à grande parte das violações dos direitos humanos.

Telles Junior (2002, p. 343-344), negando a concepção jusnaturalista dos direitos humanos, diz:

Não se diga (como tantas vezes já se tem dito) que os *Direitos Humanos* são ‘direitos por natureza’, ‘direitos naturais’, ‘direitos inatos’, ‘direitos imanentes e inerentes ao homem’. Não se diga que os *Direitos Humanos* são anteriores e superiores ao Direito Objetivo dos Estados, e existem no homem por natureza, sem dependência com as leis do legislador humano. Tais afirmações resultam de um velho e arraigado equivoco, e não têm mais nenhum sentido. Sendo Direitos Subjetivos, os Direitos Humanos são, forçosamente, permissões concedidas *por meio de normas jurídicas*. Bem sabemos que todo Direito Subjetivo é permissão assim concedida. Ora, as normas jurídicas não são *dados da natureza*, mas *construções da inteligência humana*, obras culturais. O que é *natural* no homem, o que é inerente nele, é sua *aspiração* por uma ordem jurídica realmente voltada para certos *bens superiores*, certos anelos de sua consciência e da razão íntima de seu ser.

Sob esse enfoque que, claramente, rejeita a doutrina do direito natural, isto é, levando em conta um sistema jurídico concreto e válido (legitimamente estabelecido pelas pessoas ou órgãos estatais com legitimidade para tanto), extrai-se uma concepção positivista, no sentido de que os direitos fundamentais somente são verdadeiros direitos da pessoa humana quando são reconhecidos com esta característica pela ordem constitucional, ainda que implicitamente, pois que antes dessa identificação e reconhecimento estatal, os chamados direitos humanos, contemplados pelas normas jurídicas, podem até ser vistos como aspirações naturais do homem, tanto em sua dimensão individual como em sua dimensão social, mas não podem ser tidos por verdadeiros direitos. Portanto, é o processo de positivação que lhes conferem o *status* de direitos.

Esta concepção se opõe, como se viu, àquela outra, minoritária, que guarda simpatia pelo jusnaturalismo, que sustenta que há distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, concebendo os primeiros como espécie de direitos naturais, que existem independentemente de qualquer reconhecimento em diplomas jurídicos, ao passo que os direitos fundamentais seriam somente aqueles positivados na ordem jurídica, podendo ou não abranger os direitos humanos naturais.

Não obstante, embora inegável a existência de leis naturais, a exemplo da possibilidade de engravidar e de produzir leite para a amamentação do filho, que somente há em relação à mulher (restringindo o exemplo à raça humana), não se pode afirmar que essas leis naturais se confundam com aquilo que se entende por direito.

As necessidades humanas, notadamente em razão da vida em sociedade, suscitam aspirações que podem ou não ser atendidas por um ordenamento jurídico, como se dá, por exemplo, com a limitação da jornada de trabalho e com a garantia de um dia pelo

menos na semana para o repouso e o lazer, visando atender às necessidades de preservação da saúde do trabalhador, propiciando-lhe recuperar suas energias, entre outros escopos. Nesse caso, não é correto sustentar que o homem tem o direito natural ao repouso e à limitação da jornada de trabalho, mas sim, que tem necessidades inerentes à sua condição humana, mas que somente se tornarão direitos se o ordenamento jurídico contiver normas que garantam este repouso e esta limitação de jornada.

Ainda que seja possível, o que se admite apenas para argumentar, qualificar essas necessidades como direitos humanos, num sentido bastante amplo, o certo é que os mesmos existem em estado puro, desprovidos de sanção, convertendo-se em direitos a partir de sua incorporação pelo ordenamento jurídico, mas antes disso, se apresentam como meras exigências do ser humano e, compreendidos nessa perspectiva, pode-se sustentar, por evidente, sua origem pré-estatal (COMPARATO, 1999, p. 1-55).

## **5.2 Surgimento dos Direitos Fundamentais**

É útil, ajudando a bem compreender a matéria, ainda que não necessariamente de modo definitivo e com extrema precisão, em face de controvérsias verificadas nas obras de diversos autores que cuidam desse tema, fixar a origem e a evolução dos direitos fundamentais, pois que estes certamente não surgiram do nada, mas foram contemplados em diplomas jurídicos em alguma época da civilização humana, com a advertência de que será renunciada a tentação de se estabelecer de forma ampla alguma conexão com o jusnaturalismo, enquanto enfocados os direitos fundamentais apenas como

uma teoria, sob pena de se desviar da trajetória pretendida nesse trabalho, priorizando, assim, a análise a partir de uma perspectiva dogmática, valorizando seu estudo conforme efetiva inclusão desses direitos em cartas constitucionais, ou em outros termos, a sua positivação ou constitucionalização nos ordenamentos jurídicos,

Infere-se da literatura especializada que os juristas que têm tratado deste tema não dispõem de investigações históricas suficientes para poderem afirmar com relativo grau de certeza a época precisa em que nasceram os primeiros direitos fundamentais, ou qual deles primeiramente mereceu esta qualificação, assim considerados conforme o significado que lhes é dado comumente, com mais ou menos a mesma roupagem que serve àqueles estatuídos pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

A maioria das obras que tem cuidado deste aspecto dos direitos fundamentais parte de algum estatuto jurídico gerado no período medieval, traçando sua evolução até a época atual. Para Motta (2003, p. 88):

A evolução histórica dos Direitos Fundamentais é normalmente examinada a partir do mundo medieval; como, por exemplo, no juramento das Cortes de Leon em 1118 por Afonso IX e na Magna Carta de 1215. A concepção dos Direitos Fundamentais na antiguidade é muito pouco considerada entre os autores. Prescindem do mundo antigo (Grécia e Roma), considerando que seus pressupostos sociais e institucionais são muito mais relevantes para esclarecer o tema.

Sampaio (2004, p. 429) indica como documentos jurídicos da antiguidade, portadores de reconhecimento de direitos fundamentais, a Carta de Ciro, da Pérsia, de 570 a. C, “reconhecendo direitos de propriedade e de liberdades, segurança, bem como alguns direitos econômicos e sociais” e a publicação da Lei das Doze Tábuas, de 450 a. C.

Sem a preocupação historicista em fixar com exatidão e certeza a data do nascimento (sua positivação em diplomas jurídicos) dos primeiros direitos fundamentais, de modo absoluto e incontestável, tarefa que talvez seja impossível de ser alcançada, parece ser um bom começo partir-se do documento mais antigo e relevante de que falam os doutrinadores em seus escritos.

Motta (2003, p. 96-97), por exemplo, inicia sua incursão por essa estrada, fazendo um resumo dos conceitos de direito e justiça, desde a época de Aristóteles e Platão, até chegar às primeiras concepções do Direito Natural, baseando-se em dados colhidos da obra de Magalhães (2000, p. 21-48), aproximando-se até a fase clássica do Direito Natural, que se subdivide em três períodos, o primeiro deles a partir da obra de Hugo Grotius, surgida depois do Renascimento e da Reforma, passando pelo segundo período, iniciado pela chamada Revolução Puritana, em 1649, “caracterizada por uma tendência para o capitalismo livre na economia e o liberalismo na política e na filosofia”, quando foram plantadas as idéias de Locke e Montesquieu, até chegar ao terceiro período, “marcado por uma forte crença na soberania popular e na Democracia”, em que o direito natural “estava confiado à vontade geral do povo”, germinando as idéias de Rousseau e Kant. Motta (2003, p. 96-97) afirma que “pode ser destacada a importância do jusnaturalismo e do jusracionalismo para o início das garantias formais dos Direitos Individuais Fundamentais”.

Este autor noticia que a Magna Carta de 1215, imposta ao rei João Sem-Terra, da Inglaterra, é a responsável pelo processo pioneiro de materialização desses direitos e, a propósito da afirmação supra de que John Locke foi um dos pensadores que inspirou a gênese dos direitos fundamentais, assevera:

O pensamento constitucionalista que inspirou as primeiras revoluções francesa e norte-americana, assim como a evolução do sistema

britânico do século XVIII, estava apoiado em dois princípios. Primeiro, que há determinados direitos da pessoa humana que não dependem de seu reconhecimento em contratos ou normas jurídicas, já que são próprios da natureza humana e, portanto, prévios ou anteriores a qualquer pacto ou criação de uma comunidade política. Esta posição está particularmente popularizada pela obras de John Locke e tem reflexo explícito na Declaração da Independência dos Estados Unidos, de 1776 (MOTTA, 2003, p. 153-154).<sup>14</sup>

Desde aquela época até se chegar ao presente, percebe-se claramente que a história dos direitos fundamentais se confunde com a própria história do constitucionalismo, saindo de um Estado monárquico absoluto para uma monarquia constitucional, alcançando-se o sistema republicano, passando pelo Estado liberal, pelo Estado moderno e chegando-se ao Estado contemporâneo.

O termo “constitucionalismo” tem mais de um significado. Conforme Tavares (2003, p. 1), é possível de se identificar pelo menos quatro acepções para o constitucionalismo, “como referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário”; como a imposição de que haja cartas constitucionais escritas; para “indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades”. E, por derradeiro, “numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.

Na acepção que se dá ao termo “constitucionalismo” como a imposição de que documentos constitucionais devem ser escritos, há discordância em doutrina, como se vê de Loewenstein (1970): “A existência de uma constituição escrita não se identifica com o constitucionalismo”.

---

<sup>14</sup> Há evidente erro material nesta citação, pois que a aludida declaração de direitos é de 1776.

Sampaio (2004, p. 142 e 429) cita em sua obra os principais documentos que antecederam a Declaração de Independência dos Estados Unidos, consagradores de direitos fundamentais, com a necessária ressalva de que estes, em seu catálogo atual, não surgiram todos de uma só vez, bem como, tiveram seus momentos históricos de maior relevância na passagem da idade média para a idade moderna, em razão da evolução social, política, econômica e cultural. Destacam-se, assim: A Magna Carta de 1215 (Inglaterra); a *Petition of Rights* inglesa de 1628; o Tratado de Westphalia, de 1648, estabelecendo direitos iguais para protestantes e católicos; o *Habeas Corpus Act*, editado na Inglaterra, de 1679; e o *Bill of Rights* aprovado na Inglaterra, de 1689.

O movimento de insatisfação popular americano, com propósitos libertários, visando a independência das colônias sob domínio britânico, deu origem à Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, cujos princípios básicos, notadamente aqueles que diziam respeito à liberdade individual e política, influenciaram as declarações de direito e a cartas constitucionais aprovadas posteriormente por nações do continente europeu.

Os movimentos revolucionários do final do século XVIII, com pretensão de instalação de regimes democráticos, juntamente com a revolução industrial, derrubaram muitas instituições e práticas até então arraigadas nas sociedades e na política, valendo salientar que:

Com a ‘era das revoluções’ democrática e industrial, a partir do final do século XVIII e segundo um processo histórico que ainda não terminou, instituições que duraram milênios, sistemas de autoridade, divisões de classes e crenças tão antigas que pareciam ter nascido com o mundo foram derrubados. Como em nenhum outro período da história, antes e depois, a humanidade atravessou um período de mudanças tão importantes que deu origem a um novo mundo, o sistema das sociedades modernas. Cresceram a classe média e a luta ideológica. Surgiram o nacionalismo, a política de massas, o proletariado industrial, as políticas de livre comércio, as diversas

versões de socialismo e as reações a este da parte do espírito conservador. Afirmaram-se e desde então avançaram sem parar as universidades, as corporações de negócios e a burocracia. Impuseram-se as crises, o capitalismo e os movimentos de fluxo e refluxo das conjunturas sociais modernas (SCURO NETO, 2004, p. 267-268).

Destarte, em 1789, logo depois da revolução, nasceu na França a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Nacional Constituinte, de 26 de agosto de 1789, constituindo-se em marco importante na evolução dos direitos fundamentais. Esta Constituição era extremamente liberalista e individualista, imperfeição de certa forma corrigida pela Constituição Francesa de 22 de agosto de 1795, e depois, pela Carta constitucional de 04 de novembro de 1948, com sensíveis avanços pela inclusão de direitos econômicos e sociais. Em 1919 a Alemanha aprova a sua Carta constitucional, a propalada e tão lembrada, assim como criticada, Constituição de Weimar, que prioriza o que se chamou de Estado Social, servindo de paradigma a diversas constituições européias, entre elas a da Espanha, de 1931 (MOTTA, 2003, p. 112-115).

Documentos que merecem destaque, dentre outros, porque contêm garantias de relevo quanto à tutela dos direitos fundamentais, são os a seguir relacionados, conforme Sampaio (2004, p. 429-432):

a) 1864: Convenção para melhoria da condição dos soldados em campo de guerra; o Comitê Internacional da Cruz Vermelha é fundado na Suíça por Henri Dunant - direito internacional humanitário;

b) 1919: Tratado de Versalhes – criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho;

- c) 1924: Declaração sobre os direitos da criança (Genebra);
- d) 1926: Convenção sobre a escravidão;
- e) 1945: Carta das Nações Unidas, com a criação da UNESCO;
- f) 1948: Declaração Universal dos Direitos do Homem, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Convenção Internacional sobre a Proteção e Punição do Crime de Genocídio;
- g) 1950: Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais;
- h) 1952: Convenção Internacional sobre os direitos políticos das mulheres;
- i) 1966: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos direitos culturais, econômicos e sociais, completando a Declaração Internacional dos Direitos do Homem;
- j) 1969: Convenção Americana sobre Direitos Humanos;
- k) 1978: Declaração Internacional sobre os princípios fundamentais de contribuição da mídia de massa para fortalecer a paz e o entendimento universal, para a promoção dos direitos humanos e para conter o racismo, *apartheid* e o incitamento à guerra; Declaração Internacional sobre raça e preconceito racial;
- l) 1981: Declaração Internacional sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas em religião ou crença; Carta Africana de Direitos do homem e dos povos;

m) 1984: Convenção Internacional contra a tortura e outras formas de tratamento ou punição cruéis, desumanos ou degradantes;

n) 1987: Convenção Européia para prevenção da tortura e outros tratamentos e punições cruéis, desumanos e degradantes;

o) 1989: Convenção Internacional dos direitos da criança; Convenção européia sobre torturas;

p) 1992: Declaração Internacional sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais, étnicas, religiosas ou lingüísticas; Declaração Internacional sobre proteção das pessoas desaparecidas; e

q) 1998: Instituição do Tribunal Penal Internacional para punir crimes de genocídios, de guerra e contra a humanidade.

Nota-se, desta razoável amostra de documentos políticos e jurídicos, a maioria deles editada por organismos internacionais ou regionais, geralmente incorporados à ordem constitucional dos países de civilização ocidental e regime democrático, que a proteção dos direitos do homem, mormente aqueles relacionados à vida, integridade física, liberdades políticas e de crenças religiosas, dignidade e igualdade jurídica perante seu semelhante, contra atos generalizados e indiscriminados de violação, vêm sofrendo progressiva evolução qualitativa e quantitativa, variando conforme a gravidade das transgressões reveladas pela história em seu inexorável curso.

### 5.3 Evolução dos Direitos Fundamentais

Situando-se os direitos fundamentais a partir do século XIX, quando ganharam maior incentivo, relevo e prestígio, a doutrina de um modo geral adota uma espécie de regra do tempo, pela qual mede o seu nascimento e desenvolvimento, criando categorias de gerações, como se a atual substituísse a anterior sem o aproveitamento já alcançado, quando isso não é verdadeiro, pois o que se verifica é o acréscimo de direitos na categoria daqueles tidos por fundamentais, isto é, o aumento do catálogo de direitos fundamentais.

Nem por isso este critério perde seu valor quando se tem em mente que historicamente este grupo de direitos, paulatinamente constitucionalizados pelos ordenamentos democráticos, efetivamente tem sido ampliado de acordo com o grau de indispensabilidade de sua fruição que se reconhece à pessoa humana, para que desfrute de uma vida digna, livre e igualitária, variando esta concepção e o tratamento dispensado a esses direitos, tidos por fundamentais, de acordo com os avanços das ciências e da tecnologia e as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais. Ou dito de outro modo, e em fórmula mais sintética, estes avanços e transformações impõem o ritmo da necessidade de ampliação do rol dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O modo de produção atual, que ora é citado a título ilustrativo, sem o propósito de se desviar do tema e nem de se fazer algum tipo de defesa ideológica, denominado de globalização ou mundialização, que tem por alguns dos seus princípios a integração das economias mundiais, a redução de despesas na atividade produtiva, a elevação do lucro e a melhoria da competitividade comercial dos produtos e, paradoxal e simultaneamente, aumentando a miséria e a legião de excluídos, em face de uma maior e

gradativa concentração da renda em um número cada vez menor de pessoas, tem ensejado grande preocupação do governo e de toda a sociedade quanto aos seus efeitos maléficos, justificando uma maior proteção social aos mais fracos economicamente.

Esta tutela deve incluir, por exemplo, a preservação dos postos de trabalho existentes e a criação de meios que promovam o seu incremento, a proteção do trabalhador contra a automação, o estímulo às micros, pequenas e médias empresas em face dos grandes e poderosos conglomerados econômicos e financeiros e a melhoria dos sistemas de educação e saúde públicas, tendo por escopo a pessoa humana e suas relações em sociedade, propiciando a criação de condições ideais para que tenha uma existência digna, num ambiente em que prepondere não apenas a liberdade individual, mas a produção de resultados social e economicamente justos, com igualdade de oportunidades a todos. Estas questões de ordem social e econômica estão conectadas intimamente, não há dúvida, com a disciplina dos direitos fundamentais.

### **5.3.1 Primeira Geração**

As idéias que prevaleceram na elaboração dos fundamentos da revolução francesa do século XVIII deram azo ao estabelecimento das três ordens principiológicas em que se encerra todo conteúdo possível dos direitos fundamentais e, ainda que este não tenha sido o propósito, acabaram por fixar o que viria a ser a ordem histórica da institucionalização dos mesmos: liberdade, igualdade e fraternidade, como que profetizando.

Estes valores tinham base no jusnaturalismo que era muito forte na época, embora visto este pelo ângulo da racionalidade, e não mais por inspiração divina, conforme pensamento difundido por Locke e Rousseau, como já visto anteriormente, possuindo caráter de generalização e universalidade, mas não de modo concreto, mas sim, abstrato. A partir do consenso de que era essencial que se assegurassem ao homem liberdade, igualdade e fraternidade, era preciso descobrir os caminhos e implementar os meios para que estes valores fossem institucionalizados, isto é, que passassem a integrar a ordem jurídica, adquirindo normatividade, juridicidade, o que resultaria na possibilidade da exigência de obediência e respeito se houvesse violação. Noutros termos, tinha que se buscar, primeiramente, a formalização dos aludidos direitos fundamentais. Numa etapa seguinte, sua efetivação.

Constituem direitos de primeira geração os direitos de liberdade, porque foram os primeiros a fazerem parte de um instrumento normativo constitucional, correspondendo aos direitos civis e políticos, coincidindo historicamente com a fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. A evolução e a efetivação desses direitos não foram uniformes em todos os países, mas sofreram variações, conforme o modelo de cada sociedade e o regime político implantado, passando por avanços e retrocessos, mas conseguindo sair de mero reconhecimento formal, para efetiva concretização, até alcançarem posição de destaque nos regimes realmente democráticos.

Hodiernamente, os direitos fundamentais de primeira geração, ao menos formalmente, constam de todas as Constituições. A titularidade desses direitos pertence ao indivíduo e são oponíveis ao Estado. No campo dos valores políticos servem para indicar a nítida diferenciação entre Sociedade e Estado. “Traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2003, p. 563-564).

Esses direitos, em última análise, prestigiam e conservam as liberdades individuais, com os limites traçados pelo direito constitucional, consistindo num mínimo oponível contra todos, inclusive o Estado.

### 5.3.2 Segunda Geração

O Estado liberal clássico tinha por principal finalidade garantir a liberdade dos cidadãos e foi marcado por uma forte delimitação dos seus poderes de intervenção no âmbito jurídico privado. Havia, naquela época, preocupação do ordenamento jurídico em conferir igualdade meramente formal, sem qualquer consideração pelas diferenças sociais entre as pessoas, pois que se imaginava que esse tratamento igualitário garantiria a sua liberdade. Mas um problema ainda incomodava, já que de nada adiantaria conformar a atividade do legislador se ao juiz fosse permitido interpretar as normas de acordo com as necessidades e diferenças sociais.

Conforme pregava o barão de Montesquieu, nascido Charles-Louis de Secondat (2003, p. 167-168 e 172):

[...] Os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei. Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos. Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes da nação não são [...] mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados, que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor.

A idéia que então prevalecia, como bem demonstrado na obra de Montesquieu, revelava uma ideologia que vinculava liberdade política e certeza do direito. A liberdade política ou a segurança psicológica do sujeito advinha da certeza de que o julgamento não passaria de repetição do texto preciso da lei, sem qualquer interpretação que pudesse levar a resultados que não fossem aqueles previamente conhecidos, ou dito de outro modo, tinha-se a convicção de que não destoando o julgamento da literalidade do texto da lei a liberdade política estaria garantida.

A instituição, por meio da lei, de direitos políticos e civis, assim como, o reconhecimento da liberdade individual e da igualdade entre as pessoas e, ainda, a não interferência do Estado nos negócios privados (abstenção do Estado), não se mostraram suficientes para garantir progresso econômico e avanços sociais, pois, a sociedade é pluralista, composta de grupos e pessoas que se distinguem entre si, seja pelos diferentes interesses econômicos e políticos, muitas vezes antagônicos, seja também pela falta de condições materiais que possam efetivamente assegurar plena igualdade entre as pessoas. Não bastava que o ordenamento jurídico declarasse que todos são iguais perante a lei. Esta igualdade, meramente formal, não resolvia os conflitos sociais e as desigualdades concretas existentes no meio social.

A experiência jurídica, em conformidade com os postulados do Estado liberal, serviu para a identificação de um quadro social revelador de imensas distâncias entre pessoas e grupos sociais. Para que houvesse efetiva igualdade o Estado deveria assegurar a todas as pessoas iguais oportunidades de acesso aos bens e valores fundamentais a uma existência digna, construindo uma sociedade, sob esta perspectiva, mais justa. Nesse contexto surgiram os direitos fundamentais que são, doutrinariamente, denominados de segunda geração. Trata-se dos direitos sociais, culturais e econômicos, e numa etapa seguinte,

notadamente a partir das modificações introduzidas nos sistemas jurídicos, por força das constituições que substituíram as cartas liberais, são incluídos também os direitos coletivos ou de coletividade. Os direitos dessa categoria, como visto, têm forte e inseparável vínculo com o princípio da igualdade, sua maior razão de ser.

Esses direitos estavam garantidos, por exemplo, nas Constituições de inspiração Marxista e igualmente nas Cartas constitucionais qualificadas de social-democratas, inclusive as Constituições do México de 1917 e a da República de Weimar de 1919, sendo que depois da Segunda Grande Guerra, foram acolhidos e dominaram por inteiro as Constituições a partir de então aprovadas (BONAVIDES, 2003, p. 564).

O fracasso do princípio (no âmbito exclusivamente formal) da igualdade de todos perante a lei, sem concessões, desconsiderando as diferenças entre pobres e ricos, jovens e velhos, homens e mulheres, dentre outras, revelou-se mais nitidamente no campo das relações entre patrões e operários. Nesse passo, ensina Comparato (2005, p. 53):

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retornando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização.

Tratava-se da tomada de nova consciência, com o surgimento das constituições do chamado Estado social. Com efeito, como dito inicialmente, percebeu-se que não bastava a Constituição garantir às pessoas os direitos civis e políticos, mas fazia-se mister que outros direitos que pudessem assegurar condições mínimas de uma existência digna fossem objeto de institucionalização, com ênfase para a proteção das classes menos favorecidas economicamente, que certamente tinham maiores dificuldades de acesso e efetivo gozo a situações materiais que lhes propiciassem o mínimo essencial a uma vida digna.

Não era suficiente que o Estado se abstinhasse de interferir nas relações privadas, priorizando a liberdade individual como se acreditava nos primórdios do Estado liberal, justificando não exatamente o surgimento, mas o reconhecimento constitucional de direitos tidos por fundamentais à pessoa humana, como fórmula para o crescimento econômico e o progresso individual, livrando-se a sociedade dos males causados pela imoderada ingerência do Estado na economia e na vida das pessoas. Este modo de conceber a sociedade e sua relação com o Estado estimulou o agravamento de graves problemas sociais.

A propósito:

Os direitos individuais aparecem na doutrina clássica como direito do indivíduo perante o Estado, cuja conduta deverá ser de respeito, ou *não fazer*. Entretanto, essa conduta abstencionista do Estado deixava as diferenças sociais se agravarem, impedindo cada vez um maior número de pessoas de usufruir de suas liberdades (*sic*). Percebe-se então a necessidade de o Estado intervir na ordem social e econômica, buscando o bem-estar social, oferecendo determinados direitos sociais que, amparados por uma determinada política econômica, possibilitariam a todas as pessoas o exercício de suas liberdades individuais. A partir desse momento, se o Estado continuava a ter o dever de respeitar, por exemplo, a liberdade de expressão, de consciência, tinha também o dever de oferecer meios para que as pessoas usufruíssem dessas liberdades através do direito social fundamental à educação, permitindo assim que cada indivíduo formar livremente sua consciência e expressá-la de forma que melhor entender (*sic*). Será assim que se dará a formação de um novo conceito de Direitos Humanos, com a integração necessária de direitos individuais, sociais e econômicos, amparados em uma sociedade

democrática com o pleno exercício dos direitos políticos por seus cidadãos (MAGALHÃES, 2000, p. 188-189).

Para Comparato (2005, p. 52), as declarações de direito norte americanas e a declaração francesa de 1789 “representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”. As condições necessárias para que isso ocorresse foram criadas mais de dois séculos antes, de um lado, pela reforma protestante, “que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião; de outro lado pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho seu próprio destino e os destinos do seu povo”, sendo exemplar a Itália renascentista. Conforme o autor citado, esta perda de proteção familiar, estamental ou religiosa tornou o homem mais vulnerável às vicissitudes da vida e, para compensar, recebeu da sociedade liberal a oferta de segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei, acrescentando:

Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança.

A experiência desse primeiro período de limitação dos poderes do Estado demonstrou que nem todas as pessoas se encontravam em igualdade de condições, fossem econômicas, culturais, intelectuais ou científicas, ou de outra natureza, capaz de propiciar o crescimento econômico em benefício de toda a sociedade, e ainda, de gerar meios suficientes

para que todos tivessem satisfeitas suas necessidades vitais, como saúde, educação, transporte, segurança e moradia. Estabeleceu-se o entendimento de que a história indicava que o modelo do Estado liberal e apenas não intervencionista não mais tinha razão de ser. Além disso, havia necessidade de prestações positivas por parte do Estado, para assegurar um mínimo de bem-estar aos indivíduos. A ingerência do Estado na economia e na vida social caracterizava-se como essencial para evitar crises cíclicas e para garantir um mínimo de bem-estar a grande parte da população. O Estado, notadamente depois do término da Segunda Guerra Mundial, passou a ser compreendido como intervencionista, ou seja, “como um Estado Social e com função social, decidido a promover – ou a impedir – determinadas ações culturais e econômicas” (CRUZ, 2004, p. 161).

Esses direitos exigiam prestações positivas do Estado para serem implementados, nem sempre possíveis, em face de carência ou de limitação de meios e recursos materiais, razão pela qual, passaram por uma fase de baixa normatividade, em que muitos negavam a sua plena eficácia. Face a esta duvidosa normatividade, passaram a ser qualificados de normas programáticas, exigindo para sua aplicação regulamentação infraconstitucional, não gerando direitos subjetivos diretos e imediatos aos destinatários das normas constitucionais que os contemplavam. Numa segunda etapa, mesmo entendendo-se que tinham sua eficácia normativa assegurada pela Constituição, não eram observados e executados. Nas últimas décadas, entretanto, diversas Constituições têm agasalhado o princípio de sua imediata aplicabilidade, inclusive a brasileira, como se observa do seu artigo 5º, § 1º.<sup>15</sup>

### 5.3.3 Terceira Geração

Bens essenciais à vida humana, a exemplo da água potável, meio ambiente equilibrado e livre de agressões por substâncias tóxicas e alimentos saudáveis, sem a influência de conservantes e outros elementos químicos nocivos, eram tidos por inesgotáveis, não sendo alvo de preocupação da sociedade, dos governos e do direito. Todavia, o crescimento econômico e industrial, paulatinamente, passou a gerar efeitos desastrosos sobre as condições essenciais de vida das pessoas, atingindo violentamente os recursos naturais e o meio ambiente, comprometendo a suficiência e a qualidade dos alimentos e, por extensão, a qualidade de vida da população, colocando em risco o bem estar e a vida de todas as pessoas, até mesmo com a possibilidade de inviabilização da sobrevivência das gerações futuras.

A percepção desta realidade despertou a preocupação dos organismos não governamentais, da população em geral e dos governos com a preservação de certas condições de vida, inclusive a recuperação, quando possível, do estado anterior, através da sua reconstituição. Motivou o surgimento de novos direitos tidos por fundamentais, agora numa dimensão que os enquadram como de terceira geração.

As constituições mais recentes, incluindo a brasileira<sup>16</sup>, e as declarações internacionais de direito passaram a reconhecer novos direitos, até há pouco tempo sequer imaginados, contemplando não apenas direitos negativos, assim entendidos aqueles que pressupõem uma abstenção do Estado, mas sim, direitos positivos, consistentes em prestações do Estado, como responsável pelo acesso da população a serviços sociais públicos essenciais,

---

<sup>15</sup> Art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

em grau mais elevado que aquele exigido para a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais, em sentido estrito. Tutelam-se bens comuns e indispensáveis indistintamente a todas as pessoas. Não se trata mais de proteger bens considerados individualmente.

Sobre a tutela dos direitos fundamentais de terceira geração, ensina Cruz (2004, p. 164):

A defesa destes bens, de natureza difusa mas de repercussão individual, está traduzida na proclamação de direitos que se caracterizam, por um lado, por serem sujeitos ativos, que identificam tanto com o indivíduo como com a coletividade. Por outro lado, por criar obrigações de submissão a estes mesmos direitos ao Estado e aos próprios cidadãos, já que só a conduta solidária destes últimos tornará possível a manutenção do ambiente vital que se quer proteger.

Sarlet (2004, p. 56-57), depois de lembrar que também são conhecidos por direitos de fraternidade ou de solidariedade, destaca como especial característica dos direitos fundamentais de terceira geração, “o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)”. Em outras palavras, são direitos que se qualificam como coletivos ou difusos, em face de sua titularidade.

Bonavides (2003, p. 569) vê nos direitos fundamentais de terceira geração elevado teor de humanismo e universalidade, “enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”, lecionando que se trata de direitos que “têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em

---

<sup>16</sup> Artigo 225, por exemplo: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à

termos de existencialidade concreta”. Afirma, baseando-se nas obras de Karel Vasak e outros, que já podem ser identificados cinco direitos de terceira geração, a saber: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação.

Bonavides (2003, p. 570) cita o jusfilósofo alemão Etienne-R. Mbaya, para o qual o direito ao desenvolvimento diz respeito aos Estados e aos indivíduos, sendo que em relação a esses últimos, traduz uma pretensão ao trabalho, à saúde e a alimentação adequada. Para Mbaya, a criação e a formulação de novos direitos são um processo sem fim e que o princípio da solidariedade exprime-se de três modos:

1. O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);
2. Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com o auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar *deficits*); e
3. Uma coordenação sistemática de política econômica (*apud* BONAVIDES, 2003, p. 570).

Em síntese, trata-se de direitos baseados na solidariedade ou na fraternidade, conforme a preferência de cada autor, tendo em vista o gênero humano, não considerado individualizadamente, mas sim, enquanto integrante de grupos sociais, caracterizando-se como coletivos e difusos, exigindo proteção compatível com sua natureza.

### 5.3.4 Quarta e Quinta Gerações

Alguns textos doutrinários mencionam, mesmo sem apresentar uma argumentação convincente, a existência de direitos fundamentais de quarta geração, e outros, até os de quinta geração, o que não corresponde à realidade, tratando-se, e isso há que ser dito para que fique bem claro, unicamente de propostas que objetivam a elaboração e a efetivação de alguns outros direitos não incluídos nas gerações anteriores, porque são dotados de outras características, inexistentes naquelas, sempre com o escopo de tutelar a pessoa humana, em prol de seu aprimoramento, além do próprio bem comum. Há, em doutrina, alguns exemplos de direitos supostamente identificados na ordem constitucional de alguns países que, segundo alguns estudiosos, não se enquadram nas categorias anteriormente mencionadas, e assim, há esta tentativa de colocá-los em um novo grupo de direitos fundamentais.

Dito de uma outra forma, os chamados direitos fundamentais de quarta geração estão em estágio de gestação, pois que ainda não foram acolhidos explicitamente pela ordem interna e internacional, sem embargo de haver argumentos para sustentar que estão subjacentes, implícitos no ordenamento constitucional, e desse modo, não gozando de emancipação e sequer de uma defesa firme quanto ao seu reconhecimento, com maior razão não é possível falar-se em sua efetiva implementação.

Não obstante, mesmo que seja entendido que os direitos fundamentais de quarta geração encontram-se numa fase embrionária, há quem afirme que já teve início um processo que pode dar origem aos direitos fundamentais de quinta geração. São, na verdade, estudos incipientes, ainda no âmbito da investigação e da pesquisa, sem base sólida para que se sustente de modo fundamentado sua existência e, mesmo sem a construção de um

arcabouço teórico convincente para apoiar a tese dos direitos fundamentais de quarta geração, ainda não havendo nem mesmo consenso sobre quais direitos devem ser assim classificados, há aqueles que sustentam o início da formação de direitos fundamentais de quinta geração.

Para Sampaio (2004, p. 298), os direitos fundamentais de quarta geração seriam mero desdobramento dos direitos de terceira geração, “com destaque para a vida permanente e saudável na terra, compondo os direitos intergeracionais a uma vida saudável ou a um ambiente equilibrado”, lembrando da Declaração do Rio de 1992. Por este enfoque é reconhecido o direito à vida das gerações futuras e a uma existência saudável e em harmonia com a natureza e ao desenvolvimento sustentável. Essa dimensão de direitos fundamentais incluiria limites aos avanços das ciências, notadamente da biotecnologia, bioengenharia e da manipulação genética, “nos domínios de interferência com a liberdade, igualdade e dignidade humanas”. Este autor lembra da Convenção Européia para Proteção dos Direitos do Homem e Dignidade do Ser Humano, e ainda, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos do Homem, ambas de 1997, “que proíbem discriminação com base em herança genética e clonagem humana”.

Outros autores, segundo Sampaio (2004, p. 300), vislumbram nessa dimensão os direitos das mulheres, “considerando que os direitos humanos sempre foram do homem enquanto gênero opressor”. Esses direitos diriam respeito a igualdade de oportunidades entre homem e mulher, direito de não-discriminação e de não ser vítima de violência, abrangendo direitos sexuais ou reprodutivos, consistentes no “controle da própria sexualidade” e ao “acesso aos cuidados primários e secundários de saúde, a toda forma de contraceptivos, inclusive por meio de serviços públicos, e às tecnologias reprodutivas”.

Alguns estudiosos, como o juiz Marcus-Helmons, da Corte Européia de Direitos Humanos, citado por Sampaio (2004, p. 301), vislumbram na tutela dos direitos de quarta geração, a “dignidade da pessoa humana, independentemente do gênero, contra os possíveis abusos do progresso tecnológico” e, ainda, há autores que identificam nesta geração “os direitos de todos os grupos sociais mais vulneráveis, para além das mulheres, as crianças, os idosos e os portadores de necessidades especiais, numa mistura de direitos civis, políticos e sociais subjetivamente afetados”. Os titulares desses direitos, tanto quanto dos de terceira geração, são grupos humanos e não o homem isoladamente considerado, como a família, o povo, a nação e as etnias, enfim, a humanidade considerada como um todo.

Bonavides (2003, p. 570-571), depois de criticar a globalização, que inclui não apenas a economia e a política, mas o próprio pensamento neoliberal, que contribui para a debilitação dos laços de soberania e, ao mesmo tempo, “doutrinando uma falsa despolitização da sociedade”, afirmando que a “globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores”, define como direitos fundamentais de quarta geração os consistentes na participação democrática da população nas decisões que influenciam e estabelecem os destinos de cada um, complementando:

Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equívale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Os direitos fundamentais de quarta geração, portanto, ainda não foram completamente reconhecidos pela ordem jurídica em geral, nos planos interno e externo, muito pouco havendo nas declarações de direito produzidas e aprovadas por organismos internacionais, e do mesmo modo nos ordenamentos jurídicos internos de cada país, em termos de reconhecimento formal e constitucionalização, quando se trata de regular e garantir direitos vinculados à proteção da dignidade da pessoa humana contra os abusos do progresso tecnológico, ou contra qualquer situação que possa colocar em risco a existência do homem e os próprios direitos já conquistados pela humanidade, o que envolvem as minorias em desvantagem (econômica, social, cultural, política etc.), seja qual for a causa, e as experiências científicas nos campos da biologia, genética, informação e comunicação.

Finalmente, vale registrar o movimento que apregoa o desenvolvimento de uma quinta geração ou dimensão de direitos fundamentais, que por enquanto não vai além de simples sugestões de alguns autores, conforme é noticiado por Sampaio (2004, p. 302), sendo que para alguns, são basicamente aqueles direitos que envolveriam compaixão, cuidado e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que “a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado”.

Em resumo, nem mesmo a pretendida quarta geração de direitos alcançou um grau satisfatório de normatização e reconhecimento interno e externo, ou mesmo doutrinário, com menos razão é possível falar-se em existência de direitos de quinta geração, quiçá num futuro próximo.

#### 5.4 Classificação dos Direitos Fundamentais

Tentar estabelecer, apesar das notórias dificuldades, uma classificação dos direitos fundamentais, mostra-se útil para a sua compreensão e para o aproveitamento da disciplina que deles trata dentro da perspectiva do estudo do acesso à justiça, na segunda parte desse trabalho. Porém, faz-se necessário reconhecer que, talvez, não haja nada tão improdutivo que excessiva preocupação com classificações de categorias jurídicas, uma vez que geralmente as apresentadas pela doutrina mais respeitada, em que pese os esforços dos estudiosos, são imperfeitas e quase nunca conseguem abranger todos os elementos relevantes que devem ser considerados.

Cada autor tem seus próprios critérios e com base neles produzem variadas classificações, o que não é diferente em se tratando dos direitos fundamentais. Para a finalidade deste trabalho mostra-se suficiente que se estabeleça uma classificação enfocada no direito constitucional positivo pátrio, sem exagerada preocupação na escolha das premissas metodológicas.

Portanto, adota-se para fins didáticos, como via auxiliar à correta compreensão da seqüência desse estudo, a classificação sugerida por Afonso da Silva (2004a, p. 182-183). Para este autor, a classificação que decorre do direito constitucional pátrio é aquela que agrupa os direitos fundamentais com base no critério de seu conteúdo, que simultaneamente se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela. Assim, resumidamente, classifica os direitos fundamentais em seis grupos: (1) direitos individuais (CF, art. 5º); (2) direitos à nacionalidade (CF, art. 12); (3) direitos políticos (CF, art. 14 a 17);

(4) direitos sociais (CF, art. 6º e 193 e ss.); (5) direitos coletivos (CF, art. 5º); e (6) direitos solidários (CF, art. 3º e 225).

Os direitos constantes do primeiro grupo (do *homem-indivíduo*), para Afonso da Silva (2004a, p. 183), são aqueles que “reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”, sendo conhecidos na tradição do direito constitucional brasileiro como direitos individuais, mas também são chamados de *liberdades civis e liberdades-autonomia*. Os direitos de nacionalidade, ou do *homem-nacional*, têm por “conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades”. Os direitos fundamentais do *homem-cidadão*, do grupo três, são os direitos políticos (direito de eleger e ser eleito), que alguns chamam de direitos democráticos ou direitos de participação política. No quarto grupo estão os direitos fundamentais do *homem-social*, consistentes naqueles que são garantidos em suas relações sociais e culturais (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados – art. 6º, da CF). No quinto grupo situam-se os direitos fundamentais do *homem-membro de uma coletividade*, denominados de direitos coletivos (art. 5º). Finalmente, no sexto grupo, estão os direitos fundamentais de terceira geração, fundados na solidariedade, ou seja, direitos do *homem-solidário* ou do *gênero humano* (direito à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade).

Afonso da Silva (2004a, p. 183) adverte que a Constituição da República não inclui na categoria de direitos fundamentais sociais aqueles fundados nas relações econômicas, embora os direitos econômicos existam, e que a classificação de sua preferência não é exaustiva, somente apresentando um agrupamento geral, uma vez que cada classe de direitos fundamentais comporta subclasses.

Magalhães (2000, t. 1, p. 307) salienta a importância do direito econômico como instrumento de concretização dos direitos sociais, aduzindo:

Esse ramo do Direito regulamenta juridicamente a política econômica que deve estar sujeita à ideologia constitucionalmente adotada; portanto, em uma Constituição que, como a de 1988, estabelece como princípios fundamentais o respeito à dignidade humana, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, a prevalência dos Direitos Humanos, o Direito Econômico se transforma em importante e fundamental mecanismo de transformação da realidade econômica e social, através de uma política econômica adequada aos princípios constitucionais citados. Temos, então, no conceito de Direito Econômico, os elementos necessários que permitem visualizar com facilidade sua relação com os outros grupos de direitos que compõem os Direitos Humanos na sua perspectiva constitucional.

Canotilho (2003, p. 393-398), por sua vez, apresenta registros de classificações sobre direitos fundamentais, encontradas na doutrina. Cita aquela classificação que distingue direitos do homem de direitos fundamentais. Na primeira classe estariam aqueles direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), na segundo, direitos fundamentais, estariam aqueles direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. “Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Noutro grupo, Canotilho (2003, p. 393-398) diferencia direitos do homem e direitos do cidadão, em face do que dispõe a Declaração de Direitos francesa de 1789, pertencendo os primeiros ao homem enquanto tal e os segundos ao homem enquanto ser social, como indivíduo vivendo em sociedade. Ainda, entre direitos naturais e direitos civis.

Os primeiros seriam inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social. Os direitos civis são aqueles pertencentes ao indivíduo como cidadão, proclamados na Constituição ou leis avulsas. Outra classificação é aquela que distingue direitos civis e direitos políticos. Os primeiros como direitos positivos de todos os homens que vivem em sociedade e os segundos são aqueles atribuídos aos cidadãos ativos, ou seja, que tomam parte na formação dos poderes públicos.

Há ainda, classificação entre direitos civis e direitos ou liberdades individuais. Para este grupo, informa o autor ora citado:

Aqui não há qualquer contraposição: os **direitos civis**, depois de esvaziados dos direitos políticos, passam a ser considerados pela publicística francesa como **direitos individuais** ou **liberdades individuais** ou ainda *liberdades fundamentais*. A designação de direitos individuais reflete melhor a filosofia individualista da escola liberal e daí a sua escolha em detrimento da fórmula direitos civis (CANOTILHO, 2003, p. 397).

Finalmente, a última classificação doutrinária, distinguindo entre direitos e liberdades públicas:

[...] Costuma-se fazer uma outra distinção com base na posição jurídica do cidadão, titular dos direitos, em relação ao Estado. As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e através delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado. Daí o nome de **direitos de liberdade**, *liberdades autonomia* e *direitos negativos*. Por sua vez, os direitos estariam ligados ou ao *status activus* ou ao *status positivus*. Os direitos ligados ao *status activus* salientam a participação do cidadão como elemento activo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos). Aqui radicam expressões como *direitos políticos*, *direitos do cidadão*, *liberdades de participação* [...]. Direitos são ainda as posições jurídicas do cidadão conexas com o *status positivus*: trata-se dos direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual. Daí a sua designação como *direitos positivos* ou *direitos de prestação*,

modernamente conhecidos por *direitos econômicos, sociais e culturais* (CANOTILHO, 2003, p. 397-398).

Observa-se, portanto, que as classificações doutrinárias dos direitos fundamentais, sejam para agrupar aqueles que apresentam semelhanças, sejam para distingui-los, sofrem grande variação na doutrina, conforme os critérios adotados para a realização das mesmas.

## 5.5 Garantias dos Direitos Fundamentais

A positivação dos direitos fundamentais através de sua afirmação na Constituição não se confunde com as garantias constitucionais, que têm por escopo justamente assegurar os primeiros. Não é suficiente, assim, que os direitos sejam reconhecidos e declarados pela ordem constitucional, haja vista a possibilidade de sua violação, exigindo haja instrumentos que possam assegurar sua preservação ou restauração em caso de lesão.

Ruy Barbosa (1978, p. 121 e 124) já fazia esta distinção, aduzindo que uma coisa são os *direitos*, outra as *garantias*, devendo separar, no texto da Constituição, as disposições *meramente declaratórias*, “que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos”, e as disposições *assecuratórias*, “que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder”. As disposições exclusivamente declaratórias “instituem os *direitos*”. As disposições assecuratórias “instituem as *garantias*”, ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, “a fixação da garantia, com a declaração do direito”.

Afonso da Silva (2004a, p. 185) observa que não são nítidas as linhas divisórias entre os direitos e garantias, asseverando que: “Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”, acrescentando:

É preciso anotar que a Constituição não seguiu, exatamente, o conselho de Ruy, pois ela não separa rigorosamente os direitos de suas garantias. Houve várias propostas nesse sentido, mas o Relator, constituinte Bernardo Cabral, não teve sensibilidade para uma sistematização constitucional que organizasse os direitos e suas garantias em capítulos separados. Preferiu, influenciado por Relatores coadjuvantes, arrolar tudo num dispositivo só em forma de incisos. Bem verdade que, aí, tentou arranjar em conjuntos, em função de sua natureza.

Parte da doutrina tem entendido que não há na Constituição da República critério que sirva de distinção rigorosa aos direitos e garantias, pecando inclusive pela falta de emprego de terminologia adequada à identificação das garantias, como será mais bem desenvolvido nas próximas linhas. Relega-se ao intérprete e à doutrina a nem sempre confortável tarefa de fazer a distinção, pois que o seu Título II é *Dos direitos e garantias fundamentais*, não informando, todavia, quais são os direitos e quais são as garantias. O primeiro capítulo deste título trata *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*.

Para Afonso da Silva (2004a, p. 185), boa parte desse capítulo contém disposições que estampam garantias, apontando alguns exemplos, como os incisos XI e XII, do artigo 5º, da Constituição, ao declararem a inviolabilidade do lar e do sigilo das correspondências e das comunicações, pois que esta inviolabilidade constitui a garantia do

direito à intimidade pessoal e familiar e da liberdade de transmissão pessoal do pensamento, embora a Constituição fale em direitos, nesses casos, e não em garantias.

Sendo objetivo primordial tratar do acesso à justiça, não se pretende analisar com profundidade todas as questões que dizem respeito às garantias dos direitos fundamentais e às suas implicações, examinando de modo completo as perspectivas oferecidas pela doutrina, pois que, a despeito da falta de adoção de melhor técnica pelo constituinte responsável pela elaboração da Constituição da República, como se realçou acima, o escopo que se tem em mente, nessa parte do trabalho, é meramente o de deixar registrado que a ordem constitucional congrega direitos e garantias, embora nem sempre faça diferenciação entre uns e outros, o que não significa negar a existência e a utilidade da distinção, sendo certo que as garantias são vocacionadas para assegurar os direitos e, assim, satisfaz o escopo a ser alcançado a seguinte classificação das garantias de direitos:

Interessam-nos as *garantias dos direitos fundamentais*, que distinguiremos em dois grupos: 1) *garantias gerais*, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais ‘se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais’ [...]; 2) *garantias constitucionais*, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais [...]” (AFONSO DA SILVA, 2004a, p. 187).<sup>17</sup>

As garantias do segundo grupo (garantias constitucionais) se dividem em gerais e especiais. As primeiras são “instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que

constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais”, e, além disso, “são garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão”. Quanto às garantias constitucionais especiais, são as mesmas “prescrições constitucionais estatuindo técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial”. As garantias constitucionais especiais “são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos” (AFONSO DA SILVA, 2004a, p. 187-188).

A ordem jurídica, assim, pela via das garantias constitucionais, estabelece um sistema de proteção dos direitos fundamentais, constituído pela proteção social, política e jurídica. Os titulares dos direitos fundamentais têm à sua disposição meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos (isto é: garantias especiais) para exigir o respeito a esses direitos e, em caso de sua violação, exigir-se sua reintegração. Nesse sentido, as garantias especiais não são um fim em si mesmas, mas sim, apresentam-se como instrumentos de tutela, que retratam um conjunto de faculdades e prerrogativas visando preservar ou restaurar direitos principais, propiciando aos titulares dos direitos fundamentais situações vantajosas diretas e imediatas, quando adequadamente manejadas. Essa modalidade de garantia tem, então, natureza instrumental, do mesmo modo que, para determinada corrente doutrinária, como será visto mais à frente, ocorre com o direito processual em relação ao direito material.

Afonso da Silva (2004a, p. 188), em afirmação de certo modo provocativa, sustenta que os denominados *direitos públicos subjetivos* não são os direitos fundamentais,

---

<sup>17</sup> Assinale-se que José Afonso da Silva fundamenta sua classificação em conceitos escolhidos junto à doutrina nacional e alienígena, a exemplo de Peces-Barba, Ferruccio Pergolesi, Rosah Russomano, Carlos Sánchez Viamonte e Leovigildo Filgueiras.

mas sim, as garantias constitucionais especiais merecem esta qualificação, quando valoradas da perspectiva da doutrina clássica, porque são elas, as garantias, que são postas à disposição dos particulares pelas normas constitucionais, com a finalidade de exigir-se “o respeito, a observância, o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, importando, aí sim, imposições do Poder Público de atuações ou vedações destinadas a fazer valer os direitos garantidos”.

Cumprе consignar que a doutrina, de um modo geral, a exemplo de Luiz Bazdresch, Ferreira Filho, Grinover, Cunha Ferraz, Leovigildo Filgueiras, Carlos Sánchez Viamonte, Bascuñan e Ferruccio Pergolesi, emprega a expressão *garantias constitucionais* em três sentidos: (a) reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, de modo que as declarações de direitos estampariam quando muito um compromisso de respeito à existência e exercício desses direitos; (b) prescrições que proibem determinadas ações do poder público; e (c) proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia, ou seja, *recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura*. Outra compreensão sobre o que sejam as garantias constitucionais, além desses três sentidos, e mais ampla que esses, é encontrada na doutrina, aplicando-se, porém, mais apropriadamente à defesa de certo regime político, e não à tutela dos direitos fundamentais, podendo ser enunciada assim: *são meios predispostos para assegurar a observância e, portanto, a conservação de um determinado ordenamento constitucional* (AFONSO DA SILVA, 2004, p. 186-187).

Russomano (1972, p. 333-340), em obra publicada sob o império da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1/1969, classificava as garantias constitucionais especiais, assim: (a) garantias jurisdicionais (direito de ação, juízo competente e inexistência de foro privilegiado ou tribunais de exceção); (b) garantias criminais, preventivas e repressivas (legalidade e comunicação da prisão, anterioridade da lei penal,

*habeas corpus* contra prisão ilegal, personalização e individualização da pena, retroatividade da lei penal benéfica, inexistência de prisão civil por dívida, multa ou custo e inexistência de extradição, de brasileiro seja em que caso for, e de estrangeiro em casos de crime político ou de opinião); (c) garantias processuais (direito à ampla defesa e ao contraditório, por exemplo, como corolários do devido processo legal); (d) garantias tributárias (como a criação ou majoração de tributos mediante lei anterior); (e) garantias civis (obtenção de certidões dos órgãos públicos, para defesa de direitos e esclarecimento de situações, mandado de segurança contra ato ilegal ou abusivo que viole direito líquido e certo); (f) garantias políticas (direitos de representação, de petição e de ação popular); e (g) garantias institucionais (tribunal do júri, por exemplo).

Independentemente do critério eleito para permitir uma melhor concepção de garantias constitucionais, o certo é que as mesmas existem e estão sedimentadas na própria Constituição, possuindo natureza instrumental, como meios a serviço da defesa dos direitos fundamentais, tanto para exigir-se sua observância, como para sua restauração, em caso de violação já acontecida.

## **5.6 Interpretação e Consolidação dos Direitos Fundamentais no Contexto da Globalização**

Merece particular atenção a interpretação dos direitos fundamentais, em face de algumas especificidades que lhes dizem respeito e que nem sempre são passíveis de identificação em relação às demais normas presentes na Constituição. Da mesma forma que se

apregoa em doutrina, como visto nas linhas anteriores, a necessidade de se adotar uma metódica adequada à interpretação da Constituição, pela insuficiência e pela frustração dos resultados quando simplesmente se transferem para este ramo da ciência jurídica as técnicas interpretativas do direito privado, há que ser dito que mesmo internamente à Constituição, há nesta, preceitos que se diferenciam de outros, cada qual postulando métodos próprios. Não devem ser empregadas, por exemplo, as mesmas técnicas para interpretar normas constitucionais de organização e competência e normas que asseguram direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, sociais, políticos, culturais ou econômicos.

Não se tem a intenção de realizar um estudo aprofundado sobre este tema, nem mesmo estabelecer distinções de métodos hermenêuticos indicados pela doutrina, com crítica ou elogios a um ou outro. O que anima a idéia de se analisar esta matéria é apenas a tentativa de afirmação de que os direitos fundamentais, tanto ou mais que os outros preceitos constitucionais merecem uma correta interpretação antes de se pensar em sua aplicação, o que até, de certo modo, pode facilitar a solução de questões práticas, quando se trata de buscar técnicas que resolvam colisão de princípios fundamentais, muitas vezes exigindo uma ponderação de valores, o que é particularmente apropriado ao emprego do princípio da proporcionalidade, e em casos mais extremos, a opção pela sobrevivência de um princípio em sacrifício de outro, ainda que o recurso a esta alternativa extrema seja restrito ao caso concreto que se está a examinar.

Até antes de se chegar a este ponto, a partir do qual retrata o propósito de se tentar demonstrar a essencialidade da interpretação dos direitos fundamentais, foi desenvolvida a idéia de interpretação da Constituição, como uma necessidade, que se verifica em relação a todas as normas constitucionais, antes de sua aplicação a cada situação concreta da vida. O estudo dos direitos fundamentais, em particular, requer também que se faça este

mesmo caminho, considerando-os a partir de uma ordem jurídica concreta, ou seja, positivados em uma determinada Constituição, como ocorre no caso brasileiro.

Conforme é lembrado por Bonavides (2004, p. 579-581), com a citação de trechos da obra de Javier Perez Royo, até meados do século XX, não se falava em interpretação da Constituição, além de que até vinte ou trinta anos, nada ou quase nada se continha nos compêndios e nos currículos dos cursos de Direito acerca da essencialidade da interpretação das normas constitucionais, isso em todo o mundo, o que inclui o Brasil e, também, a Europa, conforme é mais particularmente ressaltado por este autor.

Para Mendes (2004, p. 2):

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

A escalada evolutiva dos direitos fundamentais - tema já tratado anteriormente -, que ganharam novos incentivos e acentuada aceitação em todos os ordenamentos jurídicos dos países de regime político democrático, indica que esta categoria de direitos integra um processo histórico permanente de ascensão, em face das novas e sempre urgentes necessidades de proteção a bens e interesses jurídicos essenciais à vida humana, para garantir a convivência e, às vezes, a própria sobrevivência do homem.

Desde modo, de meados do século XX até os dias atuais foi ampliado o âmbito de incidência social dos direitos fundamentais, alterando a relação da sociedade com o Estado, impondo a este não mais mera abstenção, eximindo-se de toda e qualquer interferência que pudesse por em risco a esfera de liberdade reconhecida às pessoas, mormente quanto a direitos civis e políticos, conquistados a duras penas.

Os direitos fundamentais encampam em seu raio de aplicação a imperatividade de prestações positivas por parte do Estado, além de garantias institucionais, a fixação de um universo de valores a ser tutelado e o sentido objetivo das disposições constitucionais. Estes novos contornos jurídicos dos direitos fundamentais permitem que haja uma intensa regulação das relações entre os sujeitos e entre esses e o Estado nos aspectos fundamentais da existência humana.

Acerca da trajetória que se deve seguir quando se intenta interpretar os direitos fundamentais, há que se considerado que:

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regidos por uma teoria material da Constituição (BONAVIDES, 2003, p. 581).

Ensina Bonavides (2003, p. 582) que malograram as primeiras tentativas de se interpretar a Constituição empregando-se os mesmos métodos do direito privado, que tem

por substrato o silogismo e o dedutivismo próprios do formalismo positivista, como se a Constituição fosse apenas mais uma lei, quando, a bem da verdade, é antes de tudo direito, ensejando hermenêutica apropriada, que leve em conta em sua interpretação os princípios e valores de que é dotada, sendo indispensáveis a presença e a ação do elemento indutivo, para a captação dos sentidos normativos.

Os valores e princípios são talvez os ingredientes mais importantes das prescrições constitucionais, quando analisados da perspectiva de uma teoria material da Constituição, representando a matéria prima da nova hermenêutica, cujo escopo é a realização dos valores democráticos, dando-lhes concretude antes de tudo, ou seja, procurando fixar-lhes o significado, o conteúdo e a extensão de sua aplicabilidade nas situações reais da vida, de modo a concretizar com a maior amplitude possível os propósitos pretendidos pela Constituição.

Sob responsabilidade, em grande parte da chamada nova hermenêutica, o constitucionalismo de renovação, assim chamado aquele da segunda metade do século XX para cá, apresenta alguns excelentes resultados, entre eles a elaboração de duas novas teorias hermenêuticas, “uma de interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita, ambas, porém, originais e autônomas” (BONAVIDES, 2003, p. 583).

Devem ser indicados, ainda, tantos outros progressos do denominado “constitucionalismo de renovação”, como, por exemplo: a criação científica de um novo Direito Constitucional; a formação de uma nova teoria material da Constituição, fora das escolas jusnaturalistas e juspositivistas; a inauguração no Direito Público de um novo pólo de investigações interpretativas, fora dos domínios das esferas do direito privado; a inserção do

princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, que serviu para ampliar o âmbito de incidência desse ramo da Ciência do Direito, possibilitando proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais de direito, convertidos a partir daí, em princípios constitucionais e, nessa condição, “erguidos do seu grau de subsidiariedade interpretativa nos Códigos até o topo da hierarquia normativa do sistema jurídico”; a pluridimensionalidade e a plurifuncionalidade dos direitos fundamentais; a irradiação do Direito Constitucional a todos os demais ramos da ciência jurídica, com a reafirmação de sua superioridade hierárquica; e, finalmente, o reconhecimento de que a Constituição é direito e não apenas “idéia ou capítulo da Ciência Política” (BONAVIDES, 2003, p. 583-584).

Häberle (1991, p. 274) sustenta que todo direito fundamental exige para sua interpretação a consideração dos seguintes aspectos: (a) objetivo-institucional, a exemplo da família; (b) da prestação estatal, em face do direito de acesso à cultura; (c) da prestação processual, que diz respeito à tutela jurisdicional dos direitos; e (d) da vertente objetiva, “que opera no caso da liberdade religiosa, unida porém, ao *status corporativus*, como exemplificado pela Igreja e comunidades religiosas”.

Ressalta Häberle (1991, p. 274), que o nascimento e a morte de direitos fundamentais é um processo ordinário no Estado Constitucional, e que o importante é a sobrevivência da idéia de proteção pessoal, à qual devem estar a serviço todas as teorias de direitos fundamentais.

Bonavides (2003, p. 599) concorda com a posição defendida por Häberle, aduzindo que: “As teorias dos direitos fundamentais nascem e morrem com os regimes

políticos, com as ideologias, com os teóricos do Estado, com os filósofos do poder, com os publicistas dos sistemas de governo e com os pensadores políticos”.

Mais importante que as teorias dos direitos fundamentais, que oferecem inegáveis elementos para sua interpretação, é a sua efetiva concretização, o que se tem tornado a cada dia mais difícil, sendo de se observar que a sociedade pós-industrial, como sociedade de massa que é, tem colocado em risco a preservação da liberdade enquanto direito fundamental.

O modo de produção atual, capitalista, denominado de globalização, inerente ao neoliberalismo e sua doutrina, que entre outras idéias, sustenta ser indispensável o Estado mínimo, cuidando apenas de poucos assuntos de interesse geral da coletividade, e deixando para este ente invisível chamado ‘mercado’ a tarefa de propiciar as condições para o atendimento da satisfação das demais necessidades básicas da população, pretendendo a ampliação ilimitada das liberdades econômicas, tem dificultado em muito a concretização dos direitos sociais, enquanto fundamentais, na imensa maioria dos países, uma vez que a adoção dos princípios do neoliberalismo é hegemônica e encontra-se num estágio que revela a impossibilidade de retorno a um quadro econômico e social que priorize os direitos da pessoa humana, e até mesmo naqueles países em que o regime político oferece alguma resistência a esta invasão, que parece ser inevitável, têm sofrido indiretamente os malefícios da globalização.

Ferranderry (1996, p. 3), compreende a globalização do seguinte modo:

É um conceito que apareceu no meio da década de 80, nas escolas de negócios norte-americanas e na imprensa anglo-saxã. Essa expressão designa um movimento complexo de abertura de fronteiras econômicas e de desregulamentação, que permite às atividades econômicas capitalistas estenderem seu campo de ação no planeta. O

aparecimento de instrumentos de telecomunicação extremamente eficientes permitiu a viabilidade desse conceito, reduzindo as distâncias a nada. O fim do Bloco Soviético e o aparente triunfo planetário do modelo neoliberal no início dos anos 90 parecem dar a essa noção uma validade histórica. Na França foi escolhido o nome *mundialização* para substituir globalização, que insiste, particularmente, sobre a dimensão geográfica e tentacular, sem esquecer o sentido original.

Adverte Magalhães (2000, t. 1, p. 74), porém, que: “Não há, entretanto, uniformidade na conceituação do termo, podendo-se encontrar quatro significados distintos, mas semelhantes [...]”, descrevendo pormenorizadamente os mesmos.

Pimentel Gomes (2005, p. 115-117) entende que o neoliberalismo consiste numa teoria globalizante, empregada como paradigma econômico e político nas duas últimas décadas, traduzindo-se num conjunto de elementos e processos, políticos ou não, que permitem a uma quantidade relativamente pequena de interesses privados o controle da maior parte possível da vida social na terra, com o escopo de alcançar o máximo de benefícios individuais, em prol dos mais abastados, gerando com isso o crescimento da desigualdade econômica e social entre povos e nações. O neoliberalismo opera nos contextos econômico, cultural e político, sendo que a solução das questões relativas à distribuição de recursos, à organização social e à produção fica relegada às forças do chamado *mercado*, ente invisível e de tão drásticas conseqüências, redundando no “sucateamento das condições ambientais, no agressivo desmantelamento das políticas educacionais, dos programas sociais de segurança, saúde e seguridade, em prejuízo da maior parte da sociedade civil”.

As experiências com as práticas pregadas pelo neoliberalismo nas últimas décadas, pelo menos desde o que se convencionou chamar de “Consenso de Washington”,

também chamado por alguns de “neoliberalismo conservador”, bem tem comprovado os graves equívocos gerados pela adoção do referido receituário (BRESSER PEREIRA, 1994).

Este quadro assustador só fez aumentar a legião de pobres e miseráveis, a exclusão social, a violência, a fome, a redução de empregos, a dívida interna e externa dos países pobres, a concentração de riquezas e a má distribuição de renda, enfim, só para ficar nesses exemplos, diminuindo a quantidade de ricos (incluídos) e aumentando a quantidade de pobres (excluídos). Para Pimentel Gomes (2005, p. 120):

Nos dias de hoje, Washington é o coração do poder militar que controla o mundo. Está no ápice da pirâmide que dirige essa nova sociedade global, *em nome da* ONU. Logo abaixo, estão os países ricos, integrantes do G-8. Junto aos principais organismos multilaterais, eles controlam os mecanismos de regulação monetária e, portanto, detêm o controle do sistema internacional de trocas. Na segunda camada, colocam-se os grandes conglomerados transnacionais, por onde circulam os meios materiais de sustentação desse *império*. E, na base da pirâmide, encontram-se os representantes da multidão, entre eles, os Estados nacionais e as organizações não-governamentais, que ainda se submetem aos organismos multilaterais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial do Comércio e as fortes instituições financeiras.

O fracasso das políticas neoliberais, a partir do receituário do consenso de Washington, com o aumento das desigualdades sociais e da pobreza dos países subdesenvolvidos, é reconhecido inclusive por economistas norte-americanos, conforme declarações prestadas por Joseph Stiglitz, Nobel de Economia em 2001, e Dani Rodrik, professor de economia política da John F. Kennedy School of Government da Universidade de Harvard, das quais se destacam os seguintes trechos:

[...] Na verdade, o chamado Consenso não teve nada de consenso: foi um documento adotado a partir de uma reunião realizada em Washington em 1989 entre acadêmicos e economistas americanos,

funcionários do governo, do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional. Seus mandamentos para salvar países são os mesmos, seja para a África ou a Rússia, seja para o México ou a Ásia: disciplina fiscal, reforma tributária, taxas de juros positivas, determinadas pelo mercado, câmbio competitivo, desenvolvimento de políticas comerciais liberais, maior abertura ao investimento estrangeiro, privatização, profunda desregulamentação, proteção à propriedade privada. [...] Os países da América Latina, torpedeados (e pressionados) pelas teorias de globalização e neoliberalismo, entraram com tudo. Ou melhor, com todo o ímpeto e sem o básico do jogo: uma economia competitiva. Toda a ênfase foi dada ao combate à inflação, à privatização, a minimizar ou evitar qualquer movimento da economia, inclusive 'o excesso de emprego', o que representou custos sociais e econômicos devastadores: famílias destruídas, aumento da pobreza, queda no padrão de moradia, conflitos políticos e sociais (como na Argentina) [...].<sup>18</sup>

Os grandes conglomerados econômicos multinacionais têm exercido um poder desmedido, aniquilando micros, pequenas e médias empresas dos países subdesenvolvidos, e por extensão, destruindo as suas economias e as condições mínimas de vida digna das suas populações. Os próprios governos mostram-se impotentes e incapazes de mudar este frio e perverso panorama, curvando-se no mais das vezes aos interesses das corporações e das instituições financeiras internacionais.

Os regimes econômicos, que estão em conformidade com a política neoliberal, como têm denunciado a prática cotidiana, notadamente nos países mais pobres, tendem a desarmar e a fragilizar o Estado, compelindo-o a diminuir a carga de incentivo e proteção aos direitos fundamentais, mormente os direitos sociais, cujo grau de positividade vem sendo progressivamente reduzido em quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, em certa medida em razão da expansão das formas de capitalismo orientadas pelas nações mais ricas, caracterizando um momento histórico preocupante, de dúvidas e

---

<sup>18</sup> Revista ISTO É, edição 1724, de 16.10.2002. Disponível em: <<http://www.istoe.com.br>>. Acesso em: 1º mar. 2006.

incertezas quanto ao futuro dos direitos fundamentais, em especial quanto à sua interpretação e efetiva aplicação nos países em desenvolvimento.

O crescimento econômico das nações não se deu num mesmo ritmo, nem obedeceu a um critério de uniformidade, mas sofreu influências de fatores históricos, culturais e políticos, em alguns países processando-se mais rapidamente e em outros mais lentamente, apresentando taxas diferenciadas de crescimento, ou seja, deu-se de forma heterogênea e em épocas distintas, algumas mais outras menos favoráveis, sendo que algumas sociedades colheram bons frutos através da atuação do chamado “Estado-providência”, inclusive pelos reflexos provocados por um período de relativa estabilidade econômica, experiências estas ocorridas há cinquenta anos ou mais, na fase de ouro do Estado do bem-estar social, com a implantação das condições exigidas para o atendimento das necessidades vitais da população, que dependiam de prestações positivas do Estado, como saúde, educação, previdência, segurança e assistência social, estabelecendo-se uma base sólida que hoje, em tese, dependeria apenas de ser mantida, muito embora se deva admitir que os malefícios da globalização, nos últimos anos, têm feito implodir muitos desses sistemas até então estáveis de prestação de serviços públicos de natureza social.

A previdência social é um bom exemplo da falência do sistema em escala mundial, com propostas de reformas não apenas no Brasil como na França e em outros países europeus, como única alternativa capaz de garantir a recuperação e a sobrevivência futura do regime público de previdência.

O comprometimento da concretização dos direitos fundamentais sociais pelo modo atual de produção é bastante evidente em alguns estudiosos. Bonavides (2003, p. 599),

por exemplo, entende que as teorias moderna e contemporânea, independentemente de sua diversidade, só serão recepcionadas pelo constitucionalismo do Estado de Direito:

Se tiverem por elemento primário e base de legitimação a liberdade nas quatro dimensões que a dogmática evolutiva daqueles direitos ostenta, e que já foram referidas também sob a designação de direitos de quatro gerações, isto é, direitos individuais, sociais, do desenvolvimento, da paz e do meio ambiente e, de último, despontando no horizonte social e político, os direitos de quarta geração, a saber, a democracia, o pluralismo e a informação. Não resta dúvida, porém, de que, à margem da teorização, no âmbito exclusivo da realidade pura de nosso tempo, os obstáculos para concretizar direitos fundamentais de natureza social aumentaram consideravelmente por efeito do neoliberalismo e da globalização. Da Sociedade mesma, onde atuam esses fatores novos, partem ameaças que se poderão tornar letais à liberdade enquanto direito fundamental. A moderna e complexa Sociedade de massas, como Sociedade pós-industrial, desde muito tem feito crescer esse risco.

De outra banda, os países ditos periféricos, nos quais houve grande atraso no desenvolvimento das potencialidades oferecidas por esta concepção de Estado social por variados motivos, entre eles a demorada e dolorosa chegada da democracia, pois que muitos foram aqueles dominados por regimes ditatoriais, que não acompanharam o ritmo de crescimento político, social e econômico das grandes potências mundiais, sendo a América Latina ilustração do que se acaba de afirmar, com seus governos militares e constantes golpes contra o estado de direito, nem mesmo chegaram a colher os frutos do Estado social, baseado em um modelo político que protege e fomenta os direitos sociais, econômicos e culturais e já estão submetidos, em estágio que soa irreversível, aos imperativos da ordem econômica globalizada, que conspira contra a efetivação dos direitos sociais fundamentais.

Este cenário, que representa a mais pura realidade, compromete a concretização e a manutenção dos direitos sociais, pondo em grave risco a sua subsistência em

relação às futuras gerações. Mas além dos fatores ora apontados, outros problemas da sociedade pós-industrial configuram-se como ameaças cada vez mais graves à concretização dos direitos sociais, como bem lembrado por Bonavides (2003, p. 599), que destaca os novos perfis empresariais do sistema capitalista, as ofensas ao meio ambiente, a expansão incontrolada de meios informáticos e a mídia posta a serviço do Estado e das cúpulas hegemônicas da economia como os principais obstáculos.

Na interpretação e efetivação dos direitos fundamentais deve haver uma pré-compreensão da sociedade e da Constituição, sendo que no que diz respeito à questão dos direitos fundamentais, deve ser assinalado que o problema das Constituições é, para o Estado de Direito, um problema de normatividade. Bonavides (2003, p. 599-600) afirma que “para fazer eficaz a norma da Constituição, e, por extensão, o direito fundamental, força é criar os pressupostos de uma consciência social, tendo por sustentáculo a crença inabalável nos mandamentos constitucionais”.

Os obstáculos indicados por Bonavides para a realização dos direitos sociais, mais aqueles derivados do sistema capitalista de produção, além do atraso do crescimento econômico, por variadas causas, influenciando o comportamento dos governos, que não raro mostram-se incapazes de lidar com essa realidade, tornam a concretização dos valores democráticos, dentre eles os direitos fundamentais, em países, como o Brasil, eternamente em desenvolvimento, mais difícil que nas economias desenvolvidas, pois que geralmente estão sob o influxo de fatores econômicos, sociais e financeiros, que projetam seus reflexos sobre as estruturas, levando-os à prática de atos, ou mesmo a comprometedoras omissões, que são materialmente inconstitucionais, em completo desprezo pelo compromisso de efetivar os direitos e garantias prometidos pela Constituição.

Certamente que há uma equação a ser considerada, quando se constata que a escassez de recursos materiais e a debilidade da economia, quanto maiores, mais vulnerável torna a tutela dos direitos sociais, estampando maior programaticidade e menor juridicidade. Não se pode contentar, desde modo, em se ter uma ordem constitucional que assegure apenas formalmente os direitos fundamentais, com ênfase aos direitos sociais, mas tem-se que buscar sua realização material, com atitudes positivas do Estado, que não está legitimado a editar atos executivos e legislativos que possam simplesmente ignorar os direitos fundamentais, tanto aqueles contemplados explicitamente pela Constituição, como aqueles que nascem do ordenamento jurídico infraconstitucional e dos tratados internacionais, em comportamento de completa omissão com a sua responsabilidade em concretizá-los.

A despeito das dificuldades ora elencadas, que têm explicação histórica fundada com maior realce nos regimes políticos autoritários e na falta de tradição em respeitar e efetivar os direitos sociais, qualificados pela doutrina de fundamentais de segunda geração, em países como o Brasil, não se pode deixar vencer pelo cansaço e pela filosofia do abandono, porque não há ninguém para realizar as tarefas que cabem exclusivamente aos governos e às populações das nações de regimes democráticos, porque próprio deles a fixação e a plena efetividade material dos direitos fundamentais. É uma luta constante e muito ainda há por construir. Não se pode esperar pela tutela de outros que, em última instância, pode redundar em domínio e perda de soberania, sem qualquer garantia de realização material dos referidos direitos.

Esta guerra silenciosa tem que ser bancada pelos que ainda acreditam ser possível alcançar patamares satisfatórios rumo à concretização dos direitos fundamentais. Na medida do possível, em harmonia com as condições de possibilidade oferecidas pelo sistema político, econômico e social, deve-se procurar galgar degrau a degrau esta grande escada que

tem como função elevar a dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, dotando-a de meios idôneos e eficientes para a consecução da satisfação de suas necessidades humanas mais prementes e importantes, a exemplo do trabalho dignamente remunerado, a assistência à saúde, o ensino público gratuito e de boa qualidade, a proteção contra o desemprego, doenças e invalidez e o amparo à maternidade, à infância e à velhice.

Os direitos fundamentais, agasalhados pelo texto constitucional, funcionam também como diretrizes que condicionam a conduta do legislador, dos governantes e dos particulares, cujos atos deverão estar em harmonia com eles, ou seja, não será admitida uma prática que os desprezem, a pretexto de salvaguardar outros bens ou interesses que sob certas circunstâncias parecem, em dado momento, mais importantes que o respeito aos princípios e garantias constitucionais.

## **6 DO ACESSO À JUSTIÇA**

Uma vez examinadas as questões selecionadas de um extenso rol pertinentes ao constitucionalismo e aos direitos fundamentais, o alicerce encontra-se concluído em terreno sólido, permitindo que, finalmente, sejam tratadas das matérias que se relacionam diretamente com um direito fundamental específico, qual seja, o de acesso à justiça, primeiramente destacando-se a sua própria condição de direito fundamental, passando pela definição de jurisdição e tutela jurídica, instrumentalidade e escopos da jurisdição, alguns princípios gerais que informam a teoria dos direitos fundamentais e do acesso à justiça na história desde a antiguidade, situando-o particularmente no Brasil desde o descobrimento até os dias atuais, sua regulação nas diversas Cartas Constitucionais, a legislação que tem por escopo imprimir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional e, por derradeiro, os obstáculos e limitações ao seu exercício, com sugestões e propostas visando aperfeiçoá-lo.

### **6.1 Do Acesso à Justiça como Direito Fundamental**

O acesso à justiça, garantido pela Constituição da República, deve ser objeto de estudo da perspectiva dos direitos fundamentais, enquanto direito fundamental que é. Encaixa-se com razoável adequação, para a seqüência do estudo ora desenvolvido, a concepção positivista dos direitos fundamentais, ou seja, entendidos como direitos incorporados ao ordenamento jurídico nacional, por força de normas constitucionais e do

direito internacional aplicável no Brasil em razão de adesão a tratados e convenções internacionais.

Canotilho (2003, p. 377), ao estudar os direitos fundamentais, sob a perspectiva ora adotada, ensinando sobre a necessidade de sua constitucionalização e fundamentalização, assim se pronuncia:

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. É necessário assinalar-lhes a dimensão de ‘Fundamental Rights’ colocados no lugar cimeiro das fontes de direitos: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os <direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Cruz Villalon (1989, p. 41), igualmente, afasta a idéia de que direitos fundamentais são pré-estatais, existindo independentemente de sua positivação, entendendo que os mesmos somente existem onde há Constituição. Para ele, outras coisas importantes existem, fora da Constituição, como os direitos humanos e a dignidade da pessoa e, do mesmo modo, existirão coisas parecidas, também importantes, “como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios. [...]”. Todavia, os direitos fundamentais “são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas”.

O acesso à justiça há algum tempo tem figurado nos *catálogos* de direitos fundamentais assim reconhecidos pelas constituições e por declarações de direitos nacionais e

internacionais, em sentido bastante amplo, e não como mero direito de acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça pode ser visto de mais de um ângulo e seu significado certamente sofrerá variação conforme o ordenamento jurídico constitucional em concreto em que o tema for situado.

Na doutrina nacional parece predominar nos últimos quinze ou vinte anos, como será mais bem desenvolvido na sequência, o entendimento de que o acesso à justiça não significa somente ter mero acesso aos tribunais, mas sim, obter concretamente a tutela jurisdicional quando se tem razão, que tanto pode ser prestada ao autor (procedência da demanda) como ao réu (improcedência da demanda). Mas não basta, ainda assim, em grande parte dos casos, a obtenção de solução jurisdicional para os conflitos de interesses, pois, esta nem sempre é adequada, tempestiva e efetiva.

Com efeito, o acesso à justiça, envolvendo não só a idéia de acesso aos meios estatais de solução de conflitos, mas também da própria tutela dos direitos subjetivos, isto é, numa concepção mais elástica, pode ser perfeitamente visto de outro modo, prestigiando outras formas de pacificação social e de solução de conflitos, que melhor atendam aos interessados.

Para tanto, é necessário que o ordenamento jurídico coloque à disposição das pessoas outras alternativas, que não a jurisdicional, a serem empregadas voluntariamente por elas, quando protagonistas de conflitos de interesses, a exemplo da mediação e da arbitragem privadas.

O acesso à justiça, quando se pensa em processo jurisdicional, significa, ainda, romper barreiras e introduzir mecanismos de facilitação não apenas do ingresso em juízo, mas também de fornecimento de meios (materiais, financeiros etc.) adequados durante

todo o desenvolvimento do procedimento; significa redução de custos, encurtamento de distâncias, duração razoável do processo, diminuição de oportunidades de impugnação às decisões jurisdicionais (otimização do sistema recursal) e efetiva participação na relação processual, dentre tantos aspectos que podem ser ressaltados.

O acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais encarregados da jurisdição. Numa sociedade em que a ordem jurídica não garante a preservação ou o restabelecimento de direitos, na iminência de sofrer lesão ou lesados, respectivamente, incluindo os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais, não se pode falar em pleno acesso à justiça.

Conforme Rodrigues (1994, p. 28-31), o acesso à justiça significa acesso a uma ordem jurídica justa e não apenas aos órgãos do Poder Judiciário. Importa no acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais do homem, embora não se possa deixar de reconhecer a importância também do acesso à jurisdição e aos instrumentos processuais por ela oferecidos. Este acesso a uma ordem jurídica justa deve contar com meios materiais e processuais para que haja efetivação da justiça.

Outro não é o pensamento de Watanabe (1988, p. 128), que, igualmente, defende a idéia de acesso à justiça enquanto garantia constitucionalmente positivada, significando o acesso a uma ordem jurídica justa, apontando os seus elementos constitutivos, assim se manifestando:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição

estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova *postura mental*. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela *perspectiva do consumidor*, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um *programa de reforma* como também um *método de pensamento*, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. [...] São seus elementos constitutivos: a) o *direito de acesso à Justiça* é, fundamentalmente, *direito de acesso à ordem jurídica justa*; b) são *dados elementares desse direito*: (1) o *direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; (2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; (3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos* que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

Grinover (1994b, p. 152-157) também situa o direito de ação não mais unicamente como o direito de buscar tutela nos órgãos jurisdicionais, com a pretensão de obter determinado provimento jurisdicional, conforme a concepção tradicional de acesso à justiça, mas sim, como um direito mais amplo, de obter solução justa para os conflitos de interesses, passando o processo de mero instrumento de jurisdição, empregado para aplicar as normas legais, para um instrumento capaz de produzir decisões conforme uma ordem de valores identificada no ordenamento jurídico.

Para Cappelletti e Garth (2002, p. 8):

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (...) uma

premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

Alguns autores, em estudos que têm por alicerce as constituições dos seus países, também de regimes democráticos, tanto quanto o Brasil, compreendem o acesso à justiça como princípio estruturante dos direitos fundamentais, ao lado de outros igualmente relevantes, para tornar aqueles efetivos. Os princípios que iluminam, inspiram e estruturam determinado regime de direitos, obviamente dele faz parte integrante e indissociável.

O acesso à justiça é entendido por Canotilho (2003, p. 433 e 492) do seguinte modo:

Em termos gerais – e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade -, o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e disreter sobre o valor e resultado de causas e outras”. [...] Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um *processo jurisdicional equitativo – due process*. [...] O direito ao processo equitativo está hoje positivamente consagrado no art. 20º da CRP; no art. 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem; no art. 14º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos e no art. 10ª da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A conservação ou a reparação de direitos e interesses é uma conquista da humanidade, certamente não tendo sido outorgada aos povos, sem antes ter sido objeto de intensas lutas pelo reconhecimento e o respeito aos direitos fundamentais em geral, incluindo

aí a possibilidade de se ter acesso aos órgãos estatais encarregados de ministrar a justiça, prestando a tutela jurisdicional, em face da vedação da autotutela e do monopólio reservado ao Estado.

As primeiras constituições, conforme já foi analisado, surgiram objetivando basicamente a limitação dos poderes do Estado e de sua interferência imoderada na vida privada das pessoas, primeiro em face das monarquias absolutas, em que devido à própria natureza do regime político e porque ainda não era plenamente conhecida a teoria da tripartição, não existia a distribuição do poder em funções legislativas, executivas e judiciárias, exercidas por órgãos públicos que se colocam uns em relação aos outros de modo interdependente e harmonioso, mas tudo era resolvido conforme a vontade única e imperativa do soberano, o que favorecia demasiadamente os interesses das classes dominantes, em detrimento dos interesses da maioria da população; depois, nas monarquias constitucionais, e finalmente, pelo regime republicano de governo, passando pelas fases do Estado liberal, Estado moderno e chegando-se ao Estado contemporâneo.

Destarte, primeiramente limitou-se a liberdade do Estado e, mais tarde, com a falência do Estado liberal, preponderantemente abstencionista, pela sua comprovada ineficiência em resolver de modo satisfatório as necessidades sociais, restringiu-se a liberdade dos indivíduos em prol da coletividade, priorizando-se o bem comum, conformando-a com o propósito de realização de objetivos gerais que unem princípios, valores e metas de interesse público, em benefício de todas as pessoas de dada sociedade, procurando viabilizar no plano fático os propósitos constitucionais de que a todos fossem reconhecidas e tuteladas condições de existência digna, chegando-se, e o caso da Constituição da República, no Brasil, é exemplo lapidar, à concepção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Os princípios, em última análise, são portadores de valores eleitos pelo constituinte como importantes e fundamentais, visando a construção de uma sociedade mais livre e igualitária, servem para iluminar, estruturar e fundamentar todo o ordenamento jurídico, orientando os governantes, o legislador e os particulares a se conduzirem em harmonia com os fins almejados, o que certamente influenciou em grande parte o conteúdo do atual Código Civil, vigente desde janeiro de 2003, por exemplo, quando claramente adota três princípios de fundamental importância no tratamento a ser dispensado ao direito privado, mais em harmonia com a atual Constituição e com as necessidades da sociedade atual, priorizando o aspecto social e colocando o individualismo exacerbado reinante nas relações privadas em segundo plano, quais sejam: a eticidade, a socialidade e a operabilidade, com especial destaque para os dois primeiros, comentados pelo jurista Miguel Reale, coordenador geral da comissão encarregada de elaboração do anteprojeto que deu origem ao novo diploma legal (BRAGA, 2003, p. 9-19).

Reservar para si, como fez o Estado, o monopólio da justiça, e ao mesmo tempo, como consequência lógica, proibir a realização da justiça pelas próprias mãos, como é intuitivo, importa na necessidade da implantação de meios eficazes de solução dos conflitos de interesses, mas não apenas isso, pois que o pleno acesso a esses meios também há que ser assegurado pela ordem constitucional, que deve zelar pela criação de instrumentos processuais que tenham aptidão de efetivamente realizar este propósito maior, de atuar pela manutenção da paz social, que se atinge quando se soluciona dentro de certos parâmetros de razoabilidade os conflitos jurídicos individuais e coletivos.

Muitos são os obstáculos de ordem material e processual dificultando que no Brasil seja concretizado o acesso à justiça nos moldes ora mencionados, como será mais bem desenvolvido na seqüência desse trabalho, importando nessa oportunidade que apenas se

declare que por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, o controle jurisdicional da ameaça ou lesão a direitos importa no primeiro mandamento que consubstancia a garantia de acesso à justiça, na ordem constitucional pátria, quando se pensa em tutela jurisdicional estatal para os conflitos de interesses, estando incluída no Título II, que cuida “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em Capítulo que regula os direitos e deveres individuais e coletivos.

O acesso à justiça, conforme vem entendendo a doutrina, como visto, traduz a idéia de uma garantia presente em dado ordenamento jurídico, através da qual o Estado assegure igualmente a todas as pessoas meios capazes de gerar decisões que levem à solução justa dos conflitos de interesses, individuais e coletivos. Não se trata, pois consistiria numa visão muito estreita do instituto, apenas da possibilidade de acesso aos órgãos encarregados de prestar a jurisdição, ou aos meios capazes de resolver os conflitos, ainda que não jurisdicionais, mas sim, de atender a certos escopos sociais e políticos, e não exclusivamente jurídicos, o que se consegue com a solução que congregue os valores contemplados pela ordem jurídica, particularmente pela ordem constitucional, ou seja, pelo acesso das pessoas a esses bens.

## **6.2 Do Compromisso de Realização da Ordem Jurídica Justa**

A ciência processual moderna deve buscar progressos na interpretação e na conceituação dos institutos processuais, de modo a propiciar auxílio na tarefa de se buscar a realização efetiva de uma ordem jurídica justa, pois que hoje predomina entre os estudiosos

uma compreensão conciliadora e integradora do fenômeno jurídico, ou mais precisamente do Direito, que pode ser estudado em mais de uma dimensão, não havendo completa e incomunicável separação entre direito material e direito processual, como se fossem ontologicamente distintos, sem apresentar pontos de contato, pois que, ao contrário disso, ambos se influenciam reciprocamente. As normas constitucionais, por exemplo, tanto têm conteúdo material, ao estabelecerem direitos e garantias, como processual, ao imporem os princípios e as garantias do devido processo legal.

A Constituição da República ao arrolar alguns princípios processuais, que considerou fundamentais, coerentes com o regime democrático, demonstra que o direito material e o direito processual são indissociáveis, influenciando-se reciprocamente, não prescindindo o primeiro do segundo e vice-versa (MESQUITA, 2002, p. 139).

Para se consolidar as vias de acesso a uma ordem jurídica justa, há que se ter em mente que o Estado não esgota sua função ao realizar a jurisdição mediante um processo que, por sua própria natureza, conta com a participação do jurisdicionado, devendo, isso sim, garantir uma tutela jurisdicional adequada a cada caso concreto, como corolário do acesso à justiça e o quanto possível deve assegurar às partes uma igualdade real e não meramente formal através da possibilidade do ajuizamento da demanda.

Ensina Ramos (2000, p. 38-39), que:

Atualmente já está vencida a idéia de que a mera possibilidade de acesso aos órgãos judiciais seja a verdadeira significação da acepção jurídica de acesso à justiça. hoje, muito mais do que o acesso aos tribunais, de fundamental importância mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de resolução de conflitos, o fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material do ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma concreta, seja em decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do organismo estatal,

seja, também, como reflexo da atuação das grandes políticas públicas a serem engendradas pela respectiva atuação executiva, não olvidando-se, é claro, o escorreito regramento a ser imprimido pela atuação legiferante. Tudo isso, vale dizer, é de suma importância para a efetivação de uma realidade tão mais democrática quanto justa, onde se possa ter a irrefragável certeza de uma atuação garantista que prestigie a vida, a dignidade e o respeito incorruptível aos direitos fundamentais do homem. Enfim, o enaltecimento do valor da justiça como referência a ser seguida.

A aplicação do princípio do acesso à justiça implica em um processo justo e imparcial, mas não só isso, devendo ser incluída a garantia de igualdade de oportunidade às partes litigantes, com participação efetiva e adequada na relação processual, o que se coaduna com o regime democrático e com o exercício da cidadania.

Para Watanabe (1988) o acesso à justiça não se limita à mera provocação do Poder Judiciário, mas importa, fundamentalmente, no "direito de acesso à ordem jurídica justa", e para que tal desiderato seja alcançado, faz-se mister a presença dos seguintes elementos:

- a) direito à informação;
- b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país;
- c) direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa;
- d) direito a pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos;
- e) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso;
- f) efetivo acesso à justiça com tais características.

Conveniente ressaltar que ao se falar em direito de ação, assegurado por norma constitucional, configurando o que pode ser denominado de princípio da

inafastabilidade da jurisdição, está a se indicar que a Carta Constitucional confere aos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito de obter o provimento jurisdicional, uma vez preenchidos certos requisitos fixados em lei (condições da ação e pressupostos processuais).

A norma constitucional não obriga, todavia, que as pessoas submetam todos os conflitos à apreciação jurisdicional. Trata-se de um direito que goza de proteção constitucional, mas cujo exercício não é obrigatório pelos sujeitos a quem se destina essa tutela. A convenção de arbitragem é um bom exemplo disso, facultando a lei que as pessoas, manifestando livremente sua vontade, elejam árbitro para encontrar a solução que melhor atenda aos seus interesses.

Quando se busca solução no Poder Judiciário, porém, evidente que o provimento que vier a ser proferido poderá ou não ser favorável ao autor da demanda, jamais importando em reconhecer que aquele que propõe a demanda será sempre vitorioso, mesmo que estejam presentes todos os pressupostos processuais e as condições da ação, na qualidade de requisitos que possibilitam a admissão do julgamento de mérito da controvérsia, como muito bem lembrado por Dinamarco (2003c, p. 107).

A idéia de um processo de resultados, de natureza instrumental, não desfruta de unanimidade na doutrina, dela discordando, por exemplo, Calmon de Passos (2001, p. 1-14), que nitidamente defende a conservação absoluta das garantias processuais constitucionais dos litigantes (sem qualquer limitação em prol de outros valores), como consequência do regime democrático de direito e do princípio da separação dos poderes, porque somente o legislador tem legitimidade para eleger dentre as opções possíveis as que irão reger a sociedade, às quais deve se curvar o Judiciário no exercício da função jurisdicional. Condena

as reformas processuais que tendem a priorizar os interesses do autor em detrimento dos interesses do réu, colocando em posição secundária os resultados e a efetividade da prestação jurisdicional e entendendo que a prevalência do princípio da instrumentalidade serve de incentivo à exacerbação da litigiosidade e aos comportamentos inescrupulosos em juízo, favorecendo o arbítrio e a falta de ética e de técnica das decisões jurisdicionais.

Em que pese este posicionamento vigoroso, não são poucos os processualistas que se filiam a outra corrente de pensamento, que se opõe a ora mencionada, a exemplo de Dinamarco (2003c), Watanabe (2000) e Bedaque (2003b), sustentando que o processo jurisdicional deve produzir resultados efetivos, solucionando os conflitos, restabelecendo a paz social e entregando concretamente a quem tem razão o bem da vida pretendido, ou seja, um processo capaz de eliminar lesão atual ou iminente a direitos e interesses juridicamente protegidos, gerando decisões que projetem efeitos na vida das pessoas a quem a tutela é prestada. Para essa doutrina, o processo não tem um escopo que se esgota em si mesmo, mas deve servir à sociedade, ao Estado e aos indivíduos.

Conforme Dinamarco (2003c, p. 108), o processo civil de resultados consiste “na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo”.

Para tornar efetivo o acesso à justiça, a Constituição e o ordenamento jurídico infraconstitucional oferecem meios complementares, postos à disposição da população, inclusive quando o ato injurídico é fruto do próprio Estado, como o mandado de segurança (individual e coletivo – CF, art. 5º, LXIX e LXX), o mandado de injunção (CF, art. 5º, inciso LXXI), o *habeas-data* (CF, art. 5º, inciso LXXII), a ação popular (CF, art. 5º, inciso

LXXIII), a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, inciso I, alínea “a”), as ações civis públicas (CF/88, art. 129, inciso III) e as ações cíveis de menor complexidade afetas aos juizados especiais (CF/88, art. 98, inciso I).

São solenes promessas do Estado para que haja paz na sociedade, reservando para si o monopólio da justiça e instituindo os meios necessários para a solução dos conflitos de interesses, através da prestação de uma tutela jurisdicional adequada. Para cumprir o que é prometido na Constituição, de efetivo acesso à justiça, há uma série de garantias associadas ao devido processo constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais e o juiz natural (CF, art. 5º, incisos XXXVII e LV e art. 93, inciso IX) (DINAMARCO, 2003c, p. 109).

### **6.3 Princípios Gerais**

Dentre os princípios que a doutrina indica ao estudar os direitos fundamentais, a despeito da importância de todos eles para uma adequada compreensão dessa categoria de direitos, na qual se insere a própria tutela de direitos, que se mostra com maior força quando são ameaçados de lesão ou efetivamente lesados, exigindo prevenção ou reparação, respectivamente, seja pela via jurisdicional seja pela solução extrajudicial (juízo arbitral, por exemplo), com apoio em Canotilho (2003, p. 433), destacam-se os princípios da universalidade e da isonomia, pelas razões a seguir expostas.

### 6.3.1 Princípio da Universalidade

Um dos princípios gerais na teoria dos direitos fundamentais, dentre os quais está incluído o acesso à justiça, é o princípio da universalidade, assim entendida a extensão dessa garantia a todas as pessoas residentes no território nacional, sem discriminar entre brasileiros e estrangeiros, o que vem estabelecido de maneira bastante clara no *caput* do artigo 5º, da Constituição, ao enunciar as garantias asseguradas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, antes de arrolar em seus incisos os direitos e deveres individuais e coletivos, sendo um deles o acesso aos órgãos jurisdicionais, em seu inciso XXXV (CAHALI, 2004, p. 20-25).<sup>19</sup>

Canotilho (2003, p. 433), em análise que tem por base a Constituição da República Portuguesa, que em tema de acesso à justiça não difere da Constituição da República do Brasil<sup>20</sup>, pelo menos não naquilo que é fundamental, embora utilize outros vocábulos na elaboração da regra (mera divergência semântica que não altera a essência da idéia comunicada pelo texto), ao tratar do regime geral dos direitos fundamentais indica três princípios que, sob sua ótica, lhes são próprios, quais sejam: o princípio da universalidade, o

---

<sup>19</sup> Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos”.

<sup>20</sup> Veja, a propósito, a redação do artigo 20º, da Constituição portuguesa. “Artigo 20.º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva). 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. 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”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2005.

princípio da igualdade e o princípio do acesso ao direito e garantia da tutela jurisdicional efetiva.

Como se observa, Canotilho concebe a tutela jurisdicional como garantia de realização dos direitos fundamentais e não exatamente como um deles, pelo menos no enfoque dado no estudo do seu regime geral. Mas este deslocamento de foco, por assim dizer, não prejudica a compreensão da matéria. Com efeito, sua doutrina não se mostra incompatível com a construção das idéias em torno do acesso à justiça desenvolvidas nesse trabalho até esta parte, quando se tem em mente que os princípios iluminam a ordem jurídica constituída, da qual faz parte integrante os direitos fundamentais, mas não têm exclusivamente esta função, de animar outros direitos para sua melhor interpretação e aplicação, sendo dotados também de uma função integradora e servindo de auxílio na tarefa interpretativa, o que significa, em última análise, que integram o ordenamento jurídico, sendo revestidos de normatividade, tanto quanto as regras elaboradas pelo poder estatal, que, se é preponderante, não é exclusivo na produção do direito. O que se pretende estabelecer com este raciocínio é que o acesso à justiça não perde sua condição de direito fundamental, quando a ele também se reconhece uma atuação na qualidade de princípio ao se estudar o regime geral dos direitos fundamentais. Tanto é um princípio em si mesmo, como também se apresenta como direito fundamental.

Canotilho (2003, p. 416) explica que: “O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos”.

A respeito do princípio da universalidade, ensina Canotilho (2003, p. 416-417) que o mesmo está consagrado no artigo 12º da Constituição portuguesa, significando que os direitos fundamentais são direitos de todas as pessoas, independentemente de sua

nacionalidade, o que não exclui a possibilidade de a lei, com autorização da própria Constituição, reservar certos direitos apenas aos cidadãos portugueses.

Em síntese, a universalidade do acesso à justiça importa em reconhecer este direito a todas as pessoas residentes no País, nacionais e estrangeiras.

### **6.3.2 Princípio da Isonomia**

No que se refere ao princípio da igualdade, ou da isonomia, como é mais comumente aceito nos textos doutrinários de autores brasileiros, na visão de Canotilho (2003, p. 426) a mesma diz respeito à igualdade jurídica, formal ou liberal, no sentido de que todos os homens são iguais, isto é, trata-se de um pressuposto necessário para “a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria *liberdade* individual”.

Não se trata da igualdade material, que irá justificar, em termos de concepção de políticas públicas ou de acesso ao direito assegurado pelas normas objetivas, o estabelecimento de desigualdades jurídicas, para que a igualdade efetiva, real, material, seja atingida, corrigindo a superioridade das posições de certas pessoas em face de outras, como se dá, a título ilustrativo, com as ações afirmativas, em que se pretende a inclusão social de sujeitos pertencentes a grupos em relação aos quais os direitos e as garantias individuais e coletivas não se mostram concretamente passíveis de serem atingidos, por motivos

econômicos, culturais ou de outra ordem, identificados por estudos realizados por organizações governamentais e não governamentais.

Do mesmo modo nas relações entre consumidores e fornecedores de bens e serviços, em que a superioridade real desses últimos em relação com os primeiros é reconhecida pela lei, que dá aos primeiros certa proteção jurídica, pela instituição de mecanismos que têm por objetivo restabelecer o equilíbrio entre eles. E, ainda, no Direito do Trabalho, em que o princípio cardeal é o da proteção à pessoa do trabalhador, fator histórico justificador da própria existência daquele, pela inegável superioridade do empregador na relação jurídica de direito material, econômica, cultural ou de outra natureza, que leva à distorções, clamando por proteção legal que possa levar ao equilíbrio.

Alf Ross (2003, p. 315), por seu turno, baseando-se na idéia de justiça conforme pensamento formulado pelos pitagóricos, no século IV, a.C., pelo qual é vista como expressão da igualdade, que implica na distribuição igualitária de bens e vantagens, critica esse conceito, por tomar a igualdade em sentido absoluto, que despreza as distinções entre as pessoas, para sustentar que:

Não pode ser visto como injusto, tendo, ao contrário, que ser um dos requisitos da justiça haver distinções de maneira tal que as vantagens e as cargas, os direitos e os deveres, sejam distribuídos levando-se em conta as circunstâncias condicionantes. Os casados e os solteiros, os maiores e os menores, os criminosos e os cidadãos respeitadores da lei não podem ter o mesmo *status* jurídico. O requisito de igualdade da lei encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa. A exigência de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Isto significa que, como um pré-requisito para a aplicação da norma de igualdade e com independência dela, é preciso que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; em outras palavras, a exigência de igualdade contida na idéia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos os

membros de uma classe determinados por certos critérios relevantes [...].

Todavia, no contexto em que o apontado princípio tem sua relevância destacada nesse estudo, isto é, no âmbito do acesso à justiça, enquanto garantia assegurada constitucionalmente, basta que, pelo menos num primeiro momento, seja considerado no restrito campo da igualdade formal, como uma fórmula que viabilize, independentemente das diferenças que existem na sociedade, o acesso de todos os sujeitos aos direitos fundamentais consagrados pela ordem constitucional, entre eles, o acesso à justiça. Trata-se de uma aplicação uniforme do princípio que se mostra necessária diante da natureza dos direitos dessa ordem. Não é concebível negar, por exemplo, o exercício de direitos fundamentais que, em certa medida, são direitos humanos, às pessoas que praticaram crimes e se encontram privadas de sua liberdade, encarceradas que estão, somente por esta razão, salvo é claro, a restrição de liberdade, inerente ao próprio regime penal. Simplificando o raciocínio, mesmo as pessoas que se encontram nessa condição têm assegurados os direitos elencados pelos incisos do artigo 5º, da Constituição, com exceção daqueles que são incompatíveis com a restrição de liberdade e de alguns outros direitos, conforme a situação particular de cada uma.

#### **6.4 Origem e Evolução**

Ter conhecimento de que o acesso à justiça é hoje garantia constitucional, gozando de *status* de verdadeiro direito fundamental, caracterizando-se como direito

assegurado pela ordem constitucional de diversos países, não é suficiente para demonstrar o seu surgimento e a sua importância para a pacificação social e a convivência harmoniosa em sociedade.

Há que se voltar um pouco mais na história dos povos e dos ordenamentos jurídicos, pois que a gênese dessa garantia é encontrada em tempos bastante remotos, até se chegar ao estágio de evolução em que se encontra.

#### **6.4.1 Antiguidade**

O significado de acesso à justiça, no curso da história, variou em virtude da influência de elementos de natureza política, religiosa, sociológica e filosófica. Onde há relações humanas há conflito. Somente é possível, então, falar-se em conflito quando pelo menos duas pessoas convivem num certo espaço físico, potencialmente aptas a se interessarem pelas mesmas coisas, pelos mesmos bens, originando disputas, pretensão e resistência. Assim, desde que o homem vive em grupos, por evidente, há conflitos que têm merecido solução desde os primórdios da humanidade, o que autoriza afirmar que em certo momento da história da civilização humana surgiu a idéia de justiça e, por consequência, a prática do acesso aos organismos encarregados de aplicá-la aos casos concretos.

O caráter religioso de que se revestiam não apenas as convicções políticas, mas toda a manifestação cultural do homem, condicionando seu comportamento social, era a regra nas sociedades mais rudimentares, sendo de se indicar, a título ilustrativo um dos mais

antigos códigos de leis que se tem conhecimento, que dedica sua parte introdutória para fundamentar todo o poder terrestre na força inspiradora divina, qual seja, o Código de Hamurabi, vigente no século XXIII, a.C. Acreditava-se que todos os fatos ocorridos no mundo eram regidos por este ser supremo, divinal, ao qual se reconhecia toda força e poder, que geriam todos os fenômenos naturais e a conduta humana. Não se creditavam ao homem, nem às ciências ou a qualquer área do conhecimento, senão na crença absoluta da existência de uma divindade, idoneidade para exercer algum domínio sobre a natureza (LIMA, 1983, p. 2).

Todo poder exercido pelo soberano provinha de fontes divinas, donde as soluções que hoje nos parecem absurdas, injustas e desumanas, eram consideradas normais e corretas, sem que o povo fizesse questionamentos ou demonstrasse insurgência, papel que certamente era reservado com exclusividade aos pensadores, mais propriamente aos filósofos da época, refletindo este cenário o consenso geral e o comportamento humano de acordo com a crença nessa concepção de caráter unicamente religioso. Leciona Gusmão (2004, p. 292) que:

O direito primitivo era respeitado religiosamente, não só pelo temor às suas sanções draconianas e desumanas, como, também, por medo da ira de divindades que poderia se manifestar por epidemias, secas, chuvas etc., como acreditavam os povos das primitivas culturas. Por isso, o direito primitivo tinha caráter religioso, era sagrado. [...] A maioria dos legisladores antigos declarava ter recebido as suas leis de uma divindade. Os códigos sumerianos, dentre os quais de Hamurabi, eram apresentados como transmitidos pela divindade da cidade à qual pertencia o rei-legislador.

Certamente o desenvolvimento cultural e intelectual e o avanço científico estimularam a aquisição de novos conhecimentos e concepções de mundo que contribuíram

para a construção e evolução do pensamento e conseqüente criação de melhores condições de vida em sociedade, além da convicção na necessidade de caminhos distintos dos então vigentes, para resolução dos conflitos de interesses, o que se reforçava diante do progressivo reconhecimento das injustiças geradas pelos métodos então adotados, e assim, gradativamente, foi-se substituindo a fundamentação do poder em crenças unicamente religiosas e sem explicação racional, produzindo-se a estruturação de outros meios de solução dos conflitos, que não fossem concentrados exclusivamente no soberano, a quem até então competia legislar, julgar e executar, contribuindo sobremaneira para a adoção e o aperfeiçoamento de fórmulas adequadas para dirimir os conflitos entre os homens, até se chegar à doutrina da separação dos poderes, com sua gradual implantação nos países mais desenvolvidos de outrora, confiando-se esta tarefa a um terceiro teoricamente imparcial, integrante do poder público.

Nas sociedades primitivas não havia direito escrito, mas apenas as decisões tomadas inicialmente pelos sacerdotes, que foram os primeiros juizes, e depois pelos mais velhos, que se reuniam em conselhos, mantendo o direito em segredo, cuja transmissão de uma geração para outra era feito oralmente. Tratava-se de uma tradição sagrada. O sigilo quanto ao conhecimento do direito pelos sacerdotes e depois pelos mais velhos assegurava que estes mantivessem suas posições sociais e conseqüentemente os privilégios de que desfrutavam. A decisão a ser tomada, em dado caso concreto, deveria reproduzir fielmente a decisão de caso idêntico anterior. Com o passar do tempo, o direito tornou-se o conjunto das decisões judiciais, portanto, caracterizado pelo casuísmo, permanecendo mantido em segredo (GUSMÃO, 2004, p. 291-292).

As sentenças da época, reveladoras da reiteração de condutas impostas pelos julgadores, fizeram surgir os costumes. Posteriormente, os escribas, indiscretamente,

acabaram por revelar o conteúdo do Direito formado pelo conjunto de decisões, tornando-o público, dando origem aos códigos e, num estágio mais avançado, as principais sentenças então conhecidas foram reduzidas a escrito, transformando-se em leis, gradativamente codificadas, a exemplo do Código de Hamurabi e das anteriores leis dos reis sumerianos, como demonstra Gusmão (2004, p. 291-202), acrescentando que:

Nesses códigos nota-se perfeitamente a origem casuística de seus preceitos. Aí também da sentença provém a lei. Assim, parece-nos que o direito inicialmente foi casuisticamente estabelecido, formulado em decisões judiciais, proferidas pelos iniciados em uma ciência jurídica secreta. Aparece primeiro como sentença, que, repetida, dá origem ao costume, a mais antiga fonte do direito.

Dessume-se, assim, que naqueles tempos não se podia falar em acesso à justiça ou em tutela jurisdicional de direitos, nos termos em que hoje são concebidos, pois que o direito não era de conhecimento público, obstando que se pudesse falar em direito de ação, como via de acesso àqueles que detinham o poder de julgar, exigindo-lhes uma solução justa para os conflitos, isto é, de conformidade com o Direito, inexistindo os instrumentos incorporados pelos sistemas processuais mais modernos.

A justiça era o que decidiam os sacerdotes com base em suas próprias convicções e na jurisprudência dos precedentes, consubstanciados pelas decisões anteriores, dos mesmos ou de outros julgadores. Não havendo uma instituição democraticamente posta à disposição do homem, com a outorga de garantias que possibilitassem o acesso à mesma, tudo se resumia à vontade dos sacerdotes, e numa fase mais avançada, ao conselho dos mais velhos da comunidade. O casuísmo era uma das notas distintivas do direito da época, e por extensão, da solução das controvérsias.

Nessa fase da história, com amparo nas lições de Cogliolo, ensina Gusmão (2004, p. 292) que:

Um povo deixa a vida nômade e se apresenta com certa solidez, as contendas privadas deixam de ser resolvidas com as armas na mão e passam a ser decididas pelo chefe da tribo, pelo pai de família ou pela pessoa mais velha e mais respeitada. A primeira fonte do direito é, pois, a sentença do juiz. Antes de existirem os costumes e as leis, existiam as sentenças dos chefes.

A multiplicação e a complexidade das relações jurídicas e a pluralização das sociedades tornaram incertos “os costumes, sendo então compilados por sacerdotes ou por determinação real” (GUSMÃO, 2004, p. 292).

Um dos mais antigos códigos de leis, o Código de Hamurabi, já apresentava regras que proibiam a opressão do forte pelo fraco. Incentivava o homem oprimido submeter a questão controvertida à solução do soberano. Naqueles tempos, o direito tinha inspiração divina, pois que a justiça do soberano provinha da justiça divina. O acesso à justiça, por consequência, dependia do acesso à religião. Escravos e estrangeiros não eram sujeitos de direito em algumas épocas, a eles não se aplicando o direito e a justiça, em outros tempos, eram contemplados por leis especiais. Conforme Lima (1983, p. 31-32), a norma em questão tinha a seguinte redação:

Em minha sabedoria eu os refreio para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai ler a inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz e possa ele compreender o seu caso.

As primeiras reflexões e discussões sobre a lei, na época expressão única do direito, que se tem notícia, ocorreram na antiga Grécia, formando escolas que ao longo da história influenciaram diversas outras correntes de vários países. Foi naquela época que passou a ser desenvolvida a idéia de isonomia que, somada à correntes filosóficas, como a jusnaturalista, teria grande influência na questão dos direitos humanos. “Nos primórdios da civilização o direito aparece como emanção de uma potência superior – a divindade. A exaltação do sentimento religioso descobria em tudo a voz dos deuses; as regras jurídicas eram mandamentos religiosos” (PEIXOTO, 1955, p. 227).

Para Gilissen (1995, p. 73): “Não há propriamente que falar de ‘direito grego’, mas de uma multidão de direitos gregos, porque, com exceção do curto período de Alexandre, O Grande, não houve nunca unidade política e jurídica na Grécia Antiga”.

Antes do aparecimento do pensamento socrático, a partir do qual a filosofia grega alcançou o ápice, teve grande importância a Escola de Pitágoras, que simbolizava a justiça pela figura geométrica do quadrado, pela perfeita igualdade dos lados, e ainda, pelo uso de algarismos. Aristóteles (2004, p. 103-127), por seu turno, formulou a teoria da justiça, influenciado pelo pensamento de Pitágoras quanto aos pesos, às medidas de igualdade e à proporcionalidade, situando a questão da igualdade como igualdade de razões. Foi o primeiro a falar sobre a possibilidade da adaptação da lei pelo juiz à situação concreta, ilustrando com a régua de Lesbos (nome de uma ilha grega), confeccionada com chumbo e, por isso mesmo, tinha mobilidade suficiente para se amoldar à forma da pedra, símbolo perfeito para a equidade, traduzindo lição que deveria ser aproveitada pelo juiz, adequando a lei a cada caso concreto que lhe fosse levado para julgamento.

Aristóteles (2004, p. 125), a respeito da equidade, dizia:

O que faz surgir o problema é que o eqüitativo é justo, porém, não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. [...] Desse modo, a natureza do eqüitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão de sua universalidade. É por isso que nem todas as coisas são determinadas pela lei: é impossível estabelecer uma lei acerca de algumas delas, de tal modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos.

No campo das reflexões acerca da lei, do direito e da justiça, como se observa dos relatos contidos na obra de Greco Filho (2003, 1º v., p. 17-28), na Grécia antiga surgiram as Escolas de Heráclito, subdivididas em Eleática e Pitagórica, que, nesse primeiro estágio de amadurecimento, em tentativa de se compreender as normas que regiam as condutas humanas, faziam confusão entre as leis humanas e o princípio do Cosmo. Depois delas, vieram os sofistas, que realizavam reflexões sobre as leis no campo da vontade do homem, na forma em que se realiza na experiência. Nessa época houve abandono da procura por um princípio universal. Os sofistas apreendiam as normas de conduta, para efeito do desenvolvimento de estudos e análises, não como reveladoras de um mundo do dever-ser, que somente muito tempo depois assim passaram a ser entendidas enquanto fontes do Direito, mas sim, como se apresentavam no mundo, na experiência prática.

Para Sócrates, as leis tinham fundamento racional e não arbitrário, pregando obediência às mesmas, ainda que injustas. Concebia o Estado como indispensável para a convivência do homem em sociedade, devendo ser garantido pelas leis. Para este filósofo, as leis deveriam ser cumpridas, independentemente de serem ou não justas, não sendo admissível que se estimulasse os outros a descumpri-las. Sua concepção era política, intelectual e filosófica. Não se perquiria, naqueles tempos, das garantias do homem contra o

Estado e de mecanismos para sua efetivação. Platão, por sua vez, entendia o mundo das idéias como a verdadeira realidade. Para ele, o mundo imperfeito dos sentidos seria um mero reflexo das idéias. Em sua obra “A República”, sustentava que os sábios deveriam governar. Em “As leis”, reconheceu as deficiências do mundo empírico e pregava respeito à personalidade humana, circunscrita aos homens livres, porém, e que os governantes deveriam estar sujeitos leis do Estado, para evitar a anarquia, como se vê em “O político” (GRECO FILHO, 2003, 1º v., p. 17-28).

Aristóteles, em reflexões sobre esse tema, fundamentava o direito em princípios éticos. Para ele, o supremo bem é a felicidade advinda da justiça, mas, por mais paradoxal que possa parecer, admitia a escravidão. Desenvolveu um conceito de justiça distributiva entre o Estado e o indivíduo: “Cada um deve receber honras e bens segundo seus méritos”. O homem somente poderia viver dentro do Estado e, dentro deste, admitia a existência de famílias, tribos e aldeias (formas intermediárias). A equidade, na visão aristotélica, era encarada como instrumento de justiça. Fez distinção entre os poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. Os gregos eram conhecidos pela sua avançada filosofia e os romanos pelos seus brilhantes juristas. Os juristas romanos tinham formação filosófica e conheciam o pensamento grego, mas se preocupavam com as questões práticas. Reconheceram a possibilidade de divergência entre o justo e o lícito. Conceberam o *jus naturale*, o *jus gentium* e o *jus civile*. Ensina Greco Filho (2003, 1º v., p. 18) que:

A concepção filosófica grega, todavia, é evidente que historicamente condicionada, não concebeu sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado ou os governantes porque a violação da personalidade do cidadão merecia a reprovação da *polis*, por força de um julgamento ético e político, e não juridicamente institucionalizado. [...] A preocupação romana, contudo, foi o relacionamento interindividual, alcançando, como se sabe, o processo romano, alto grau de evolução ainda hoje admirado. Em suas três fases [...] foi aprimorando a aplicação do direito, mas em nenhum momento o mecanismo judicial

se estruturou no sentido de garantir a pessoa contra a vontade do imperador (GRECO FILHO, 2003, 1º v., p. 19).

No auge da democracia, a atividade judicante, em algumas cidades-estado da Grécia, não competia a funcionários especializados (órgão estatais), mas aos próprios cidadãos, reunidos em assembléia, sendo exemplo o próprio julgamento de Sócrates. Ao magistrado cabia basicamente a execução das decisões das assembléias. Qualquer cidadão poderia acionar a justiça, em face do predomínio do ideal democrático. O acesso era amplo e quase irrestrito. Sócrates pregava estrita observância à lei que, para ele, se identificava com a justiça. Aristóteles fazia distinção entre a justiça da lei e a equidade, sendo este último um valor superior àquela, podendo ser empregada para corrigi-la (GRECO FILHO, 2003, 1º v., p. 19).

Pinheiro Carneiro (2003, p. 6-7) informa, porém, que, na Grécia, mesmo no auge da democracia, a quantidade de cidadãos era muito pequena em proporção à totalidade das pessoas, e apenas os primeiros tinham acesso à justiça, acrescentando que foi Atenas “o berço da assistência judiciária aos pobres. Naquela época, anualmente, eram nomeados 10 advogados para prestar assistência jurídica àquelas pessoas consideradas à época como carentes”.

O sistema jurídico criado pela cultura romana teve forte inspiração do pensamento grego, influenciando a construção dos sistemas jurídicos do futuro, hoje conhecidos como da família romano-germânica. Noções e princípios importantes nos sistemas contemporâneos, ligados ao direito e a justiça, foram hauridos do sistema jurídico romano, a exemplo do patrocínio judicial por advogado, como medida necessária para fixação do equilíbrio entre as partes em litígio, e a iniciativa do Imperador Constantino na elaboração de

lei prevendo o patrocínio gratuito aos necessitados, posteriormente incorporada ao Código de Justiniano. O direito romano apresentou notável desenvolvimento dos institutos jurídicos e da jurisdição. Inicialmente a solução se dava pela autotutela (justiça privada), depois pela autocomposição e, em seguida, pelo modelo de resolução de conflitos através da escolha de árbitros pelas próprias partes, geralmente fundada em razões religiosas, sendo imparciais e traduzindo a vontade das partes (PINHEIRO CARNEIRO, 2003, p. 7).

Gradualmente a religião e o Estado foram se desenvolvendo em direções distintas, passando este último a assumir definitivamente a função de solucionar os conflitos de interesses. Num primeiro estágio, o sujeito comparecia na presença do pretor. Este elaborava a regra a ser aplicada e indicava o árbitro para dirimir a controvérsia. Numa etapa seguinte, o pretor além de elaborar a regra também julgava a demanda, aplicando o direito e submetendo as partes à sua decisão (ao seu poder, ou melhor: ao poder estatal). Inaugura-se a justiça pública. Já se pode falar verdadeiramente em jurisdição (PINHEIRO CARNEIRO, p. 7-8).

#### **6.4.2 Idade Média**

A história dos povos revela que a racionalidade, tão bem apreendida e desenvolvida pelos pensadores da Grécia antiga, a exemplo de Aristóteles, Platão e Sócrates, que, para além dos limites da filosofia, expressiva e inestimável contribuição deixaram para a ciência política, mas também para as ciências culturais em geral, incluindo as ciências jurídicas, lamentavelmente restou sepultada na idade média, em que a teologia, a fé, triunfou

sobre a razão, retornando-se, ainda que sob outros contextos, ao pensamento primitivo de que um ser supremo é a causa e o efeito de tudo.

Esta época foi reconhecidamente de escuridão, de cegueira, de ausência de racionalidade, em prejuízo da caminhada da humanidade rumo ao conhecimento e à conquista de melhores condições de vida, em que barbáries e atrocidades foram cometidas contra a humanidade por motivos religiosos, sendo que a inquisição praticada em nome da doutrina predominante na Igreja Católica, tirando a vida de milhares de pessoas por serem supostamente hereges, diante de comportamentos sumariamente classificados de contrários aos seus postulados, é talvez o elemento histórico mais marcante desse triste período.

Essa realidade sofreu radical transformação com o Renascimento e depois com o Iluminismo, fases históricas em que a racionalidade foi recuperada e as divergências religiosas fizeram nascer as doutrinas protestantes e o desenvolvimento de idéias que procuravam estabelecer, dentre outros escopos, a convivência pacífica entre essa diversidade religiosa. A tolerância religiosa passou a ser um valor a ser buscado nas sociedades, para viabilizar a convivência de pessoas e grupos com crenças e convicções diversas.

Segundo Pinheiro Carneiro (2003, p. 14), a Renascença, movimento iniciado na Europa do século XV, identifica-se com a retomada da cultura greco-romano clássica, marcando o limiar da era moderna, importando no rompimento com o teocentrismo que dominara o período precedente. Este movimento significou uma nova tomada de consciência do homem, repercutindo em todos os planos da vida, como o artístico, social, e filosófico. Germinou o humanismo, ou seja, o homem voltou a ser o centro das atenções, “permitindo a sua emancipação e a livre expansão da sua forma criadora. Está criada a base para o individualismo que viria a marcar esta etapa e a subsequente”.

O acesso à justiça continuou evoluindo durante a Idade Média até o Renascimento (do século V a meados do século XV). Nessa fase da história o direito foi fortemente influenciado pela doutrina cristã, o que justifica porque o homem era avaliado por sua fé. No século XII houve a sistematização do direito canônico anterior (Decreto de Graciano) que, ao lado do direito romano recepcionado, estabeleceram as bases para o desenvolvimento da ciência jurídica ocidental. Os filósofos mais destacados da Idade Média foram Santo Agostinho, Santo Isidoro de Sevilha e Santo Tomás de Aquino (considerado o pensador mais célebre da Europa unificada pelo cristianismo, tendo recebido fortes influências de Aristóteles). Este último entendia relevante distinguir razão e filosofia, no que se refere às realidades da experiência ou ao campo das demonstrações – “um aceno à realidade sociológica”. Santo Isidoro de Sevilha afirmava: “A lei há de ser honesta, justa, possível, adequada à natureza e aos costumes, conveniente no tempo, necessária, proveitosa e clara, sem obscuridade que provoque dúvida e estatuída para utilidade comum dos cidadãos e não para o benefício particular” (PINHEIRO CARNEIRO, 2003, p. 10).

A influência da religião sobre o direito chegou a tal ponto que se criou o direito canônico. Na sociedade daquela época, em determinado período, o direito foi reconduzido a uma ordem jurídica pluralista. Na Europa medieval havia simultaneamente mais de uma ordem jurídica vigente, a exemplo do direito comum temporal (que se identificava em sua origem com o direito romano, não obstante reinterpretado), do direito canônico (considerado o direito comum conforme a natureza de certas matérias) e os chamados direitos próprios. À coexistência de mais de uma ordem jurídica dá-se o nome de pluralismo jurídico, ensejando a necessidade de se buscar tutela para os direitos em diversas esferas jurídicas, conforme a natureza do problema a ser resolvido. Havia, em consequência, pluralidade de jurisdições: eclesiástica, real territorial, senhorial, feudal (HESPANHA, 1997, p. 92).

As discussões filosóficas sobre a justiça pouco contribuíram para as práticas institucionais no período medieval, sendo o direito da época essencialmente prático e pragmático. Poucas eram as teorias jurídicas, pois o direito era uma manifestação espontânea da sociedade, exprimindo-se através dos costumes. As experiências jurídicas demonstravam que o direito era construído independentemente da doutrina e de orientações sistemáticas. A erudição e as construções mais refinadas e artificiais são manifestações de um período posterior da história dos povos, não assimilando jamais o direito habitual. Os estudiosos do direito canônico até conseguiram elaborar algumas teorias jurídicas, mas sem grande repercussão na vida concreta do direito (ULHOA CINTRA, 1970, v. 1, p. 176).

Talvez não se pudesse falar em acesso à justiça na concepção que hoje se tem sobre a questão, mas havia na época acesso a um julgamento que a sociedade toda (o grupo social) considerava justo, com base nos costumes que cultivava. Na Inglaterra vigia o sistema feudal, havendo conflitos entre o poder central do rei e os senhores das terras (no caso, os barões, que se protegiam inclusive com contingente militar), que compeliram João Sem-Terra a assinar a Magna Carta de 1215, episódio este que marcou uma fase embrionária dos direitos do homem. Vale a pena conferir os artigos 39 e 40 da Magna Carta de 1215:

Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou despido de seus direitos ou posses, ou posto fora da lei, ou exilado ou privado de sua posição por qualquer outro meio. Nem procederemos à força contra ele ou enviaremos outros para fazê-lo, senão pelo legítimo julgamento de seus iguais ou pela lei da terra. A ninguém venderemos nem negaremos ou retardaremos o direito e a justiça (PINHEIRO CARNEIRO, 2003, p. 9).

Nos séculos XIV e XV há um crescente movimento do homem pela libertação das imposições da Igreja, havendo um progresso expressivo da importância do

poder temporal do Estado em relação ao espiritual da Igreja. Nessa época surge a grande crise da Igreja, o grande Cisma, que dividiu a cristandade, com dois PAPAS, um em Roma e outro em Avignon. Sobre essa fase da história, Pinheiro Carneiro (2003, p. 14) assim se pronuncia:

Em um determinado momento as explicações medievais passam a não mais satisfazer; daí a volta, um reestudo, uma revisão do pensamento greco-romano, surgindo, assim, o movimento conhecido como Renascimento (volta ao passado – renascer. O movimento chamado Renascença, iniciado no século XV (*o Quattrocento*), corresponde à retomada da cultura greco-romana clássica ocorrida no limiar da era moderna e que, não raro, com ela se confunde, rompendo, assim, com o teocentrismo que marcara o período anterior. Seja entendido como período histórico, seja como fenômeno histórico, fato é que o Renascimento significa uma nova tomada de consciência do homem, com reflexos no plano artístico, social, filosófico, enfim em todos os planos da vida. O indivíduo volta a ser o centro (humanismo) das atenções, permitindo a sua emancipação e a livre expansão da sua força criadora. Está criada a base para o individualismo que viria a marcar essa etapa e a subsequente.

No final da Idade Média, portanto, com o Renascimento e depois com o Iluminismo, retorna-se à fundamentação racional do mundo, incluindo o próprio Direito, valorizando-se o homem, o que produziria generosos frutos nos séculos seguintes.

### **6.4.3 Estado Moderno**

Nas primeiras décadas do Estado moderno, a doutrina do direito natural sofreu profundas modificações em suas bases de fundamentação do direito, como reflexo do Renascimento e do Iluminismo, talvez como única alternativa para sua sobrevivência,

resgatando a racionalidade do direito, agora de inspiração humana e não mais divina, como se acreditava. Com efeito, a Escola clássica do direito natural começava a abandonar a fundamentação do direito na religião e passava a difundir a idéia de que a fundamentação se dava pela razão. A natureza humana seria a fonte do direito natural. Os autores indicam como o primeiro grande pensador dessa época Hugo Grotius (1583 a 1645). O apogeu foi alcançado com Rousseau (1712 a 1778). Ainda se acreditava na origem divina do poder do soberano, mas se esboçava uma reação à sua ilimitação, passando-se a acreditar que seu fim era a felicidade do povo. Essa idéia passa a ser discutida em academias e nas cortes, entre as classes sociais da época.

Afirma Pinheiro Carneiro (2003, p. 15):

Esses movimentos, a partir do século XVII, passaram a exercer fortíssima influência. A busca de determinados direitos em face do poder exercido pelos reis; o conflito da chamada classe burguesa contra a realeza e os privilégios da aristocracia, não só em razão da concentração dos poderes exercidos com arbítrio inigualável, mas também e especialmente contra os tributos abusivos que estes impunham àquela.

A Revolução Gloriosa, na Inglaterra, em 1689, teve o mérito de provocar a incorporação ao ordenamento constitucional inglês, de alguns princípios da escola do direito natural, especialmente a limitação do poder real. Para tanto, interferiu a doutrina de John Locke, com as suas teses do estado de natureza e do contrato social, como modo de limitação do poder dos príncipes. O século XVIII ficou conhecido como o século das luzes. Houve a insurreição das colônias norte-americanas, em 1776, contra a coroa britânica, que se constituiu num grande sucesso, apresentando-se a Declaração de Direitos da Virgínia, que sucedeu à Independência Americana, bem como a Declaração de Direitos que esta produziu,

como fatos históricos a demonstrar a consagração dos direitos fundamentais do homem (PINHEIRO CARNEIRO, 2003, p. 15).

A Revolução Francesa, por sua vez, de 1789, significou a universalização dos direitos do homem. Esta revolução teve forte influência do movimento conhecido por *enciclopédia*, com Voltaire, Rousseau e Montesquieu. Na primeira metade do século XVIII, a França conheceu um período de desenvolvimento econômico. A agricultura e a produção manufatureira aumentaram significativamente. Surgiram as primeiras indústrias de ferro e de carvão. O comércio internacional quadruplicou o seu volume. A burguesia cresceu e diversificou suas atividades e seus lucros, mas permaneceu às margens das decisões políticas do Estado absolutista, dominado pela aristocracia (alto clero e alta nobreza).<sup>21</sup>

Aliás, muitos foram os fatores que contribuíram para que houvesse a revolução de 1789, todos eles, de algum modo, relacionados com a contrariedade de interesses das classes sociais da época. Não se imaginava a importância que teria na história dos povos, especialmente nas influências que seus postulados exerceriam sobre a elaboração do direito.

A expansão econômica da França, naquela época, foi acompanhada da alta dos preços, afetando principalmente a nobreza, que vivia de rendimentos fixos, e a população rural. Para se defender, a aristocracia aumentou o nível de exploração sobre os camponeses, criando novos tributos e obrigações e passou a ocupar todos os cargos e postos administrativos do Estado, da Igreja e do Exército, impedindo a ascensão social e política até mesmo da alta burguesia financeira.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://www.hystoria.hpg.ig.com.br/revfranc.html>>. Acesso em: 21 nov. 2005.

<sup>22</sup> Idem.

Em consequência da reação aristocrática, aumentaram as críticas ao antigo regime e seus fundamentos, acarretando a adesão da burguesia às idéias pregadas por filósofos iluministas como Montesquieu, Diderot e Rousseau, que sustentavam a igualdade de todos perante a lei, a tolerância religiosa e a livre expressão do pensamento. Os iluministas, centrando suas idéias contra a ordem jurídica vigente na sociedade da época, que consagrava privilégios a determinadas classes sociais, sugeriam um governo constitucional e parlamentar (monarquia ou república). Economistas, a exemplo de François Quesnay e Adam Smith, propugnavam o fim do mercantilismo e a adoção de uma política econômica liberal, que prescindisse da intervenção do Estado na produção e na circulação das mercadorias. O iluminismo influenciou do mesmo modo a burguesia, que passou a reivindicar igualdade jurídica com a aristocracia e liberdade individual de empreendimento e de lucro. Em 1756, no reinado de Luís XV (1715-1774), França e Inglaterra se enfrentaram numa guerra (Guerra dos Sete Anos, de 1756 a 1763), com derrota da primeira, que teve início na América, entre colonos franceses e ingleses. Com o insucesso, a França perdeu suas colônias americanas (o Canadá, a região do Rio Mississippi, a Luisiana e algumas ilhas das Antilhas), causando o enfraquecimento da burguesia mercantil e da própria economia francesa.<sup>23</sup>

A insatisfação da burguesia aumentou porque mesmo sendo numerosa, instruída e abastada, achava-se impossibilitada de conseguir ascensão social e participação política, devido à reação aristocrática.<sup>24</sup>

As propostas objetivando introduzir reformas profundas fracassaram, tendo em vista que iam contra os interesses do alto clero e da nobreza. Claro estava que não havia ambiente para propostas de reformas que pudessem contrariar os interesses da aristocracia. A participação da França em movimentos revolucionários e em guerras e o fracasso das medidas

---

<sup>23</sup> Idem.

políticas tomadas pelos sucessivos governos agravaram a crise econômico-financeira, que em seu ápice envolveu o Rei, a nobreza, a burguesia e as classes populares.<sup>25</sup>

A verdade é que as revoluções norte-americana e francesa mudaram o mundo. A segunda, pela necessidade de limitar os poderes do Estado, encampa os princípios da separação dos poderes e da legalidade (especialmente em face da proteção da liberdade, da autonomia privada e da propriedade – concepção individualista). A igualdade que se pensava então era a igualdade unicamente formal: abstenção do Estado dos assuntos privados. Pregava-se que o mercado era livre e o Estado não deveria intervir. A visão de igualdade era utópica, dissociada da realidade, pois que no início se acreditava que a igualdade das pessoas era absoluta, o que mais tarde as experiências históricas mostraram não ser verdadeiro. Essas revoluções introduziram profunda modificação no conceito de Estado, de forma que não mais se mantinha um povo em dado território em razão do poder do soberano, mas porque havia uma Constituição contendo mais ou menos o que era consensual e homogêneo em termos de interesses gerais, estabelecendo a identidade de um povo (PINHEIRO CARNEIRO, 2003, p. 16).

Não se dependia mais do poder de coerção do soberano para um povo se constituir em um território. Fase liberal-individualista, fruto de revoluções burguesas. A concepção que se tinha dos juízes – e isso era a mais pura verdade – é que os mesmos representavam o braço forte da opressão do soberano, que os nomeavam, garantindo a prevalência dos interesses desse último. Naturalmente, o que se passou a pregar, depois das revoluções, foi a necessidade de se diminuir o poder dos juizes, reduzindo sua função à tarefa de apenas declarar o conteúdo da lei. “Este desprezo pelo judiciário revela que o Estado

---

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Idem.

liberal não tem preocupação com a idéia ou a prática do acesso à justiça” (PINHEIRO CARNEIRO, 2003, p. 17).<sup>26</sup>

Surge, então, um paradoxo: formalmente a Constituição garante igualdade entre os homens, mas tal não tem o condão de assegurar o acesso à justiça, que não é objeto de preocupação, revelando a pouca-importância dada ao Judiciário naqueles tempos.

As duas correntes que se dedicavam à conceituação do direito enquanto ciência jurídica resultavam das escolas do jusnaturalismo e do positivismo. Eram características marcantes do positivismo jurídico, dentre tantas outras, as seguintes: deve se aplicar a lei como está escrita; não se deve interpretar a lei com indagações da experiência, da sociologia, da ética ou da ideologia; e o juiz não poderia emitir juízo de valor, estando vinculado ao texto da norma jurídica. O positivismo admitia a importância da sociologia, da ética e da metafísica, mas sustentava que deveriam ser afastadas na interpretação da norma. Era a doutrina da prevalência da lei como fonte única do direito. Para o jusnaturalismo, a norma deveria ter sua validade negada quando contrariasse princípio de direito natural. O positivismo jurídico tinha maior preocupação com a segurança jurídica e o jusnaturalismo se preocupava com mais intensidade com a justiça. Para Bobbio (1995, p. 135):

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à

---

<sup>26</sup>Refere-se ao Estado europeu e não ao Estado brasileiro, que quase nenhuma influência sofreu daqueles tempos.

realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.

Não parece ser coerente com sua própria natureza, nem mesmo com suas características, que o direito positivo deva ser interpretado desconsiderando-se as modificações dos costumes e as influências de ordem filosófica, sociológica e ética (econômicas e culturais também), na medida em que, quando de sua criação pelo legislador, inegável que estes fatores foram considerados para sua construção e, assim, de igual modo, devem ser acolhidos no momento da interpretação e da aplicação da norma jurídica.

A produção do direito, sem dúvida, reflete a ideologia presente em dada sociedade e em dada época histórica. Interessante e elucidativo, por sinal, o conceito de ideologia de Marilena Chauí (1985, p. 113), assim:

A ideologia é um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos), de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção.

O Estado liberal do século XIX e nos primeiros anos do século XX foi estruturado sobre uma base que valorizava o aspecto econômico, em que predominava o

*lasser-faire, lasser-passer*, dos fisiocratas. A experiência dentro desse quadro conceitual revelou graves distorções sócio-econômicas. Segundo Pinheiro Carneiro (2003, p. 20), houve uma enorme concentração e acumulação de riquezas pela burguesia industrial que, por sua vez, teve papel fundamental no surgimento de questões sociais da mais alta relevância. Esse quadro provocou reações no plano da filosofia política, manifestadas através das teorias das correntes mais fortes, socialistas, anarquistas e outras, moderadas, em especial, dentre estas últimas, pela doutrina social da Igreja.

Buscava-se, através dos movimentos intelectuais e sociais, a priorização do homem, mais precisamente, de todos os homens, começando a nascer, ainda em fase embrionária, as idéias que levariam a uma diferenciação entre igualdade meramente formal e igualdade material, como forma de desenvolvimento de uma teoria que pudesse amparar uma prática de inclusão social, em que houvesse melhor distribuição das riquezas, eliminando-se o quanto possível os graves problemas sociais provocados pela ideologia então dominante.

#### **6.4.4 Estado Contemporâneo**

A partir dos primeiros anos do que se convencionou chamar de Estado contemporâneo, alguns sistemas jurídicos se consolidaram em cotejo com outros que foram experimentados e abandonados. Tendo por critério o direito comparado e a história do direito, os sistemas jurídicos contemporâneos costumam ser classificados pelos estudiosos em grandes famílias, depois da verificação dos traços comuns a cada um deles, que sirvam para

identificá-los, ou então, podem integrar determinada família jurídica, conforme sua origem histórica.

Os sistemas jurídicos atuais são agrupados em três grandes famílias: família romano-germânica, família dos sistemas socialistas e famílias dos sistemas filiados a *common law*, além dos sistemas jurídicos de cunho filosófico ou religioso, vigente nos países asiáticos, sendo o mais importante deles o sistema muçulmano (DAVID, 1998, p. 3).

Conforme ensina Baptista da Silva (2002, p. 10), a formação de sistemas ou o ajuntamento de vários sistemas em uma só família somente é possível se forem desconsideradas as notórias individualidades de cada sistema particular, às vezes até mais importantes que as características gerais e comuns a todos eles. A reunião de vários sistemas dentro da família de cunho religioso ou filosófico, por exemplo, apresenta em seu seio os sistemas muçulmano, indiano e chinês, embora se saiba que os três sistemas são por demais diferentes um do outro. A família dos sistemas socialistas, especialmente depois da dissolução da União Soviética, tende a desaparecer e atualmente quase não mais existe, advertindo ser indispensável não esquecer que as tentativas de sistematização do direito, agrupando-o em famílias devem ser recebidas com certa reserva, na medida em que as ciências culturais em geral pertencem ao ramo do saber humano que não se coaduna com o conhecimento sistemático, próprio das ciências da natureza (ciências explicativas, que comportam a construção de princípios e regras de validade universal). O direito, enquanto ciência hermenêutica orienta-se para o individual, para a compreensão do fenômeno humano, situado historicamente em toda sua riqueza. Esta peculiaridade mostra-se ainda mais visível quando se trata do direito processual, porque este trata de casos individuais, dificultando a criação de regras gerais, tentativa que se mostra limitada e precária.

Baptista da Silva (2002, p. 10-11) afirma que o direito brasileiro integra a família denominada romano-germânica, de que fazem parte os sistemas jurídicos da Europa Continental, como a Alemanha e os países de origem latina, como França, Itália, Portugal e Espanha. Também os países da América de colonização espanhola, francesa e holandesa e até alguns países da África, por influência da colonização européia. Ressalta que não se pode esquecer que essas famílias jurídicas sofrem “recíprocas e profundas influências, decorrentes das intensas relações sociais, econômicas e culturais, que os modernos meios de comunicação permitiram, aproximando as nações, independentemente de sua situação geográfica”.

A partir da segunda metade do século XIX iniciou-se uma nova disputa, que envolvia a burguesia contra o proletariado e vice-versa. Houve, naquela época, inquestionável influência da doutrina de Karl Marx, cujas idéias tiveram importância nas conquistas sociais, em decorrência das mazelas do capitalismo, da concentração de riqueza, da exploração dos trabalhadores e do empobrecimento da maioria do povo.

As idéias marxistas, notadamente no campo trabalhista, influenciaram, em muitos países, a discussão do verdadeiro significado de acesso à justiça. O Direito do Trabalho, sem dúvida alguma, desempenhou importante papel na efetivação do acesso à justiça, pela necessidade de se tutelar o trabalhador, entendido como parte mais fraca na relação jurídica de direito material. É no âmbito das relações de trabalho que primeiro foi facilitado o acesso à justiça, com especial ênfase da conciliação e da mediação, pela informalidade e simplicidade do processo jurisdicional, pela construção de uma teoria que visa tutelar o trabalhador, repercutindo na sua atuação em juízo, como pode ser visto da inversão do ônus da prova em algumas situações (em que é mais fácil ao empregador produzir a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito postulado) e, sobretudo, pela tutela dos interesses coletivos dos trabalhadores. Os movimentos reivindicatórios

decorrentes da opressão e da exploração da classe trabalhadora, historicamente comprovados, “desde o sindicalismo inglês até a edição de leis trabalhistas que vieram a partir da segunda metade do século XX, foram responsáveis por um grande avanço do acesso à justiça” (PINHEIRO CARNEIRO, 2003, p. 20).

A Encíclica *Rerum Novarum*<sup>27</sup>, do Papa Leão XIII, de 1891, não obstante a possibilidade de questionamento das verdadeiras intenções da Igreja Católica de então, muitas vezes veladas pela dissimulação dos reais propósitos de sua publicação, aspecto este que por ora não guarda maior interesse no estudo do tema eleito como objeto de investigação científica, acabou, de certo modo, por influenciar na formação do pensamento social, particularmente dentro da doutrina cristã, pois que através do apontado texto a Igreja demonstrou alguma preocupação com questões sociais, vislumbrando soluções pacíficas para os crescentes conflitos entre trabalhadores e patrões, vertente que voltou à tona, de modo mais sofisticado e completo nos documentos papais posteriores, como *Quadragesimo anno* (1931) e *Populorum progressio* (1967).<sup>28</sup>

Nos primeiros anos de consolidação do Estado contemporâneo, mais propriamente nas primeiras décadas do século XX, passa a ser necessária a intervenção do Estado para assegurar direitos, caracterizando-se uma importante fase na história dos países desenvolvidos, particularmente na Europa, que primeiro viveram as experiências do Estado liberal e seu princípio de não-intervenção, de abstenção quanto aos negócios privados, identificando as deficiências dessa concepção política e levando a reflexões visando implantação de modificações. A partir dessa tomada de consciência, ao contrário do que pregava o Estado liberal, a intervenção estatal torna-se indispensável não mais para garantir a

---

<sup>27</sup>Disponível em: <[http://www.vatican.va/news\\_services/liturgy/index\\_po.htm](http://www.vatican.va/news_services/liturgy/index_po.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2005.

<sup>28</sup>Idem.

igualdade meramente formal imaginada pelas revoluções que deram origem ao modelo de Estado liberal, desconsiderando as diferenças que há entre pessoas e classes sociais, mas sim, a igualdade material, real, concreta, como forma que se apresentava fundamental para o acesso dos menos favorecidos economicamente, ou que apresentavam algum tipo de particularidade que os tornavam merecedores de tratamento jurídico conforme suas especiais necessidades, aos meios de satisfação dessas e, até mesmo, a alguns direitos fundamentais, como a educação, a cultura, a saúde, a participação política etc.

As atenções começam a se voltar para a concretização dos direitos sociais e para a tutela dos mais fracos nas suas relações com os mais fortes. Há um resgate da dimensão social do Estado. A ordem jurídica é reinterpretada e passa a ser mais valorizada. O conceito clássico de igualdade meramente formal não mais satisfaz. O modelo racionalista de igualdade é substituído pela preocupação com a igualdade efetiva, material. O emprego de conceitos jurídicos indeterminados passa a ser predominante, com a atribuição de maior responsabilidade aos juizes na interpretação e aplicação do direito. Percebe-se a necessidade de controle mais efetivo do poder, “o que será efetuado também pelos juizes, os quais deixam de simular a mera declaração do conteúdo da lei para se utilizar de instrumentos técnicos e dogmáticos para interpretar e aplicar a lei” (PINHEIRO CARNEIRO, 2003, p. 21).

São desta época a Constituição do México, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, ambas portadoras de reconhecimento e proteção de direitos sociais. Esta última, sem dúvida, surgiu como a mais importante Constituição social europeia do início do século, consistindo em modelo para o novo constitucionalismo social. Todavia, justiça seja feita, embora mais prestigiada e divulgada pela doutrina, não foi a pioneira, pois, antes dela, vem a Constituição do México, de 1917, “marcando o início do Estado Social, preocupado

com os problemas sociais. Essa Constituição é produto da Revolução Mexicana iniciada em 1910” (MAGALHÃES, 2000, t. 1, p. 45-46).

Em doutrina foram várias escolas de interpretação e compreensão do fenômeno jurídico. Parte desse arsenal teórico tenta superar o excessivo rigor do positivismo jurídico puro, conduzindo a outras formas de compreender o direito, influenciando na concepção da tutela jurisdicional dos direitos. Podem ser indicadas como algumas dessas escolas ou correntes doutrinárias que floresceram ao longo da história das ciências jurídicas, com base em Diniz (2004, p. 62-164), a livre investigação científica de François Geny, a ofensiva sociologista de Eugen Ehrlich, a escola do direito livre, a jurisprudência de interesses, a jurisprudência sociológica norte-americana, a lógica experimental de John Dewey, a teoria interpretativa de Joaquín Dualde, o realismo jurídico norte-americano e escandinavo, a teoria de Herbert L. A. Hart, a teoria geral da interpretação de Emilio Betti, o historicismo casuístico e o culturalismo jurídico (destacando-se a teoria do egologismo existencial de Carlos Cossio e o tridimensionalismo de Miguel Reale).

Não apenas os tribunais de hoje, mas também os órgãos jurisdicionais de primeiro grau, são compostos por julgadores que, em expressiva quantidade, se apresentam com o traço do conservadorismo, ainda muito influenciados pelo positivismo normativista, que constitui a base dos cursos de ensino jurídico no Brasil, agindo quase unicamente como aplicadores autômatos da norma jurídica, em uma forma mecânica de atuação, sem interpretação apropriada e sem valoração das circunstâncias específicas do conflito, renunciando a fazer uma leitura das normas jurídicas passando-as pelo filtro constitucional. Apesar disso, em doutrina, é hegemônico o entendimento de que ao julgador cabe uma função criadora da norma particular aplicável ao caso concreto e com isso uma função

transformadora da realidade social, preservando os valores considerados importantes para a sociedade pelo texto constitucional.

Com semelhante raciocínio, são as palavras de Albino Sako (2001, p. 49):

A evolução do judiciário tem sido lenta e marcada por retrocessos. Mantém, ainda hoje, uma estrutura arcaica e emperrada e, na maioria das vezes não compreende a sociedade e por ela não se faz compreender. [...] O juiz tem mantido um estilo de interpretação conservadora ao decidir sobre os direitos expressos na Constituição, notadamente, os de terceira geração. Questões importantes sob o prisma social, como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente, da dignidade humana etc., são interpretadas literalmente. O judiciário não assumiu sua parcela de responsabilidade ética e social na defesa dos direitos consagrados na Constituição e nas normas supralegais de proteção, o que tem impedido avanços. O juiz parece ignorar a existência de uma nova e estranha ordem, que se eleva, marcada pela destituição de direitos, pelo medo, pelo domínio do crime. Desde as duas ou três últimas décadas do século XX, especialmente nos países periféricos, convivem lado a lado o Estado de direito e o Estado paralelo fomentado pelo crime organizado, pela corrupção, pelo tráfico de drogas. É o renascimento do “Estado dual” vivenciado pela humanidade no III Reich, sob novas roupagens, que ganha força e avança, ao passo que o judiciário perde parcelas de poder, fica desacreditado pela sociedade e recua. O momento é de reflexão e não de caos absoluto, pois as transformações sociais ocorridas nas duas últimas décadas do século XX vêm causando mudanças nesse panorama. Os conflitos sociais ganharam nova dimensão e estão exigindo novos equacionamentos, soluções mais céleres e efetivas, processo judicial mais ágil e eficaz, dinâmico e participativo. A sociedade assiste o lento despertar do judiciário, que está tentando criar fórmulas para deixar de ser menos lento e conservador [...].

Não se pode olvidar que ao juiz cabe investigar os fins sociais que informam a aplicação da norma no caso concreto, adaptando suas disposições às exigências do bem comum (CAHALI, 2004, p. 267).<sup>29</sup>

Nesse contexto, é de se afirmar que a sociedade atual exige que o juiz não seja mais exclusivamente um mero expectador da vida social, aplicando mecanicamente a lei ao caso concreto, num apego desmensurado a um legalismo aparente e injusto, mas está a demandar um juiz mais ativo e sensível, preocupado com a realização dos valores democráticos, adotando um novo e vanguardeiro posicionamento, traduzindo, assim, com certa fidelidade, um dos aspectos do verdadeiro significado do acesso à justiça nos dias de hoje.

Os movimentos sociais de reivindicação de direitos, os avanços científicos e tecnológicos, particularmente dos meios de comunicação, da cibernética e da informação, o sempre crescente processo de industrialização, a migração do campo para a cidade, a globalização das economias e as conquistas trabalhistas, dentre outros fatores importantes, têm servido para uma reorganização e modernização da sociedade, levando à multiplicação de conflitos, que se apresentam com novas roupagens, exigindo novos métodos de interpretação e a permanente revisão dos conceitos de certos institutos jurídicos, para que sejam compostos com justiça, em harmonia com os objetivos fundamentais da república, têm tornado de extrema relevância o estudo acerca do acesso à justiça, em uma dimensão abrangente, envolvendo os instrumentos de direito processual e de direito material (TEIXEIRA, S. de F., 1998, p. 98).

---

<sup>29</sup> Artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Os movimentos encampados pelas Igrejas e pelas organizações não governamentais em favor de melhores condições sociais para todos, têm por premissa a concretização ou materialização da liberdade e da igualdade, retirando-os do campo unicamente teórico e trazendo-os para as experiências da vida real. Pinheiro Carneiro (2003, p. 25) entende que “O importante é que os direitos que promanam da liberdade e igualdade, como a cidadania, a saúde, a educação, a informação, possam, na prática, ser alcançados, e exigidos de quem está obrigado a fornecê-los”.

A liberdade individual ainda é um valor assegurado constitucionalmente, que deve ser garantido pela atuação do Judiciário, sempre que chamado a intervir, quando estiver sendo ameaçada ou não estiver sendo respeitada, assegurando as condições materiais para que seja efetivamente exercida, porém, esta liberdade não mais é absoluta, cedendo lugar para os interesses coletivos, conforme ressalvado pela própria Constituição, a exemplo da propriedade, que deve cumprir uma função social para que enquanto direito seja legitimamente exercido, conforme artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República, sendo certo que não apenas a solução estatal para os conflitos deve ser admitida pelo sistema, mas, pelo contrário, é recomendável que as partes sejam estimuladas a buscarem voluntariamente meios privados de composição dos seus conflitos de interesses, notadamente aqueles que digam respeito a interesses exclusivamente individuais, a exemplo da mediação e da arbitragem.

Esta procura por meios alternativos parece ser uma tendência atual, embora sempre existirão conflitos sociais que, por sua própria natureza, deverão ser resolvidos pelo Judiciário, que também deve estar disponível a todos os cidadãos que não tiverem interesse, ou por alguma razão não puderem encontrar solução através de meios privados, já que o

monopólio da justiça continua sendo do Estado, à par da proibição de se fazer justiça pelas próprias mãos, salvo em hipóteses excepcionalíssimas.

Para Pinheiro Carneiro (2003, p. 30-31):

Na quadra atual, principalmente na última década, está havendo uma contra-reação ao chamado Estado social. Fala-se agora numa terceira fase, que seria a fase pós-social; isto é, primeiro o liberalismo sem qualquer intervenção estatal ou a mínima possível, seguida do Estado social, com forte intervenção do Estado, notadamente em função daquelas influências dos movimentos sociais, da filosofia marxista. Agora, nesta terceira fase, a intervenção é cada vez menor, em função das economias dos Estados, que impossibilitam a manutenção de importantes programas sociais, passando a optar pela privatização de serviços não essenciais e pela diminuição de seus investimentos naqueles considerados essenciais, gerando crises de desemprego, insuficiente assistência a direitos básicos como a saúde, a idosos, a crianças etc. Nesse contexto corporificam-se as reivindicações em prol dos direitos fundamentais e da possibilidade de exercitá-los, a exigir do Judiciário (o Estado) meios e modos de resolver esses problemas, seja os de cunho individual gerados por este novo mundo, esta nova forma de vida, como também aqueles que se põem no plano da coletividade. É preciso desenvolver um novo projeto ético que resgate os valores desenvolvidos ao longo dos séculos e coloque em pauta, para discussão, diversas questões que abranjam diretamente o ser humano, destacando-se, dentre elas, a da justiça na sua acepção mais ampla, desde o direito a uma vida digna até a efetiva proteção judicial de todos. Este é o grande desafio do futuro.

A ampliação do catálogo de direitos fundamentais, que nunca está completo, mas sempre autorizando uma complementação, conforme as novas necessidades surgidas dos avanços sociais em diversos campos do conhecimento humano e das próprias experiências concretas da vida em sociedade, a democratização dos países, o aprimoramento dos direitos de cidadania e os virtuais prejuízos que o atual modo de produção capitalista, isto é, a globalização, defendida com veemência pelos neoliberais e que parece ser irreversível, têm exigido aprimoramentos constantes nos modos de solução dos conflitos de interesses, tanto os

individuais como os coletivos, mas não só de solução, mas de garantia de uma vida digna e de prevenção do próprio litígio.

## **7 DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

O acesso à justiça, com *status* de direito fundamental, é relativamente recente, incluído pela primeira vez na Constituição brasileira em 1946, não obstante a existência de métodos e instâncias de solução de conflitos desde o descobrimento, herdados de Portugal, num sistema amplamente discriminatório, em que poucos tinham realmente direitos garantidos, ficando a maioria da população relegada à própria sorte, como se dava, igualmente, na Europa, antes da consolidação de regimes políticos com maior participação da sociedade, lentamente aprimorado, até se chegar a textos constitucionais que efetivamente agasalham o direito de acesso à justiça a todos os cidadãos, independentemente de sua condição sócio-econômica.

### **7.1 Período Colonial**

A colonização do Brasil por Portugal, ainda que inicialmente os interesses fossem limitados, teve início, segundo os livros oficiais, em 22 de abril de 1500, data em que Pedro Álvares Cabral chegou com suas caravelas em Porto Seguro, Estado da Bahia. Perdurou até 07 de setembro de 1822, data em que Dom Pedro I fez o Brasil independente de Portugal, às margens do Rio Ipiranga, em São Paulo. Teve início o período monárquico-imperial, que terminou em 15 de novembro de 1889, ocasião em que o Marechal Deodoro da Fonseca

proclamou a República, iniciando aí o período republicano, que permanece até a presente data.

O período colonial refere-se aos primeiros tempos da colonização Portuguesa em nosso país. De 1500 a 1530, Portugal, mais interessado em suas colônias nas Índias, pouco ou nenhum interesse demonstrou pelas terras recém-descobertas. A partir, porém, da perda do monopólio do comércio das especiarias para os Ingleses, começaram a olhar melhor para a sua colônia. Este período da história do Brasil é chamado de Pré-Colonial e nele só foram enviadas para cá expedições guarda-costeiras e de reconhecimento do território. É com Martin Afonso de Souza, que efetivamente inicia-se a colonização portuguesa. Trouxe 400 homens, animais e mudas de plantas. Formou a vila de São Vicente e o primeiro engenho de cana-de-açúcar. Iniciada a colonização, também começou a escravidão indígena. Muitos colonos, acostumados com o serviço escravo na corte, já que em Portugal, trabalhar era "coisa de negro" e folgar era "coisa de nobre", quiseram obrigar os índios a trabalhar em suas lavouras. Os padres jesuítas interessados em sua catequese, foram contra.<sup>30</sup>

Mas, para uma visão mais completa e abrangente do direito vigente no Brasil no início de sua história, em particular o direito processual, com destaque para os mecanismos e meios de acesso à justiça, parece proveitoso retornar um pouco mais no tempo, para incluir parte da história de Portugal quanto às origens dos diversos ordenamentos jurídicos que teve no curso de sua existência até o descobrimento do Brasil, como caminho que leva a identificação da ordem jurídica que passou a reger a vida social no recém descoberto território sul-americano.

Portugal foi fundado em 1112 d. C., época em que vigiam os direitos locais de natureza costumeira e o direito comum já inteiramente construído. A legislação dos povos

germânicos já apresentava destacada influência romano-cristã, vindo a se constituir nas fontes do direito português, havendo forte compromisso com as vertentes doutrinárias formadoras do direito romano-canônico. A formação do reino português teve lugar na mesma época em que apareceram os glosadores e o ressurgimento do puro direito romano, qual seja, o direito dos imperadores cristãos do período bizantino, não o direito romano clássico, praticamente ignorado na Europa até o início do século XIX. Tratou-se de movimento cultural que ficou conhecido do renascimento do direito romano, com início na Itália e irradiação por toda a Europa. O movimento foi a base para o trabalho dos glosadores, que se valeram das compilações do Imperador Justiniano e do direito romano do período *cognitio extra ordinem*. Conforme Baptista da Silva (2002, p. 199):

O Reino de Portugal, como não pertencia ao denominado *Sacrum Imperium*, posto que se recusava a admitir em seus domínios qualquer supremacia imperial, recebeu o direito romano, virtualmente, através do direito canônico, como a *lex terrena* da Igreja, cujo direito agora plenamente constituído, através do *Decretum* de Graciano, mandava aplicar o direito romano quando este não contrariasse o direito canônico.

Portanto, o direito processual português, em sua origem, foi formado por reduzido material germânico consuetudinário, acrescido do direito romano tardio (compilações de Justiniano), que já era romano-cristão, bem diverso do romano clássico. A legislação esparsa editada a partir da formação do reino português baseia-se inteiramente nas fontes romanas. Esta situação consolidou-se no direito das ordenações a partir do século XV, sendo a primeira delas as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1447; a segunda, as Ordenações Manuelinas, promulgadas em 1521; as terceiras, as Ordenações Filipinas,

---

<sup>30</sup> Disponível em: <<http://www.geocities.com/Athens/Forum/4185/txbc.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2005.

promulgadas em 1602, no reinado do Rei da Espanha, Felipe II, sob cujo domínio se encontrava Portugal (BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2002, p. 27).

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil por mais de três séculos, sendo que em relação ao Direito Civil, somente foram superadas em 1916, com o Código Civil, então promulgado e que vigeu até 09 de janeiro de 2003 (DINIZ, 2002, p. 1316).

Assim, por ocasião do descobrimento do Brasil, estavam em vigor as ordenações Afonsinas. Quando efetivamente teve início o período de colonização do Brasil por Portugal, em 1530, conforme dão conta os livros de história, estavam em vigor as Ordenações Manuelinas, o que ocorreu até 1602, quando foram substituídas pelas Ordenações Filipinas. Até 1521 vigorou no Brasil o regime das Ordenações Afonsinas, pelo qual o povo participava diretamente dos negócios públicos municipais. Os juizes ordinários eram eleitos anualmente pelos homens bons e confirmados pelo Rei, “ou pelos donatários, com jurisdição mais ampla, sendo que nos lugares onde não havia juizes do crime ou de órfãos, sisas e direitos reais, lhes competia toda a jurisdição voluntária e contenciosa no civil e no crime” (PACHECO, 1999, p. 11).

O processo civil, derivado das Ordenações Manuelinas, em 1500, tinha alguns aspectos que representavam, de certo modo, a sobrevivência de princípios jurídicos romanos, “recolhidos pelo direito dos povos germânicos, sugerindo, porém, uma herança mais ligada às instituições romanas do período clássico do que propriamente às *cognitio extra ordinem*” (BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2002, p. 28).

Conforme a lição de Pacheco (1999, p. 11-12), a respeito do processo civil nos primeiros anos do Brasil:

[...] Sob diferentes leis, centralizadas nas Ordenações e nas cartas forais, desenvolveu-se o município, que, também, tinha atribuições judiciárias, desempenhadas por magistrados de livre escolha. A justiça estava afeta aos juizes ordinários ou da terra, ‘restos da magistratura comunal mediéfica’. Eram eles juizes locais e privativos, escolhidos pelo povo, através dos homens bons, sendo, pois, ‘filhos da eleição popular e não da nomeação régia, como vieram a ser os juizes de fora. [...] Desde os primeiros tempos, com a Lei de Afonso IV, de 12 de março de 1390, podiam os juizes da terra, com os vereadores, onde os houvesse, julgar das injúrias verbais e dos furtos de pequena quantia, sem apelação nem agravo. Daí surgiram as causas de alçada, que chegaram até nós. No interior das capitâneas, ao capitão-governador, pela carta de doação, ‘cabia estar à eleição dos juizes e oficiais’, mas a investidura havia de se fazer, por eleição, na forma prevista pelas Ordenações Manuelinas, cujo Livro I, Título XLV, a estabelecia com minúcias. Os juizes ordinários, ou da terra, eleitos pela comunidade, deveriam usar, em público, a vara vermelha, sob pena de multa, e os juizes de fora, impostos pelo Rei, deviam trabalhar para que, ‘nos lugares e seus termos, onde forem juizes, se não façam malefícios, nem malfeitorias e, fazendo-se, provejam nisso, e procedam contra os culpados com diligência (Orden. Man., liv. 1, Tít, 44, §). Os homens bons tinham o regimento da cidade e, por isso, iam sempre à câmara, para ordenar o que entendessem que era bem comum, direito e justiça.

Pinheiro Carneiro (2003, p. 33) afirma que a evolução do significado do acesso à justiça no Brasil foi muito lenta, pois, da época do descobrimento até os séculos XVII e XVIII, período em que fervilhava na Europa o culto à liberdade de consciência e religiosa, a luta contra o absolutismo, com as discussões filosóficas e a difusão, que envolviam as primeiras noções de democracia, “que culminaram nas revoluções inglesa, americana e francesa, no Brasil praticamente nada de relevante neste campo acontecia, salvo o movimento conhecido como a Inconfidência Mineira, que ocorreu no final do século das luzes, XVIII”.

A exposição feita até esta parte a respeito do surgimento e da evolução do direito de acesso à justiça permite concluir que até os primeiros anos do século XIX, no Brasil, não havia nas Ordenações ou em qualquer tipo de lei, alguma disposição que

garantisse às pessoas o direito de provocar os órgãos judiciários, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direitos, tampouco despertava esta matéria grande interesse científico da maioria dos estudiosos da época.

A produção de normas jurídicas garantidoras de direitos fundamentais, ainda em fase de estruturação, era algo incomum, sendo parcimoniosos os diplomas legais no reconhecimento de direitos individuais, pois quase tudo girava em torno das disciplinas mais tradicionais, de cunho patrimonialista, como o direito de propriedade, direito de família e direito sucessório. A idéia de direitos individuais, como são conhecidos hoje, passíveis de serem exercidos pela via da tutela jurisdicional em caso de inobservância espontânea pelo titular do correspondente dever jurídico não tinha ainda sido desenvolvida a contento.

O Direito da época era um bem acessível quase que exclusivamente aos homens de posse e a liberdade individual enquanto um bem fundamental do homem, positivada em normas constitucionais, ainda não estava amadurecida e não era plenamente assegurada às pessoas. Maior expansão havia em relação ao direito criminal, pois que em caso de prática de delitos haveria o Estado de punir na forma do ordenamento jurídico então vigente os culpados, bem como, reiterar-se, em relação aos conflitos privados que envolviam basicamente direito de propriedade, direito de família e direito sucessório (PACHECO, 1999, p. 25-40).

Como já visto em outros capítulos desse trabalho, a garantia de direitos individuais, tidos por fundamentais (civis, políticos, econômicos, sociais, culturais etc.), decorre de um longo processo histórico. O acesso à justiça, ostentando a qualidade de direito fundamental, tutelado pela ordem jurídica, não se traduz em instituto que sempre existiu e sempre gozou dessa proteção. Trata-se de conquista relativamente recente.

Tem-se, assim, que a possibilidade de provocar uma determinada atividade por parte de órgãos ou pessoas investidos de poder jurisdicional, para resolver as controvérsias sócio-jurídicas, existe desde os primórdios da civilização humana, como único meio capaz de gerar condições de tornar viável a convivência dos homens em sociedade, uma vez superada as fases da autotutela e da autocomposição, mas daí a igualar esta possibilidade com um verdadeiro direito fundamental, que goza de tutela da ordem jurídica estabelecida, vai uma distância muito grande. As Ordenações Filipinas que vigoraram no Brasil a partir de 11 de janeiro de 1603 apenas regulavam, de certo modo, a assistência judiciária devida aos necessitados, concedendo-lhes o direito de ter patrocínio por advogados, em certas situações, com preeminência dos mais experientes e de maior prestígio, como forma de alcançar a igualdade material, pelo menos em relação à garantia no emprego de armas de igual valor em cotejo com o adversário na demanda (PINHEIRO CARNEIRO, 2003, p. 34).

## **7.2 Período Imperial**

No período das Ordenações Manuelinas (de 1521 a 10 de janeiro de 1603) e Filipinas (a partir de 11 de janeiro de 1603), isto é, desde o início da efetiva colonização do Brasil pelos portugueses, por volta de 1530, e durante mais de dois séculos, nada ou muito pouco se avançou em tema que diga respeito à tutela de direitos através da jurisdição, em particular quanto ao acesso à justiça, de modo igualitário a todas as pessoas, com previsão de assistência judiciária, inclusive patrocínio por advogado, para as pessoas mais pobres e necessitadas.

Mesmo depois da proclamação da Independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, não houve grande progresso neste campo. A Constituição do Império, de 1824, por exemplo, consistia em documento político-jurídico que centralizava o exercício do poder na pessoa do Imperador. O artigo 10, da Carta Constitucional do Império, tinha a seguinte redação: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”. O Título 5º era reservado à pessoa do Imperador, detentor do poder moderador, representando sem dúvida alguma, um avanço em sede de controle do exercício do poder político, que na Europa daqueles tempos ainda conservava certos traços inerentes aos governos absolutistas.<sup>31</sup>

Na verdade, o regime monárquico brasileiro, independente de Portugal, não reconhecia ao Judiciário a dignidade de um Poder do Estado, submetendo-o à autoridade do chamado Poder Moderador, exercido pelo Monarca, que na experiência prática significava o único poder verdadeiro, e do mesmo modo em relação ao Legislativo (NEQUETE, 1973, p. 61).

Talvez por influência do modelo francês de 1791, a Constituição do Império tratou de assegurar um catálogo de direitos civis e políticos, além de prover, ainda que timidamente, sobre um devido processo legal, como único meio idôneo pelo qual alguém poderia ser condenado ou se ver sem os seus bens. Houve, sim, significativos avanços em relação aos direitos reconhecidos pelo sistema anterior, vinculado ao sistema jurídico português, nos moldes das diversas ordenações que foram mencionadas.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> A propósito do tema, confira a redação originária dos artigos 98 a 101, da Constituição do Império, de 1824, que regulavam as atividades do Imperador e do poder moderador. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 22 nov. 2005.

<sup>32</sup> Quanto à redação do artigo 179 e incisos, da Constituição do Império, de 1824, constantes do Título 8º, que tratava das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, confira a redação originária. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br/)>. Acesso em: 22 nov. 2005.

Porém, quase nada era assegurado, com o *status* de verdadeiro direito, pela sua fundamentalidade, no que se refere ao homem enquanto ser dotado de dignidade a merecer proteção jurídica, hoje um dos elevados valores assegurados pela atual Carta Constitucional, pois que naquela época o acesso aos tribunais, até pelos elevados custos da demanda judicial e pela dificuldade de se conseguir patrocínio por advogado, soava de certo modo, à população em geral, em particular à mais pobre, como caridade, constituindo-se em privilégio que se estendia a um número reduzido de pessoas.

Afirma Pinheiro Carneiro (2003, p. 36): “A verdade é que o acesso à justiça, como o entendemos hoje, ou mesmo próximo dele, simplesmente inexistiu no Império brasileiro, até porque é fruto de um processo histórico e político ainda não consolidado àquela altura da evolução do País”.

Interessante, de qualquer sorte, registrar que em 29 de novembro de 1832, ainda sob o império das Ordenações Filipinas, entrou em vigência o Código de Processo Criminal, que continha disposições provisórias sobre a administração da Justiça Civil, sendo diploma legal de nítida inspiração liberal. Buscava, em suas disposições, uma justiça menos formal, mais efetiva e simples. Introduziu idéias modernas, ainda hoje aceitas e defendidas pela doutrina contemporânea, a exemplo dos princípios da imediatidade, publicidade dos atos probatórios - especialmente inquirição de testemunhas, simplificação das cartas de sentença para execução, irrecorribilidade em separado dos despachos e decisões ordinatórios e interlocutórios, unirrecorribilidade das sentenças definitivas ou com força de definitivas pela apelação e dever de deduzir na inicial e na resposta todas as questões e todos os argumentos em prol do seu direito, dentre outras inovações (BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2002, p. 29-30).

### 7.3 Período Republicano

As ciências, de um modo geral, a partir da segunda metade do século XIX obtiveram invejável crescimento, sendo mostras desse desenvolvimento os avanços das ciências naturais, em especial a biologia, com as teorias da evolução das espécies de Spencer e Charles Darwin (2004, t. I, II e III). Também se encontrava nesse ambiente favorável de crescimento a literatura em geral, incluindo a filosofia, a política, a economia, além das próprias publicações científicas. A doutrina do positivismo de Augusto Comte era inovatória e gozava igualmente de grande prestígio. São dessa época também as obras de Karl Marx. Todo esse movimento que ocorria na Europa em torno das ciências, da filosofia, da política e da economia, evidentemente influenciou os demais continentes, inclusive o sul-americano, em particular o Brasil, cujos intelectuais da época consumiam com notável interesse toda essa produção europeia, participando de debates que tinham lugar em conferências, seminários e outras programações do gênero (CALDEIRA, 1997, p. 216).

As sementes plantadas no período do Iluminismo tinham crescido e agora estavam oferecendo seus frutos.<sup>33</sup>

É desse período histórico a primeira Revolução Industrial, da máquina a vapor, ocorrida na Inglaterra, a partir de 1760, até 1860, quando teve início a segunda

---

<sup>33</sup> O Iluminismo foi o movimento cultural que se desenvolveu na Inglaterra, Holanda e França, nos séculos XVII e XVIII. Nessa época, o desenvolvimento intelectual, que vinha ocorrendo desde o Renascimento, deu origem a idéias de liberdade política e econômica, defendidas pela burguesia. Os filósofos e economistas que difundiam essas idéias julgavam-se propagadores da luz e do conhecimento, sendo, por isso, chamados de iluministas. O Iluminismo trouxe consigo grandes avanços que, juntamente com a Revolução Industrial, abriram espaço para a profunda mudança política determinada pela Revolução Francesa. O precursor desse movimento foi o matemático francês René Descartes (1596-1650), considerado o pai do racionalismo. Em sua obra "Discurso do método", ele recomenda, para se chegar à verdade, que se duvide de tudo, mesmo das coisas

Revolução Industrial, em razão da invenção da eletricidade, uma de suas principais causas (HARVEY, 2003).

Surge aqui, com mais vigor, a exploração do trabalho humano pelos detentores dos meios de produção. É nesse ambiente que tem lugar as idéias marxistas. No Brasil, o partido republicano foi fundado em 1870 e o regime escravocrata foi abolido em 1888. Num cenário de crises políticas e econômicas, a queda do Império ocorreu dentro de uma perspectiva histórica cujas mudanças já eram esperadas, com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, tendo em vista as recentes revoluções e os movimentos sociais que se espalhavam pelos países mais bem desenvolvidos no continente europeu. Portanto, o início da experiência republicana brasileira coincidiu com um período marcado pela produção literária em diversas áreas do conhecimento humano, pelos avanços das ciências, pelo debate de novas idéias e concepções de mundo, pelas revoluções industriais, pelo crescimento da economia e das necessidades humanas dentro desse novo contexto, pelo consenso em torno da imprescindibilidade de um mínimo de liberdade política e econômica e pela crescente participação popular, ainda que indiretamente, na constituição e no exercício do poder político (AQUINO; AGOSTINHO; ROEDEL, 2000).

A despeito de todas as transformações sociais, políticas, culturais, econômicas e científicas, o acesso à justiça em todo o mundo, incluindo o Brasil, continuou relegado a um segundo plano, sem grandes progressos, pois que os primeiros anos da república brasileira foram justamente os das primeiras experiências das idéias do Estado liberal, cuja doutrina admitia uma igualdade e uma liberdade meramente formais, divorciadas da realidade. Os direitos fundamentais ainda engatinhavam.

## **7.4 A Ordem Constitucional no Período Republicano**

O período republicano teve início em 15 de novembro de 1889, com a proclamação da república, sendo esta a forma de governo vigente até os dias atuais, mas que merece análise separadamente, conforme cada época de sua história, pois a ordem constitucional variou no tempo, de acordo com os interesses que visava atender, notadamente nos campos econômico e político, o que será desenvolvido com foco no acesso à justiça, que sofreu gradual evolução até se chegar à condição de direito fundamental, ou seja, positivado, constitucionalizado, próprio do Estado de direito, do regime democrático, não mero privilégio de grupos de pessoas ou de certas classes sociais.

### **7.4.1 A Constituição de 1891**

A primeira Constituição do período republicano, de 1891, era fruto das novas idéias e concepções políticas e econômicas, rompendo com a estrutura e com os contornos do Estado brasileiro desenhados pela Constituição do Império. A separação dos poderes, com a revogação do poder moderador do Imperador, que não mais tinha sentido na instituição de um novo regime, com feições absolutamente distintas das presentes no regime anterior, bem como a distribuição das funções executiva, legislativa e judiciária entre diversos órgãos, seguindo a trajetória das Constituições da Inglaterra e da França, com base na teoria já esboçada na antiguidade por alguns filósofos gregos, a exemplo de Aristóteles, mas melhor

desenvolvida por Montesquieu, era uma realidade na Carta republicana. Porém, observa-se que esta não contempla na declaração de direitos individuais garantia de acesso ao Judiciário, nos moldes em que hoje é conhecida nas constituições contemporâneas, como pode ser visto dos artigos 72 a 78 da Constituição de 1891.<sup>34</sup>

#### **7.4.2 A Constituição de 1934**

Ensinam os constitucionalistas que não foi a Carta Constitucional de 1934 que substituiu materialmente a Carta anterior, de 1891, pois que com a Revolução vitoriosa de 1930, a mesma já se encontrava superada pelo Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu juridicamente o governo provisório. Havia na época ambiente político e social para a revolução então processada, pela insatisfação generalizada com o sistema eleitoral então vigente, além de movimentos sociais reivindicando melhores condições de vida, trabalho e distribuição de renda, gerando controvérsias quanto à validade da democracia liberal e do liberalismo econômico, quadro esse agravado pela crise econômica de 1929. Esses acontecimentos não se limitavam ao Brasil, mas ocorriam em diversos países, fazendo surgir correntes extremistas de direita e de esquerda, com o nascimento de regimes políticos fortes em várias partes do planeta. Em resumo, aqui no Brasil, além dos conflitos políticos, envolvendo grupos adversários que se julgavam prejudicados com o regime daquela época, era muito grande a insatisfação da população com as condições econômicas então presentes na sociedade brasileira. Este cenário de crises serviu para fomentar a insurreição e a

---

<sup>34</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 nov. 2005.

implantação de um regime político em oposição ao até então reinante, com a nomeação de um governo provisório (BASTOS, 1989, p. 61-62).

Mas, o que deveria ser provisório, como consequência da revolução vitoriosa de 1930, demonstrava ter aptidão para a definitividade, com a falta de ação dos detentores do poder político em instituir um regime democrático nos moldes então imaginados pelos grupos majoritários, o que provocou o movimento irrompido em São Paulo, em 09 de julho de 1932, conhecido como “Revolução Constitucionalista”, como fator de pressão para que a Assembléia Nacional fosse efetivamente convocada na data com a qual tinham se comprometido aqueles que lideraram a revolução de 1930. Os constituintes desenvolveram um trabalho de alto nível, sendo que a principal explicação para isso reside nas qualidades dos seus membros e dos acirrados debates então travados e registrados nos Anais da Constituição de 1934, produzindo documento jurídico-político de grande significação e de alto valor científico, sepultando a democracia liberal individualista e instituindo a democracia social, influenciados pela Constituição de Weimar, de 1919 (BASTOS, 1989, p. 62-63).

Bastos (1989, p. 64-65) entende que, da perspectiva histórica, a Constituição de 1934 não se reveste de relevância, sendo fruto de circunstâncias que refletem os antagonismos, as aspirações e os conflitos identificados na sociedade da época, destinada a ter uma curta duração, sendo superada pelo golpe de 1937. Tinha caráter democrático e apresentava alguns traços que denunciavam preocupação com o campo social. Referida Constituição tentou conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo com o unitarismo; e o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental. Representava “um compromisso diante das diversas forças que protagonizaram os diversos movimentos e eventos políticos que a antecederam”.

Em posição semelhante é a lição de Jacques (1957, p. 57), ao afirmar que a Constituição de 1934 procurou estabelecer conciliação entre a “democracia liberal com a democracia social; o individualismo com o socialismo, no domínio econômico; o federalismo com o unitarismo, no setor político; o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental”.

No Título IV, que regula a Ordem Econômica e Social, a Constituição de 1934 trouxe algumas novidades, como a sindicalização dos trabalhadores (art. 120), o salário mínimo e outros direitos trabalhistas (art. 121 e incisos), a previdência social (art. 121) e a instituição da Justiça do Trabalho (art. 122), com feição administrativa (não vinculada aos órgãos do Judiciário, mas sim, ao Poder Executivo) e composição paritária, dela participando representantes de empregados e empregadores. Avanço, igualmente, nas disposições que cuidavam Dos Direitos e das Garantias Individuais, com a criação da ação popular e da assistência judiciária aos necessitados (itens 32 e 38 do artigo 113).<sup>35</sup>

Apesar de alguns progressos em relação aos direitos fundamentais, de natureza civil, política e social, em cotejo com o texto constitucional anterior, a Carta de 1934 ainda não consagrava de forma explícita o direito de amplo acesso à justiça. Iniciava-se uma gradual transposição da democracia liberal para a democracia social, com expressivo atraso se considerado o surgimento das concepções sobre esta última e o nascimento das primeiras Constituições que se preocuparam com matéria desta natureza, prestigiando em seu texto determinados direitos sociais (A Constituição do México, de 1917 e a Constituição da República de Weimar, de 1919).

---

<sup>35</sup>Texto da Constituição de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 23 nov. 2005.

### 7.4.3 A Constituição de 1937

Dentro do próprio governo de Getúlio Vargas, como contam os mais recentes livros de história e de direitos humanos, forjou-se a versão de existência de um suposto plano comunista para tomar o poder (conhecido como Plano Cohen), mas, na realidade, a finalidade era criar um clima favorável ao golpe de Estado e posterior implantação de um novo regime de feições autoritárias, o que de fato acabou por se concretizar (HERKENHOFF, 1994, v. 1).

A Constituição outorgada à Nação pelo Presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, representou retrocesso ao Estado social implantado, ainda que timidamente, pela Constituição de 1934, conferindo poderes quase absolutos ao presidente da república, traduzindo-se em texto de inspiração do modelo fascista de Mussolini na Itália, reveladora do mais puro e retrógrado autoritarismo. Tratou-se de um período da história política brasileira que ficou conhecido como Estado Novo<sup>36</sup>.

As causas que propiciaram o golpe de 10 de novembro de 1937, segundo a visão de Bastos (1989, p. 67), foram basicamente as seguintes:

A Constituição de 1934, de cunho bastante liberal, pelo menos se confrontarmos as suas disposições com as dificuldades existentes, e as crises de toda ordem que o Brasil ia enfrentar nos anos imediatamente subsequentes. Parece, pois, ter sido este descompasso entre o previsto na Constituição e a realidade por que passava o País que o levou a uma vulnerabilidade muito grande, tornando possível a deflagração vitoriosa do golpe como consequência da perda de credibilidade

---

<sup>36</sup> O Estado Novo foi um período autoritário da nossa história, que durou de 1937 a 1945. Foi instaurado por um golpe de Estado que garantiu a continuidade de Getúlio Vargas à frente do governo central, tendo a apoiá-lo importantes lideranças políticas e militares. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br>>. Acesso em: 23 nov. 2005.

nesses anos imediatamente antecedentes à Carta de 1937 onde proliferavam no País movimentos de cunho extremista: pela direita a ação integralista e pela esquerda o Partido Comunista, tendo este inclusive praticado um atentado contra um estabelecimento militar. Portanto, a crise espontânea, ou insuflada pelo próprio Presidente, serviu de justificativa para que fosse dado o golpe e em seguida adotada a Carta que consagrava o seu ideário [...].

A Constituição outorgada, rompendo com a ordem constitucional vigente, extinguiu o princípio da harmonia e independência dos três poderes. Foi declarado estado de emergência em todo o território nacional. O Executivo passou a ser o órgão supremo do Estado e o Presidente da República a autoridade suprema, investido de poder para controlar os demais Poderes constituídos da República e os Estados da federação, podendo nomear interventores para governá-los. Num segundo momento, os partidos políticos foram extintos, instalando-se um regime corporativista, sob a batuta do Presidente da República. Instituiu, ainda, a pena de morte e deu ao Presidente da República poder para suspender as imunidades parlamentares, além de autoridade para invadir domicílios e a prender e exilar adversários do regime político que acabara de ser implantado.<sup>37</sup>

Os avanços alcançados até a Constituição de 1934, relativamente aos direitos fundamentais, ainda que insatisfatórios, incluindo o acesso a justiça que, embora não previsto explicitamente pelo texto constitucional, era de certo modo assegurado, decorrendo da própria existência de um Poder Judiciário estruturado por normas constitucionais, com a missão de dirimir litígios em substituição às ações dos interessados, sofreram um duro golpe, cedendo espaço para o regime autoritário e concentrador. Muito longe ainda se encontrava o sonho de se ter acesso a uma ordem jurídica justa, consentânea com um estado democrático social, como já vinha ocorrendo há muito tempo na Europa e nos Estados Unidos.

A sociedade brasileira passava a ter um governo que dirigia o Estado na contramão da história, assumindo uma trajetória que levaria ao atraso de suas instituições, com prejuízos sentidos ainda hoje, deixando passar a oportunidade de se beneficiar das vantagens da modernidade em sede de implantação de direitos sociais, como já vinha ocorrendo em países em estágio mais adiantado de desenvolvimento.

#### **7.4.4 A Constituição de 1946**

O artigo 187 da Constituição de 1937 dispunha: “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”. Este plebiscito nunca foi realizado, motivo pelo qual muitos constitucionalistas entendem que a referida carta constitucional jamais entrou em vigor, sob o enfoque exclusivamente jurídico, “pois na verdade o que prevaleceu nesta época foi o chamado Estado Novo, estado arbitrário despojado de quaisquer controles jurídicos, onde primava a vontade incontestada do ditador Getúlio Vargas” (BASTOS, 1989, p. 69-70).

Ensina Bastos (1989, p. 72-73) que quando a Segunda Guerra Mundial ia chegando ao fim, aproximando-se a vitória dos países democráticos, Getúlio Vargas procurou atualizar o direito constitucional brasileiro, adaptando-o às novas realidades políticas. Uma mostra disso foi a Lei Constitucional nº 9, do início de 1945, introduzindo emendas na Carta de 1937, destacando-se a fixação da data das eleições para 02 de dezembro de 1945.

---

<sup>37</sup> Texto da Constituição de 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 nov. 2005.

O objetivo das alterações a serem propostas não era a elaboração de um novo texto constitucional, mas sim, introduzir as modificações que se fizessem necessárias, ainda que se circunscrevessem ao mínimo possível, visando adaptar a ordem constitucional às novas exigências que podiam ser antevistas, diante do êxito que se avizinhava para o regime democrático, tendo em vista a história a ser escrita, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, pelos países vitoriosos. “Ocorre, entretanto, que os passos vão precipitar-se, demonstrando que essa saída era por demais tímida e já não correspondia à celeridade com que se vinham dando os desdobramentos no cenário internacional” (BASTOS, 1989, p. 73).

Por motivações políticas as mais diversas, O Presidente da República, Getúlio Vargas, foi destituído do poder e substituído pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, em 29 de outubro de 1945. “Só depois da ascensão de tal poder é que ocorreu efetivamente a transformação do Projeto inicial de reforma da Carta de 1937 em um Projeto mais grandioso de elaboração de uma nova Constituição” (BASTOS, p. 73).

A Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, conferiu poderes constituintes ao Parlamento, sendo que em 02 de fevereiro de 1946 deu-se a convocação da Constituinte, que, como ensina Bastos (1989, p. 73), “[...] iria terminar os seus trabalhos em setembro do mesmo ano, promulgando a Constituição de 1946”, que incluiu em suas disposições muitas das conquistas da Constituição de 1934, que tinham sido eliminadas pela Constituição de 1937, além de alargar o catálogo de direitos sociais, passando a tratar com ênfase, em título próprio (V), da família, da educação e da cultura. Colocou a Justiça do

Trabalho dentro da estrutura do Poder Judiciário da União e ampliou o rol de direitos trabalhistas, de cunho eminentemente social, criando também o mandado de segurança.<sup>38</sup>

Muitos estudiosos vêem a Constituição de 1946 como a melhor, ou, pelo menos, uma das melhores que o Brasil já teve em toda a sua história (BASTOS, p. 74), primeiro por pretender colocar fim a um Estado autoritário que prevaleceu desde 1930, sob diversas roupagens, procurando encontrar um caminho que levasse a um regime democrático, priorizando e assegurando os direitos individuais e sociais. Trata-se de um documento tecnicamente correto e de uma perspectiva ideológica fez uma opção clara pelas liberdades civis e políticas, assegurando a independência e a harmonia dos poderes e a recuperação dos direitos sociais e de outras garantias das pessoas, perdidas com a Carta de 1937, em que pese constarem, em menor número, na Carta de 1934. O Brasil procurava fórmulas que lhe propiciassem um futuro em compasso com os regimes democráticos do Ocidente, dando continuidade à evolução democrática iniciada durante a Primeira República. Tratava-se de um reencontro do País com suas origens, “saltando-se o obscuro período do Estado Novo”. A Constituição de 1946 procurou definir os papéis da atuação do Estado, fixando as esferas de competência de cada um dos três poderes, de forma harmônica e equilibrada (BASTOS, 1989, p. 74).

Finalmente, depois de décadas de atraso, em relação aos ordenamentos constitucionais de outros países, a Constituição da República agasalha de forma explícita o direito fundamental de acesso à justiça, contemplando-o em seu artigo 141, § 4º, que tinha a seguinte redação:

---

<sup>38</sup> Texto da Constituição de 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 nov. 2005. Referente à Justiça do Trabalho, a mesma é tratada nos artigos 94, 122 e 123, da Constituição de 1946.

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º ...; § 2º ...; § 3º ...; § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.<sup>39</sup>

Portanto, esta foi a primeira vez que, no Brasil, o acesso aos órgãos jurisdicionais mereceu garantia, destinada a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional, através de norma constitucional, marcando com cores fortes o início de um regime que pretendia ser democrático, com a participação do Estado na ampliação dos direitos fundamentais e no fortalecimento da tutela jurisdicional dos direitos individuais, reconhecendo a sua importância social.

#### **7.4.5 A Constituição de 1967**

A vida política brasileira, entre 1946 e 1961, sofreu diversos sobressaltos, porém, mesmo assim, tudo transcorreu conforme um clima de relativa tranquilidade constitucional, pois a Carta de 1946 sofreu apenas três emendas. A partir de 1961 as instituições políticas e jurídicas do Brasil passaram por diversas crises, que as enfraqueceram em certa medida, redundando em modificações significativas no campo normativo, suscitando muitas emendas constitucionais. O Presidente eleito pelo voto popular, Jânio Quadros, renunciou menos de oito meses depois da posse, e em seu lugar, deveria ser empossado o Vice-Presidente João Goulart, o que encontrava resistência nos meios políticos, inclusive com

---

<sup>39</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 nov. 2005.

o apoio de parte da imprensa. Destarte, veio a lume a Emenda Constitucional nº 2, de 02 de setembro de 1961, instituindo o sistema parlamentarista de governo, pondo fim à tradição brasileira de sistema presidencialista, que era prestigiada desde o início da República.

O regime parlamentar de governo não agradou à população, que através de plebiscito votou contra o mesmo. Aprovada, então, a Emenda Constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963, revogando a anterior e restabelecendo o regime presidencialista e conseqüentemente a plenitude dos poderes do Presidente da República. Não obstante, leciona Bastos (1989, p. 79):

A crise não cessa, a política do Presidente encaminha-se cada vez mais para a esquerda, do que resultam resistências não só a nível do Congresso Nacional, como também a nível da população, desembocando na famosa marcha da Cidade de São Paulo, onde calcula-se que quinhentas mil pessoas teriam vindo manifestar-se contra a ordem de coisas reinante no País. Dentro desse quadro político institucional extremamente deteriorado por divisões profundas e radicais, as Forças Armadas intervêm, tomando o poder para si, em 31 de março de 1964.

Num Estado de Direito, que assim se caracteriza em virtude de estar apoiado numa Constituição Democrática, em que há completa normalidade institucional, e somente nesta situação, tem sentido falar-se em amplo acesso à justiça, enquanto garantia efetivamente assegurada a todos os cidadãos e estrangeiros residentes no País.

Não se pode apagar da memória o triste período do regime militar brasileiro, implantado no País pelo golpe de 31 de março de 1964, conforme mencionado linhas atrás, durante muito tempo indevidamente denominado de “Revolução de 64”, em que as garantias constitucionais e os direitos individuais foram limitados em grau tão elevado que na prática houve quase que sua completa extinção, pois que inviabilizado o seu exercício, diante da

decretação do recesso do Congresso Nacional, em 13 de dezembro de 1968, pelo Ato Complementar nº 38, pela suspensão das garantias da magistratura, e ainda, pela aprovação na própria Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969<sup>40</sup>, dos atos praticados pelo comando do regime e ministros militares no exercício da Presidência da República e pelas assembleias legislativas e câmaras municipais, excluindo-os da apreciação do Poder Judiciário. Quanto a esta tomada do poder pelo emprego da força, segundo Alencar (1984, p. 298):

O golpe liderado pelos militares, que depôs o presidente João Goulart, representou a reação dos setores conservadores da sociedade brasileira à manutenção da política populista no país. O "populismo" apresentava sinais de crise já há alguns anos. A política adotada por Getúlio Vargas, de manipular e utilizar as massas trabalhadoras para a sustentação do poder e ao mesmo tempo desenvolver a economia nacional, fortalecendo a camada empresarial urbana, desgastara-se desde o final da 2ª Guerra Mundial. A partir de 1945 os EUA recuperaram sua hegemonia mundial.

Cassaram-se os direitos políticos e sepultaram a própria cidadania. Todo o aparato policial e militar, bem como as instituições públicas, passaram a estar a serviço do novo e arbitrário regime, deixando a população órfã não apenas das garantias escritas no texto constitucional, mas de qualquer proteção concreta a direitos individuais inerentes à própria cidadania de um povo, uma vez que aquelas valiam desde que seu exercício não confrontasse os atos praticados pelo regime militar na forma dos diversos atos institucionais e complementares e resoluções, baixados pelo Presidente da República, assembleias legislativas e câmaras municipais.

---

<sup>40</sup> Textos da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/69. Disponíveis em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 nov. 2005.

Note-se que no Capítulo IV, que cuida de regular os direitos e garantias individuais, o artigo 150, *caput* e § 4º, da Constituição de 1967<sup>41</sup>, estavam assim redigidos:

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que deu nova redação à Carta de 1969, manteve a redação original quanto a estes dispositivos (passando a ser numerados como artigo 153 e § 4º), porém, no Capítulo V, que trata das Disposições Gerais e Transitórias, o artigo 181 e incisos I a III, rezam que:

Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I – os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969;

II – as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III – Os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

O artigo 182, da EC nº 1/1969, dispunha que: “Continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais atos posteriormente baixados”. O artigo 11, do AI 5/1968<sup>42</sup>, outorgado pelo Presidente da República, afirmava que: “Excluem-

---

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> Idem.

se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Sucedê que a Carta de 1967 tinha sido decretada e promulgada pelo Congresso Nacional<sup>43</sup>, integrado por representantes eleitos pelo povo, ou seja, de forma democrática, ao passo que a EC nº 1/1969, foi imposta à Nação pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, e ainda, o AI 5/1968, que a antecedeu, com previsão idêntica à do artigo 181, fora outorgado pelo Presidente da República, motivo pelo qual, é possível sustentar que os artigos 181 e 182 padeciam do vício da inconstitucionalidade, muito embora fizessem parte do corpo da Constituição, ante sua flagrante ilegitimidade, decorrente de outorga por quem não tinha competência para modificar a Constituição, além de estarem em antinomia com os direitos e garantias fundamentais, contemplados em normas de grau superior e, por derradeiro, afrontavam o direito de ação, também positivado no texto constitucional, como categorias de direito supralegal (NERY JUNIOR, 2002, p. 98-99).

#### **7.4.6 A Constituição de 1988**

A Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, felizmente, não mais faz concessões de espécie alguma, ao regular de forma ampla o direito de ação, em seu artigo 5º, inciso XXXV, quando dispõe que: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, em harmonia com seu artigo 1º, ao qualificar

---

<sup>43</sup> Idem.

a República Federativa do Brasil, de Estado Democrático de Direito, fixando seus fundamentos nos incisos I a V e parágrafo único.

A norma constitucional se dirige não apenas ao legislador, mas a qualquer pessoa ou instituição, seja pública ou privada, que estão proibidas de obstar o ingresso em juízo de qualquer cidadão brasileiro ou estrangeiro residente no País, para deduzir pretensão, tendo por escopo apreciação de lesão ou ameaça a direito. A garantia constitucional à tutela jurisdicional preventiva ou reparatória abrange não apenas o direito individual, mas também os direitos coletivos e difusos.

### **7.5 Inovações Legislativas mais Recentes**

Quando se fala em acesso à justiça, com toda razão, pensa-se em primeiro lugar, na possibilidade de ingresso em juízo, através de uma demanda, que ensejará o nascimento de uma relação processual, ou simplesmente, do processo, meio técnico pelo qual, observando um procedimento previamente estabelecido em lei, leva à solução de desavenças e controvérsias, traduzidas em litígios da mais variada ordem.

Porém, o acesso à justiça tem conceito e significação mais amplos, como já se teve oportunidade de demonstrar nesse trabalho, envolvendo também a prevenção de litígios, além da própria realização do direito material, mesmo que não haja controvérsia de natureza jurídica alguma a ser resolvida. Com efeito, a ordem jurídica deve propiciar resultados individual e socialmente justos, não apenas quando o órgão estatal encarregado de

dizer o direito no caso concreto o faz na consecução de sua atividade, mas também quando ainda não há litígio, e em muitos casos, sequer haverá, mas que se fazem necessárias certas providências para que o direito seja exercido, como se sucede com a partilha de bens *causa mortis*, na conversão de separação judicial em divórcio ou em diversas situações em que hoje tem lugar o que se denomina de jurisdição voluntária.

Sob esse enfoque, facilitar o acesso da população em geral, em particular as camadas mais pobres, à justiça, não é apenas colocar à sua disposição os instrumentos indispensáveis para que submeta determinada demanda à apreciação judicial, mas envolve também a eliminação das causas que provocam a controvérsia, quando isso é possível; a simplificação de procedimentos; a diminuição de despesas processuais ou mesmo a criação de formas mais céleres de exercício de direitos, muitas vezes sem a intervenção judicial, ou, ainda que com ela, através de meios mais simples, informais e econômicos.

Os movimentos sociais, cuja bússola via de regra é a reivindicação de direitos ou mesmo de melhorias de condições de vida, geralmente têm lugar quando há um sentimento de insatisfação coletiva com a realidade, que se mostra perversa, nociva e/ou injusta com toda a população ou com determinados grupos que têm interesses específicos, contrariados ou violados, o que pode se dar em questões de natureza política, social, econômica, cultural ou de outros setores, e ainda em face de direitos fundamentais, sejam eles concebidos ou não como naturais, o que para exame desse lado do fenômeno é irrelevante, mas que se mostram malferidos, a exemplo da liberdade em sentido lato, que pode abranger a liberdade de ir e vir, de expressão, de manifestação pública em sinal de protesto, ou em qualquer outro âmbito, que já esteja assegurada pela ordem constitucional, mas que se torna alvo de descumprimento, ou que ainda não se apresenta como direito constitucionalizado.

No âmbito político, por exemplo, os movimentos sociais podem ter por objeto a luta pelo direito de votar e ser votado, conforme os parâmetros de um regime democrático; pela concessão de anistia de acusados de supostas infrações contra a ordem pública institucionalizada; pelo estabelecimento de pluralidade partidária; pela fidelidade partidária; pelo voto setorizado (distrital), enfim, uma gama quase infindável de causas. No âmbito dos direitos sociais pode haver movimentos em prol da reforma agrária; da preservação do meio ambiente; da manutenção de direitos previdenciários; da implantação de programas de moradias populares; da adoção de políticas de combate à insegurança pública; da criação de novos postos de trabalho; contra o desemprego e os efeitos da globalização econômica; contra ou a favor de reformas trabalhistas etc.

O ambiente social onde se processam essas manifestações organizadas acaba funcionando como fonte de transformação da ordem jurídica, pela qual se pretende modificar a própria realidade, para que todos tenham uma vida digna, com liberdade e igualdade de oportunidades, sem discriminação de qualquer natureza, como é prometido solenemente pela Constituição.

Em relação ao acesso à justiça, no sentido mais amplo que se possa dar a esta expressão, este processo não é diferente, pois que premido pela realidade, que se mostra insatisfatória e passível de ser melhorada e pelas pressões dos grupos sociais organizados, o legislador se vê constantemente compelido a introduzir inovações na ordem jurídica existente, ainda que no mais das vezes com considerável atraso, para atender às novas necessidades reveladas pela vida em sociedade ou mesmo para prevenir violações ou para obstar que direitos fundamentais, consagrados pelo texto constitucional, sejam negados aos seus titulares.

Nessa trajetória que se dá com a evolução dos institutos jurídicos e da própria norma de direito em várias áreas por ela reguladas, para atender aos novos tempos, no que se refere ao acesso à justiça, importantes normas foram aprovadas a partir do final do período de governo militar e, com maior intensidade, a partir da promulgação da vigente Constituição.

No auge do regime político militar, no Brasil, a partir de meados da década de 1970, aproximadamente, muitos foram os movimentos sociais tendentes a exigir melhor qualidade de vida, maior igualdade social e alcance da cidadania plena. Para Pinheiro Carneiro (2003, p. 43), a Igreja Católica foi o grande veículo dessa organização popular:

Inicialmente com o desenvolvimento das Comunidades Eclesiais de Base (CEBs), no início dos anos 70, e depois a Comissão Pastoral da Terra (CPT), em 1975, a Pastoral Operária (PO), em 1976, que passou a ser denominada de Comissão Pastoral Operária, e outros que influenciaram novas formas de associações, como as de moradores e o Movimento do Custo de Vida, que surgiu em 1973 e atingiu o seu ápice em 1978. O refluxo do papel político da Igreja, nos últimos anos, é sobretudo sinal de que a sociedade civil, após a democratização, passou a se organizar e expressar pelos canais institucionais de participação política, e não mais por caminhos que eram alternativos à forte intolerância do regime militar com o movimento popular.

Antes de se adentrar no rol de inovações legislativas com o escopo de facilitar o acesso aos direitos e garantias consagrados pela Constituição, é justo e talvez útil que sejam lembrados dois fatos históricos na ordem jurídica brasileira, que dizem respeito a instituição da Justiça do Trabalho, como integrante do Poder Judiciário da União pela Constituição de 1946 e, um pouco antes disso, em maio de 1943, quando veio ao mundo jurídico o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que representa a Consolidação das Leis do Trabalho, diploma legal pioneiro na demonstração de preocupação do legislador com

os direitos coletivos, ainda que restrita ao âmbito do direito do trabalho, em oposição ao individualismo então predominante.

Não se desconhece que a Consolidação das Leis do Trabalho não é fruto direto dos movimentos sociais organizados, pois que concebida pelo governo autoritário, anti-democrático, de Getúlio Vargas, ainda no decorrer da Segunda Grande Guerra, influenciado pelo modelo trabalhista-sindical italiano, do ditador Benito Mussolini (1883-1945), o que estava de acordo com o próprio modelo sindical brasileiro, a partir da década de 1930, corporativo e baseado na estrutura sindical então vigente na Itália. Como demonstra Oliveira (2003, p. 125-126), o sindicalismo brasileiro da época foi estruturado sobre o modelo italiano, sendo um dos seus principais objetivos a realização das finalidades de um Estado intervencionista. O modelo corporativo, então adotado, organiza os trabalhadores em grupos individualizados, desvinculados da empresa, sendo diametralmente oposto ao sindicato por empresa, o que levou a teoria corporativista, quando detectou a luta de classes, a compreender sua existência não como consequência dos interesses conflitantes entre capital e trabalho, mas sim, em razão da necessidade de leis (OLIVEIRA, 2003, p. 125-126).

Em que pese estar o modelo sindical atrelado aos objetivos do Estado intervencionista, a Consolidação das Leis do Trabalho certamente recebeu os influxos dos movimentos sindicais reivindicatórios brasileiros mais expressivos da época, além de traduzir compromissos assumidos pelo governo getulista com a classe trabalhadora, bem como, sofreu influência da legislação social concebida nos países da Europa Continental.

Sob o enfoque do acesso à justiça, a Consolidação das Leis do Trabalho introduziu um procedimento simples, informal, célere e econômico, sem a necessidade de representação das partes por advogados, prestigiando a solução conciliatória dos conflitos

entre capital e trabalho, opondo-se ao rigor extremamente formal do processo civil, cujas demandas eram em sua quase totalidade objeto de solução jurisdicional, pois que ainda não se priorizava a via da conciliação como alternativa mais saudável para por fim aos conflitos de interesses.

Não se pode esquecer que na data da edição da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1º de maio de 1943, a Justiça do Trabalho ainda não integrava o Poder Judiciário, estando vinculada ao Poder Executivo, mas já funcionava com um presidente e representantes de trabalhadores e empregadores, denominados no texto original de vogais, que compunham a Junta de Conciliação e Julgamento. Para o julgamento de recursos, nesta fase administrativa, na Justiça do Trabalho havia os Conselhos Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho.<sup>44</sup>

A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, regulou a organização sindical e os contratos coletivos de trabalho, conferindo aos sindicatos legitimidade para celebrar convenções e acordos coletivos de trabalho. Previu ainda, como se fosse a semente que algumas décadas depois levaria à moderna ação civil pública, a demanda de natureza coletiva cuja legitimidade para ajuizamento cabia aos sindicatos, com possibilidade de extensão dos efeitos da sentença a todos os trabalhadores de uma mesma empresa ou mesmo integrantes de uma mesma categoria profissional de dada base territorial sobre a qual o órgão jurisdicional trabalhista tivesse competência, como rezam seus artigos 511 a 625 e 869 a 871 (CARRION, 2003).

Lembra Pinheiro Carneiro (2003, p. 41-42) que:

---

<sup>44</sup> Sobre a obrigatoriedade da tentativa de conciliação e composição da Justiça do Trabalho, ver os artigos 644, 647 e 764, do DL 5.452/1943, em sua redação primitiva. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

Os demais ramos do direito processual e, em especial o direito (*sic*) civil [...], durante esse mesmo período, ou seja, até a década de 80, permaneceu na prática de nossos tribunais, individualista, tecnicista, elitizado e conservador, mesmo com o notável avanço científico e apuro técnico do Código de Processo Civil de 1973, que substituiu o de 1939. [...] Não se discute aqui e nem se renega a formidável contribuição de processualistas das gerações passadas, brasileiros ou não, que contribuíram para o desenvolvimento e a consolidação das bases científicas do direito processual, estabelecendo a sua autonomia, com publicações técnicas do maior apuro. A crítica destina-se à manutenção desse método exclusivamente técnico-científico, de ver o processo, de utilizá-lo, afastado das realidades sociais, sem levar em consideração as transformações que ocorreram no mundo.

Essas observações se mostram pertinentes, tendo em conta que se referem a fatos históricos que, além de inovatórios na época, marcaram certo avanço na tutela dos direitos coletivos e não unicamente individuais, como era predominante nas demais áreas do Direito, com a criação de um instrumento processual de proteção de direitos coletivos, a instituição de um procedimento ágil, simples e menos formal, tanto para os litígios individuais como para os coletivos, e a preocupação com a efetiva tutela dos direitos dos trabalhadores, dentre outros aspectos relevantes que podem ser destacados, o que se harmoniza com o escopo de se garantir acesso à ordem jurídica justa, de realização dos valores eleitos como primordiais pelo direito constitucional vigente, tendo em seu centro, sempre, a pessoa humana, como destinatária do princípio da dignidade, que deve ser buscado e preservado o quanto possível.

A década de 1980 foi fértil em movimentos sociais, pois que se avizinhava o término do longo e penoso regime político militar, com a possibilidade da implantação, finalmente, de um regime democrático, fundado no respeito à pessoa humana, na liberdade e igualdade em todos os sentidos, na tolerância às divergências da mais variada ordem, enfim, na construção de uma sociedade mais justa e solidária, com o esforço comum na redução das

desigualdades. Consolidou-se a reabertura política, com a Lei da Anistia (ampla e irrestrita) em relação às condutas políticas, até então punidas pelo regime implantado no País, e com a pluralidade partidária, instituída pela Lei Orgânica dos Partidos. As diversas classes de pessoas até então sufocadas em suas manifestações pelo regime militar libertaram-se e passaram a protestar e a exigir condições mais dignas de vida. As desigualdades sociais mostraram-se de forma mais nítida, revelando sua gravidade (IANNI, 1996, p. 109-112).

Nesse cenário de liberdade, surgiram o Movimento dos Trabalhadores sem Terra, importante instrumento de pressão em prol da reforma agrária, cujos efeitos são benéficos ao conjunto da sociedade, importando em inclusão social e conseqüentemente em diminuição de problemas sociais, cujos efeitos são direta ou indiretamente suportados por toda a população; nas centrais sindicais, sem personalidade jurídica, mas que com o tempo se mostraram mais eficientes que as inertes confederações de trabalhadores, sendo a mais conhecida e visível a Central Única dos Trabalhadores (CUT); movimentos em prol da proteção do meio ambiente e dos direitos humanos; e, ainda, as Organizações Não-Governamentais (ONGs), com o escopo de lutar pela implementação no plano fático de direitos sociais fundamentais.

Seguindo essa onda de transformação das concepções até então vigentes, em que o conhecimento científico ficava preso em compartimentos estanques, passou a ser prestigiada uma visão holística dos problemas econômicos, políticos e sociais, com a interação dos conhecimentos produzidos nas diversas áreas do saber, como fórmula que se passou a entender mais apropriada para encontrar soluções adequadas para os problemas dessa ordem, de modo que o objeto de determinada ciência passou a ser objeto de outras ciências, em dimensões diferentes, como se dá com o Direito, que é estudado também pela sociologia, pela antropologia, pela psicologia, pela ciência política e pela filosofia, só para

citar as principais áreas do conhecimento que têm se preocupado com o estudo do Direito, cada qual sob enfoques diferentes. As ciências jurídicas, por exemplo, preocupam-se principalmente com a norma jurídica, enquanto reveladora de um mundo do dever-ser, que, por isso mesmo, não é o mundo da realidade existente faticamente. A sociologia jurídica, por seu turno, faz o caminho inverso, estudando a realidade social como ela se apresenta faticamente, o que significa estudar as instituições jurídicas como se mostram de fato na sociedade (mundo do ser).

Todos esses estudos interdisciplinares têm como escopo mais visível contribuir para que a sociedade alcance efetivamente um estágio de eficácia real dos direitos fundamentais, incluindo um acesso à justiça mais rápido, econômico e eficiente, para que o sistema jurídico dê respostas satisfatórias às necessidades sempre crescentes da sociedade. Nesse contexto de democratização e de universalização do acesso à justiça, para a concretização de direitos individuais e coletivos, apontam-se algumas leis, ora selecionadas dentre as mais importantes, tanto no âmbito do direito material, como no do direito processual, que, de algum modo, auxiliam na consecução desse fim<sup>45</sup>:

1) 7. 019, de 31 de agosto de 1982, que alterou os artigos 1.031 a 1.038, do Código de Processo Civil, criando o arrolamento sumário de bens no lugar do inventário tradicional, quando se trata de herdeiros maiores e capazes e a partilha é amigável, procedimento este mais simples, econômico e célere;

2) 7.244, de 07 de novembro de 1984, instituindo e regulando a composição e o funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas, com procedimento mais simples, econômico e rápido, eliminando-se a demora insuportável na solução dos litígios submetidos aos órgãos jurisdicionais, até então iguais para todos os tipos de causas;

3) 7.347, de 24 de julho de 1985, regulando a ação civil pública, ou, como diz sua ementa, “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências”, podendo ser proposta pelo Ministério Público, União Federal, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações que preencham certos requisitos especificados na referida lei (art. 5º);

4) 7.853, de 24 de outubro de 1989, que “dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências”;

5) 7.913, de 07 de dezembro de 1989, que “dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários”;

6) 8.069, de 13 de julho de 1990, que “dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”, merecendo destaque seu artigo 141 e parágrafos<sup>46</sup>;

7) 8.078, de 11 de novembro de 1990, dispondo sobre a tutela do consumidor, estabelecendo outras providências;

---

<sup>45</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

<sup>46</sup> “Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos. § 1º. A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado. § 2º. As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé”.

8) 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências;

9) 8.710, de 24 de setembro de 1993, ampliando as hipóteses de citação por via postal, além de cuidar da intimação pelo mesmo meio, introduzindo alterações no Código de Processo Civil;

10) 8.898, de 29 de junho de 1994, modificando os modos pelos quais a liquidação da sentença pode ser feita, não mais exigindo cálculos do contador e prevendo a citação do réu na pessoa de seu advogado constituído nos autos, nos casos de liquidação por arbitramento e por artigos, alterando, assim, os artigos 603 a 605 e 609, do Código de Processo Civil;

11) 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que regula a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, dispondo também sobre a conciliação;

12) Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que revogou a Lei nº 7.244/1984, criando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, aos quais estão sujeitas as causas cíveis de menor complexidade e as infrações penais de menor potencial ofensivo;

13) 9.307, de 23 de setembro de 1996, sobre arbitragem;

14) 9.507, de 12 de novembro de 1997, regulando o direito de acesso a informações e disciplinando o rito processual do *habeas data*;

15) 9.534, de 10 de dezembro de 1997, dando nova redação ao artigo 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos<sup>47</sup>; acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; e altera os artigos 30 e 45 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro;

16) 9.756, de 17 de dezembro de 1998, dispondo sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais, inclusive ampliando os poderes do relator na análise da presença dos requisitos de admissibilidade dos recursos, bem como quanto ao julgamento do mérito neles versado;

17) 9.788, de 19 de fevereiro de 1999, criando cem Varas da Justiça Federal, nas cinco regiões que a compõe;

18) 9.800, de 26 de maio de 1999, permitindo às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais;

19) 9.882, de 03 de dezembro de 1999, dispondo sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal;

---

<sup>47</sup> Por exemplo: “Art. 1º O art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterada pela Lei nº 7.844, de 18 de outubro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 30. Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva. § 1º Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil. § 2º O estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso, acompanhada da assinatura de duas testemunhas. § 3º A falsidade da declaração ensejará a responsabilidade civil e criminal do interessado”.

20) 10.173, de 10 de janeiro de 2001, compelindo o órgão jurisdicional a conceder tramitação preferencial aos processos dos quais participam pessoas físicas com idade igual ou superior a sessenta anos;

21) 10.259, de 16 de julho de 2001, instituindo Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal;

22) 10.317, de 06 de dezembro de 2001, alterando a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, estabelecendo normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados abrangendo a gratuidade do exame de DNA, nos casos que especifica;

23) 10.352, de 26 de dezembro de 2001, alterando dispositivos do Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário;

24) 10.358, de 27 de dezembro de 2001, conferindo nova redação ao artigo 14, inciso V e parágrafo único, do Código de Processo Civil, instituindo como dever das partes e de todos os participantes da relação processual, “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” e, caracterizando como ato atentatório ao exercício da jurisdição, com exceção dos advogados, sua violação, podendo o juiz “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 [...]”;

25) 10.444, de 07 de maio de 2002, introduzindo diversas modificações no Código de Processo Civil, incluindo a tutela antecipada, execução de obrigação específica, procedimento sumário, demanda cautelar e processo de execução;

26) 10.741, de 1º de outubro de 2003, instituindo o Estatuto do Idoso, dispondo, dentre outras matérias, no Título V, sobre o acesso à justiça do idoso (pessoa com idade igual ou superior a 60 anos)<sup>48</sup>, além de disposições relativas à atuação do Ministério Público e à proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos;

27) 10.770, de 21 de novembro de 2003, dispondo sobre a criação de Varas do Trabalho nas Regiões da Justiça do Trabalho, além de tratar de outras matérias relacionadas às novas unidades judiciárias de primeiro grau daquela Justiça;

28) 10.772, de 21 de novembro de 2003, dispondo sobre a criação de 183 (cento e oitenta e três) Varas Federais destinadas precipuamente à interiorização da Justiça Federal de Primeiro Grau e à implantação dos Juizados Especiais no País, além de outras providências;

29) 11.187, de 19 de outubro de 2005, que altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, além de outras providências;

---

<sup>48</sup> “TÍTULO V - Do Acesso à Justiça. Art. 69. Aplica-se, subsidiariamente, às disposições deste Capítulo, o procedimento sumário previsto no Código de Processo Civil, naquilo que não contrarie os prazos previstos nesta Lei. Art. 70. O Poder Público poderá criar varas especializadas e exclusivas do idoso. Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância. § 1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo. § 2º A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos. § 3º A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária. § 4º Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis”.

30) 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, dispor sobre os requisitos e efeitos da sentença, modificar a definição de sentença, dispor sobre liquidação da sentença, revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, além de dar outras providências;

31) 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, alterando os artigos 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões;

32) 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, acresce à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), o artigo 285-A e §§<sup>49</sup>, dispensando a citação do réu e autorizando a prolação de sentença quando a matéria controvertida for unicamente de direito com decisão anterior idêntica; e

33) 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, alterando os artigos 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), referentes à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Apesar de todo o esforço legislativo, que sem dúvida alguma tem melhorado bastante a agilidade na tramitação dos processos, talvez não na extensão que se deseja, mas

---

<sup>49</sup> “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o

representando expressivo salto em relação ao período anterior à sua vigência, faz-se mister que haja uma mudança de mentalidade, de concepção e de comportamento dos operadores jurídicos, em especial dos magistrados, membros do Ministério Público e advogados, para que os resultados pretendidos sejam efetivamente alcançados, pois de nada adianta existirem normas legais prevendo modificação de práticas arraigadas no comportamento daqueles que dão movimento à atividade judiciária, sem que antes os objetivos sejam compreendidos e desejados, modificando-se não apenas o modo de se conduzir nesse itinerário, como também a absorção das novas idéias e a vontade de que haja eficientemente modificações em favor de mais celeridade, agilidade, economia e efetividade.

## **7.6 Jurisdição e Tutela Jurídica**

O acesso à justiça consiste em um tema que guarda íntima relação com as questões pertinentes à jurisdição, pois, é através do exercício dessa última, como regra, que o direito não observado espontaneamente é cumprido, pela coação exercida pelo Estado contra o titular do correspondente dever jurídico, o que ocorre, com freqüência, quando a norma elaborada pela autoridade competente está em desconformidade com os valores tidos como importantes pela sociedade, quando ignora o sentimento coletivo de justiça, ou mesmo quando pretende exigir um comportamento das pessoas que não se ajusta à realidade constatada no momento em que deveria ser aplicada ou simplesmente cumprida. Noutras vezes, mesmo não sendo uma situação de ineficácia social (falta de efetividade normativa),

---

prosseguimento da ação. § 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso".

baseada na violência da disposição normativa ao consciente coletivo, ou em qualquer das outras causas mencionadas, há simplesmente desrespeito aos direitos consagrados no ordenamento jurídico, situação que geralmente provoca conflitos de interesses, obrigando aquele que se sente prejudicado usar a via processual, pela propositura da demanda, para ter os direitos lesados ou ameaçados de lesão reconhecidos e cumpridos, mesmo que isso se dê coativamente, por força de uma sentença do Judiciário e, quando for o caso, sua execução pelos meios apropriados à sua natureza.

A solução dos conflitos pela atuação da jurisdição não é, porém, a única alternativa legítima reconhecida pelo ordenamento jurídico, já que há possibilidade do emprego do juízo arbitral, bem como, mesmo em se tratando de processo jurisdicional instaurado, há possibilidade de solução conciliada para o litígio, com ou sem a mediação, dispensando-se o julgamento da causa.

Jurisdição comporta mais de uma concepção, podendo ser entendida, dentre outras, como função ou atividade estatal, tendo escopo não apenas jurídico, mas também social e político, conforme os ensinamentos de certa doutrina, a despeito de não haver unanimidade dos estudiosos nessa compreensão, mas sempre deve prestar-se a conferir alguma tutela a direitos ou interesses, quando comprometidos pela presença de um conflito (jurisdição contenciosa) ou quando é necessária a intervenção do Estado para dar segurança a certos atos jurídicos ou para garantir o exercício de determinados direitos (jurisdição voluntária).

A tutela jurídica, por sua vez, constitui-se na própria proteção dada àqueles direitos e interesses pelo ordenamento jurídico, distinguindo-se da tutela jurisdicional, em face de que esta é alcançada somente pela atuação do Estado, através do devido processo

legal, depois de regularmente proposta a demanda, visando um provimento que seja adequado a essa tutela.

## **7.7 Definição de Jurisdição**

Pelos mais variados motivos o homem vive em sociedade, o que levou Aristóteles (2003) a chamá-lo de “animal político”, por sua própria natureza, o que sem dúvida alguma facilita a obtenção da satisfação de algumas das suas necessidades vitais, como a alimentação e a segurança à sua integridade física, levando-o a construir estruturas que lhe garantem a sobrevivência, o que num estágio primitivo era suficiente, sendo que modernamente não basta meramente aquela, devendo ser adicionada a ela a dignidade que os sistemas jurídicos esperam que se alcance.

A vida em sociedade leva à existência de relações entre os homens, de várias espécies e de natureza diversa. Nem todas as relações nascidas dessa convivência, nem todas as atividades humanas, constituem objeto de regulamentação pelo Estado, mas outras sim, sendo regradas pelo ordenamento estatal, de observância obrigatória, sob pena de incidência das sanções estipuladas pelas próprias normas que contêm o dever jurídico. As relações entre os homens podem ser de cortesia, de negócios, de amizade, de religião etc. Quando essas relações são objeto de regulamentação pelo Estado, através de normas imperativas editadas pelo Poder competente, tornam-se relações jurídicas, aptas a produzirem direitos e obrigações, consistindo no que é denominado de direito substancial.

Mas, a par do direito substancial, há também o direito processual, que juntos formam os dois planos do ordenamento jurídico. O segundo tem a função de fazer atuar o primeiro, quando não é observado espontaneamente pelos seus titulares. Na precisa lição de Bedaque (2003a, p. 11):

[...] O direito processual é formado por regras, cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente. [...] Tem-se, portanto, como direito processual aquele conjunto de princípios e regras que regulam o exercício da jurisdição, da ação, da defesa e do processo. Essas normas estão dispostas na Constituição da República, nas Constituições estaduais, no Código de Processo Civil, em leis extravagantes e nas leis de organização judiciária. É a noção de direito processual determinada por seus elementos fundamentais, suficiente para distingui-lo do direito material.

A jurisdição é exercida por provocação da parte interessada, através da propositura de uma demanda, sendo vedado aos órgãos jurisdicionais agir de ofício, como pode ser visto dos artigos 2º e 262, do Código de Processo Civil, que consagram o princípio da inércia da jurisdição (artigo 2º) e o princípio inquisitivo (artigo 262), respectivamente. Logo, a função jurisdicional é exercida através do processo, atuando em face de um direito afirmado, sendo que os processualistas adeptos da concepção instrumentalista do processo, têm apregoado que não se pode prescindir do direito material na concepção do direito processual.

Conforme Bedaque (2003a, p. 13), ao se conceber o direito processual não se pode prescindir do direito material, “sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos”. Para ele, a razão de ser do direito processual traduz-se no “objetivo a ser alcançado, que é assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas meios adequados para a defesa de seus interesses”.

Feitas essas considerações introdutórias, que têm por finalidade demonstrar que as relações humanas podem ou não ser objeto de regulamentação pelo ordenamento jurídico estatal, e que este se situa em dois planos distintos, cuidando de diferentes setores do fenômeno jurídico, mas que se entrelaçam quando se trata de conceber o processo como meio para fazer valer o direito substancial, residindo sua importância nos resultados que pode alcançar, há de se fornecer, para melhor aclarar o tema, uma definição que apresente mais ou menos as características primordiais da jurisdição apontadas pela doutrina, enquanto função estatal, sem embargo de distinções semânticas ou suscetíveis de variação conforme a base filosófica sobre a qual se assenta.

Carnelutti (2000, v. 1, p. 222) distinguia entre função jurisdicional e função processual, ensinando que esta é gênero da qual aquela é espécie, de modo que nem todo processo implica exercício de jurisdição. Para ele não há uma relação de coincidência entre jurisdição e processo, aduzindo que se há um processo não jurisdicional, há que se admitir a existência de uma jurisdição não processual.

Para Chiovenda (2002, v. II, p. 8), a jurisdição é uma função estatal, cujo escopo é 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”.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 131) sustentam que a jurisdição é ao mesmo tempo poder (capacidade de produzir e impor decisões), função (promoção da pacificação dos conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo) e atividade (o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico).

Em outra obra, em fórmula resumida, Dinamarco (2003c, v. 1, p. 309) arremata: “Jurisdição é a função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.

Calamandrei (2003, v. 1, p. 102-103) adverte sobre a impossibilidade de se formular um conceito universal e definitivo para a jurisdição, enquanto função estatal, com validade para todos os tempos e para todos os povos, pois que a formas externas, necessárias para o desenvolvimento da administração da justiça, e igualmente, os métodos lógicos de julgar, “têm um valor contingente que não pode ser determinado senão em relação a um determinado momento histórico”.

Dinamarco (2002, v. 1, p. 115-116), adotando concepção nitidamente chiovendiana, entende que a jurisdição, enquanto poder exercido pelo Estado:

É a atividade pública e exclusiva com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a pacificação de pessoas ou grupos em conflito, mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. Ele o faz revelando essa vontade concreta mediante uma declaração (processo de conhecimento), ou promovendo com meios práticos os resultados por ela apontados (execução forçada). A jurisdição é, pois, manifestação do poder estatal.

Liebman (1985, v. 1, p. 6-7), depois de lembrar as definições de Carnelutti e Chiovenda, que foram objeto de intensas discussões doutrinárias, afirma que hoje podem ser consideradas complementares quanto ao âmbito civil e administrativo, fornecendo seu próprio conceito de jurisdição, assim: “De nossa parte, resumindo, podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

O conceito que se tem buscado em doutrina não é de fácil elaboração, havendo graves divergências, como se vê dos exemplos ora fornecidos, a respeito da natureza declaratória ou constitutiva da jurisdição, o que se avoluma com a discussão acerca da diferenciação entre atividade administrativa e atividade jurisdicional. A teoria de Carnelutti leva em conta a existência de lide, caracterizada pelo conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, que é composta de forma justa pela função jurisdicional. O traço distintivo da teoria de Chiovenda, como visto de sua definição para a jurisdição, é a substituição de uma atividade privada por uma atividade pública, tanto no processo de cognição como no processo de execução, seja declarando a existência de direitos, seja atuando na prática os comandos derivados da norma jurídica. Em resumo, vale o que o juiz decidir, no exercício da jurisdição, quando o dever jurídico contido na norma não é cumprido espontaneamente por quem esta determina.

Não parece correta a interpretação de Liebman, ao considerar complementares os conceitos de Carnelutti e Chiovenda, que elaboraram as duas teorias de maior prestígio no que concerne à definição de jurisdição, na medida em que têm concepções distintas sobre o ordenamento jurídico, circunstância que faz com que suas opiniões se antagonizem. A teoria dualista ou declaratória prega que o processo tem por função fazer atuar as normas abstratas, declarando o direito preexistente no ordenamento, e assim, sendo externo ao ordenamento jurídico, como se fosse um meta-ordenamento, ao passo que a teoria unitária ou constitutiva assume posição oposta, entendendo que o processo encontra-se integrado ao ordenamento jurídico e sua função consiste em completá-lo, ou seja, constituí-lo (BELINETTI, 1994, p. 61-62).

Carnelutti é adepto da teoria unitária do ordenamento jurídico, para a qual o direito objetivo não consegue disciplinar sempre a totalidade dos conflitos de interesses, e em

algumas situações, o processo é imprescindível, exercendo uma função de complementação do direito objetivo, ou dito de outro modo, o comando existente no ordenamento jurídico é incompleto, exigindo uma decisão judicial para dar-lhe uma forma final, o que faz com que a distinção entre o direito material e o direito processual não seja assim tão nítida. Para esta teoria, o processo contribui para a criação de direitos subjetivos e obrigações, que somente nascem efetivamente por meio de uma sentença. Em síntese, o processo tem o objetivo de resolver a lide – fruto de uma situação de incerteza ou de dúvida -, ditando a regra que a soluciona.

Para a teoria dualista o ordenamento jurídico cinde-se em direito material e direito processual. O primeiro é composto de regras abstratas e gerais, tornando-se concretas no momento em que acontece o fato que se enquadra na previsão legal, de forma automática, sem exigir a participação do juiz. O processo, por seu turno, tem por escopo apenas a atuação do direito objetivo, em nada contribuindo para a formação das normas concretas. Para esta teoria, o direito subjetivo e a obrigação preexistem ao processo.

A teoria de Chiovenda aproxima da teoria dualista do ordenamento jurídico, pela qual, como dito, a sentença jurisdicional não tem o condão de criar direitos subjetivos, restringindo-se ao reconhecimento de direitos preexistentes, ou seja, o Estado apenas aplica a lei aos casos concretos, submetidos à sua apreciação, posto que o direito substancial encontra-se presente nas normas de direito material.

Nem uma, nem outra teoria é completa e satisfaz, pois nem sempre há lide ou há justiça na composição almejada e conseguida através da função jurisdicional, como imaginava Carnelutti, e do mesmo modo, embora se reconheça ser traço marcante na função jurisdicional a substitutividade a que alude Chiovenda, não se pode aplaudir sua concepção,

por ser excessivamente formalista, admitindo mera aplicação da lei, em substituição à vontade das partes, sem se importar com a justiça da sentença.

Belinetti (1994, p. 69-80), depois de examinar as virtudes e os defeitos das diversas teorias sobre a definição de jurisdição, além de lembrar que o poder é ontologicamente uno, apontando como nota marcante da atividade jurisdicional a finalidade de resolver um conflito jurídico de interesses, excluindo a chamada “jurisdição voluntária” do âmbito da atividade jurisdicional, para colocá-la dentre as administrativas, entende que na caracterização da jurisdição deve-se considerar o critério finalístico, a formulação de pretensões e o critério da substitutividade, concluindo: “[...] poder-se-ia dizer que quando o Estado apreciasse uma pretensão, objetivando (ao menos inicialmente) resolver um conflito jurídico de interesses (pode não fazê-lo), com o caráter de substitutividade, a atividade seria jurisdicional”.

A empreitada, de se conseguir definição satisfatória e isenta de críticas para a jurisdição, não se mostra ainda concluída, mas o que se tem produzido em doutrina é suficiente para a fixação dos seus contornos, sendo de todo procedente apontar, decerto não todas, mas como principais, as seguintes notas distintivas: a) é função estatal; b) é desencadeada pela iniciativa dos interessados; c) tem lugar quando há que se decidir sobre pretensões formuladas em uma demanda regularmente proposta; d) tem por finalidade resolver um conflito de interesse jurídico; e) consiste na interpretação e na aplicação da norma genérica e abstrata aos casos concretos, através da elaboração da norma particular e específica; e f) substitui, através da sentença, a vontade das partes.

## 7.8 Tutela Jurídica e Tutela Jurisdicional

Não é recomendável identificar tutela jurídica com tutela jurisdicional, por serem expressões que definem fenômenos jurídicos diferentes. Diante das definições acima apresentadas, sem embargo da celeuma doutrinária ainda não superada, ambas se distinguem nitidamente, como será demonstrado na seqüência.

O termo ‘tutela’ significa proteção. Ao se ligar ao termo ‘jurisdicional’, o único significado possível é o de que se trata de uma proteção conferida pelo Estado, através do exercício da jurisdição, e conseqüentemente, do processo, ao litigante a quem se reconhece estar com a razão.

Parte da doutrina sustenta que a tutela de direitos subjetivos não é a finalidade da jurisdição nem do sistema processual. Nesse sentido, Dinamarco (2003c, v. 1, p. 40) afirma que a tutela jurisdicional em particular, dirige-se às pessoas, e somente ao sujeito que tiver razão. Tutela jurisdicional, conforme ensina, “é a proteção que, por meio do processo e pelo exercício da jurisdição, o Estado dá ao sujeito que tiver razão no litígio”. Em outra obra, entende que:

A tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais (DINAMARCO, 2003a, p. 184).

Dinamarco (2002, v. II, p. 797-808), em exposição relativamente longa sobre este tema, demonstra que a doutrina nacional e alienígena, em sua maioria, ainda ensina que o objeto da tutela jurisdicional é o direito subjetivo ou, de outra forma, a tutela jurisdicional incide sobre os direitos subjetivos assegurados pelo ordenamento jurídico positivo, quando não realizados espontaneamente, porém, o mesmo discorda de semelhante concepção, enfatizando que modernamente há que ter prevalência o conceito de um processo civil de resultados, dentro de um sistema legal que seja capaz não apenas de assegurar o ingresso em juízo por meio da ação ou a garantia de obtenção do provimento de mérito, mas sendo de suma importância, principalmente, a existência de um processo que garanta solução justa e efetiva aos conflitos, gerando repercussões na vida das pessoas, nas suas relações intersubjetivas, assim como, quanto aos bens e interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.

Neste contexto, sustenta que o objeto da tutela jurisdicional, ou da tutela estatal, é o homem, ou a pessoa, e não o direito outorgado a esta pela ordem jurídica, lembrando que o direito subjetivo é costumeiramente conceituado como a tutela de interesses preponderantes na ordem jurídica. Neste enfoque, se o direito subjetivo consiste, por si mesmo, em tutela de interesses, não se pode falar em tutela de direitos subjetivos, quando se está a referir-se à proteção concedida pelo Estado, no exercício da jurisdição, mediante o processo, àquele que tem razão. Recorda situações concretas em que a jurisdição é exercida sem que haja sequer o pedido de tutela a algum direito, como se sucede com a ação declaratória negativa, ou ainda, de modo mais amplo, quando a jurisdição não tutela direito algum, ilustrando com o caso de uma demanda improcedente. O homem sim, é tutelado, já que no primeiro exemplo, se acolhido o pedido, para o autor é criada uma situação jurídica vantajosa, e no segundo caso, quando a pretensão é rejeitada, confere-se ao réu uma situação jurídica vantajosa na mesma intensidade em que seria concedida ao autor se o pedido fosse acolhido. Aqui, porque improcedente a demanda, trata-se de uma decisão declaratória

negativa, porque se declara inexistente o direito postulado pelo autor (DINAMARCO, 2002, v. II, p. 797-808).

Examinando-se outro aspecto do tema, é de se registrar que a doutrina não diverge quanto ao entendimento de que a tutela jurídica e a tutela jurisdicional não são a mesma coisa. A primeira significa a proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos direitos das pessoas (direito subjetivo ou atos lícitos), através de normas materiais, que, conforme é ensinado pelos manuais, têm por objetivo regular diretamente a atribuição de bens e a determinação de condutas humanas. A tutela jurídica, portanto, tem por finalidade conferir proteção aos direitos subjetivos ou aos atos lícitos.

Couture (1997, p. 479) ensina que se deve compreender por tutela jurídica a satisfação efetiva dos fins do direito, com a realização da paz social mediante a vigência das normas jurídicas editadas pelo Estado.

Para Dinamarco (1996, p. 61), em seu sentido mais amplo, a tutela jurídica é definida como sendo “a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade – seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio”, esclarecendo que a tutela jurídica estatal realiza-se em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos.

Sinteticamente, pode-se dizer que tutela jurídica é a proteção conferida pelo Estado, através das disposições contidas no ordenamento jurídico, seja através de um órgão administrativo, seja por meio de um órgão jurisdicional. Tem-se a expectativa de que haja o cumprimento voluntário das disposições integrantes do ordenamento jurídico, mas, sabidamente, nem sempre isso se sucede, e diante da violação da lei, incumbe ao Estado

assegurar a atuação do direito objetivo, mediante a imprescindível provocação do interessado, fazendo surgir o que se denomina de tutela jurisdicional.

Belinetti (1996, p. 98) afirma que:

A tutela jurídica significa a proteção do Direito para os direitos subjetivos e qualquer forma de atuar lícito, enquanto que a tutela jurisdicional significa a proteção do Estado, com base no Direito, para esses direitos e atividades lícitas, quando envolvidos em um conflito jurídico de interesses.

Marques (1974, v. 1, p. 127) entende que a tutela jurisdicional é “a tutela que o Estado exerce, processualmente, sobre as relações intersubjetivas litigiosas, a fim de dar a cada um o que é seu mediante a aplicação do direito objetivo”.

Na lição de Micheli (1970, v. 1, p. 3-4), a tutela jurisdicional é a atividade desenvolvida pelos juízes, no exercício do poder conferido pelo Estado, fazendo atuar no caso concreto as disposições contidas em Lei, com o fito de assegurar a observância do direito objetivo.

Bedaque (2003a, p. 36), leciona que:

Tutela jurisdicional, portanto, é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial. Semelhante é o significado da expressão *tutela jurídica de direitos*, utilizada pela doutrina italiana, que representa a garantia constitucional de tutela jurisdicional de todos os direitos subjetivos, sendo impossível ao legislador subtrair das pessoas o direito de acesso ao Poder Judiciário.

Infere-se, assim, que a tutela jurisdicional é espécie do gênero tutela jurídica, que consiste na proteção do Estado ao direito subjetivo, desde que provocado pelo respectivo titular, tendo por finalidade principal a atuação da lei aos casos concretos. Quanto ao objeto da tutela jurisdicional, como visto, não há consenso doutrinário, mas predomina o entendimento de que a proteção se destina aos direitos subjetivos ou qualquer forma de atuar lícito.

### **7.9 O Processo e os Escopos da Jurisdição**

Para o exercício da jurisdição, como tantas vezes lembrado, faz-se necessária a iniciativa do interessado através da propositura da demanda, que, por sua vez, dará origem à relação processual, que num segundo momento será completada com a citação da contraparte, mas esta explicação lógico-formal, quase mecânica, não é mais suficiente nos tempos atuais para explicar os fundamentos de uma ciência processual, que a par de estudar o direito processual como unidade autônoma, no sentido de possuir objeto próprio, e assim compreendido, traduzindo-se em entidade diferente e independente do direito material, compondo com este os dois planos do ordenamento jurídico, não pode olvidar nunca dos propósitos da atividade jurisdicional, desenvolvida através do processo que, conforme os ensinamentos de Dinamarco e Bedaque (em que pese haver divergência doutrinária quanto a esta concepção), é também instrumental, necessário para o exercício do poder jurisdicional, porquanto uma de suas principais finalidades é servir de meio à consecução de certos fins, e nesse contexto, sua importância não reside em si e por si mesmo, mas em virtude da realização do direito substancial.

A doutrina que vislumbra no processo uma função precipuamente instrumental por certo não é única, nem significa que seja apenas esta, até porque pode o mesmo ser concebido num sentido mais amplo, como instrumento não apenas da jurisdição, mas do próprio poder.

Carnelutti (2000, v. I, p. 98) elabora a noção de processo, dizendo tratar-se de “uma operação mediante a qual se obtém a composição do litígio”.

Chiovenda (2002, v. I, p. 56), referindo-se ao processo civil em particular, ensina que o mesmo é “o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”.

Calamandrei (2003, v. 1, p. 264) explica que a palavra ‘processo’ tem mais de uma acepção, e que para os juristas, “processo é a série de atividades que se deve levar a cabo para chegar a obter a providência jurisdicional: com significado muito parecido, já que não é sinônimo, ao de ‘processamento’ e ao de ‘procedimento’”.

Câmara (2004, v. I, p. 143) afirma que processo (jurisdicional) é “o procedimento em contraditório animado pela relação jurídica processual”.

Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 277), sinteticamente, definem processo como sendo “o instrumento através do qual a jurisdição opera”.

Rocha (2004, p. 198) define processo como sendo “a seqüência de atos, praticados pelos órgãos judiciários e pelas partes, necessários à produção de um resultado final, que é a concretização de um direito, ou seja, sua realização no caso concreto e em última instância”.

Carreira Alvim (2004, p. 227) ensina que o processo é, “na essência, uma relação jurídica entre sujeitos processuais, que se exterioriza consoante determinado

procedimento, o qual, por sua vez, é a veste exterior do processo. O procedimento acompanha o processo como ‘a sombra acompanha o corpo’”.

Porém, cabe assinalar, para que não haja mal-entendidos, que o processo não é fenômeno exclusivo da atividade jurisdicional, nem mesmo da Ciência Jurídica. Existem processos químicos, biológicos, econômicos, físicos etc. Limitando sua compreensão ao mundo do Direito, todavia, além do processo jurisdicional, podem ser mencionados também o processo legislativo e o processo administrativo.

As funções estatais, como expressão do poder, uno e indivisível, são desenvolvidas através de processos, mediante o emprego de diversos procedimentos, tanto na esfera do Poder Judiciário, como também nas esferas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Existem processos que se desenvolvem em atividades privadas, em funções não-estatais, a exemplo dos processos disciplinares dos partidos políticos ou associações e processos das sociedades mercantis para aumento de capital, como lembrado por Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 278). Podem ser citados, ainda, os processos que são instaurados nos órgãos de arbitragem, pela manifestação de vontade das partes (cláusula de compromisso arbitral), mas cujo procedimento é traçado pela lei, bem como, os que têm lugar nas comissões de conciliação prévia no âmbito do Direito do Trabalho, de criação facultativa pelos sindicatos ou pelas empresas, mas às quais, uma vez criadas, devem se sujeitar todas as causas trabalhistas, como condição essencial para viabilizar o ingresso em juízo, quando frustrada a tentativa conciliatória perante as mesmas, como dispõem os artigos 625-A a 625-H, da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescidos pela Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000.

Logo, restringindo a definição ao âmbito jurisdicional, pode-se afirmar que o processo é um meio, instituído pelo ordenamento jurídico, através do qual a jurisdição é exercida, que visa precipuamente dar solução para os conflitos de interesses jurídicos,

individuais ou coletivos, fazendo atuar a norma jurídica no caso concreto, quando não obedecida espontaneamente por seus destinatários.

A doutrina que enxerga na instrumentalidade a função principal do processo jurisdicional tem realçado como nota distintiva, quando se trata de estudar sua finalidade, os resultados que deve alcançar, não se podendo mais, conforme esta corrente, concebê-lo apenas por suas características internas, mas sim, pelo que pode apresentar em relação ao seu exterior, servindo de veículo que possa realmente levar à geração de uma decisão jurisdicional que lance seus efeitos para fora da relação processual, atingindo de forma efetiva e eficiente a vida dos litigantes, com a capacidade de transformá-la, na medida do resultado alcançado, traduzindo a prestação de tutela jurisdicional àquele que realmente tem razão.

Nesse sentido, preciosas as palavras de Dinamarco (1988, p. 114):

A grande guinada metodológica da ciência processual neste século é representada pela tomada de consciência da necessidade de observar todo o sistema a partir de perspectivas externas, sendo insuficiente o tradicional exame introspectivo, pelo ângulo interno. Do século passado para cá, o processualista soube bem definir conceitos e estruturar harmoniosamente institutos, superando o sincretismo das origens e tornando definitiva a conquista da autonomia do direito processual. Chegou o momento, então, em que se apercebeu de que já sabia o que precisava, para o uso do mecanismo segundo os postulados tradicionais. Daí a insatisfação, primeiramente demonstrada mediante a busca do substrato constitucional dos institutos e princípios do processo e, agora, pelo empenho em situar o sistema processual no contexto das realidades sociais e políticas da nação.

Há que ser registrado que a instrumentalidade do processo é traço reconhecido não há muito tempo por parte da doutrina, ainda objeto de reflexão e amadurecimento, sendo que na processualística brasileira existem estudiosos que não

admitem esta concepção, criticando-a com veemência, como se sucede com Calmon de Passos (2001, p. 5), ao atacar o que chama de “discurso alicerçado numa ‘instrumentalidade’ que, ou não diz nada, ou diz algo já de todo incompatível com o saber de hoje”.

O autor em questão enfatiza a importância da linguagem para a manifestação do direito, criticando a impropriedade terminológica muitas vezes detectada em doutrina, contribuindo para retirar o caráter de racionalidade e cientificidade do direito, pois, “precisão e rigor terminológico são essenciais. Faltando isso falta a *ciência* do direito, substituída pelo *discurso* (no sentido comum da palavra) jurídico, totalmente desprovido de autoridade”, sendo de se destacar alguns trechos de seu escrito, revelador de seu pensamento contrário ao princípio da instrumentalidade do processo:

Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque tradutor de falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. [...] Falar de ‘instrumentalidade’ em dogmática é utilizar-se palavra de todo inadequada. Instrumento pode ser entendido, no seu sentido mais amplo, como todo meio empregado para se alcançar determinado fim ou resultado. Mas com essa significação ampla, é de nenhuma serventia. [...] Falar de instrumentalidade ao nível do que é cientificamente humano – o discurso, a comunicação, a ação – ou é imaturidade de reflexão, por déficit filosófico, ou manipulação ideológica perversa, por déficit de solidariedade. Se equívoco, cumpre haver esclarecimento. Se manipulação, precisa ser denunciada e combatida. [...] O Direito é um espaço em que utensílios, ferramentas e máquinas são de quase nula relevância, ou seja, em que os instrumentos valem quase nada. [...] Um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela ‘instrumentalidade’ foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. [...] Hipertrofiaram o papel do juiz. [...] Privilegiaram, de outra parte, o autor. [...] Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável – a implosão, quando se queria apenas e se necessitava apenas de reformulação [...]” (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 5-13).

Salvo erro de percepção, o que parece ser mais evidente na manifestação de Calmon de Passos, no texto do qual alguns trechos são ora reproduzidos, é o exacerbado apego às garantias constitucionais do processo, quase como fórmulas sagradas e invioláveis, não sujeitas a limitação de espécie alguma, pouco importando a demora na solução dos litígios e a efetividade da prestação jurisdicional, desde que essas garantias sejam integralmente respeitadas, não admitindo qualquer grau de ponderação e condescendência, condenando a preferência pela tutela do autor da demanda, que a corrente que sustenta a instrumentalidade do processo parece manifestar, relegando o réu a um papel secundário, quando, na verdade, somente pode ser reconhecida razão ao autor se o que alega foi provado, o que se infere quando aduz: “Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão”. Entende que as reformas processuais, seguindo a linha instrumentalista do processo, exacerbaram a litigiosidade, estimulando os inescrupulosos a ousarem cada vez mais, além de favorecerem o arbítrio e as decisões sem ética e sem técnica (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 12-13).

Evidente que nenhuma teoria sobre o direito é perfeita, sendo construída gradativamente, em caráter permanente, e sempre estará incompleta, pelo desenvolvimento de idéias e concepções nascidas de reflexões sobre o assunto, que, ou são confirmadas depois de um longo processo de amadurecimento, ou são descartadas se apresentam defeitos para os quais não se encontra solução. Pode ocorrer ainda que subsidiem reformas processuais que, depois de aprovadas e experimentadas, demonstrem que o problema que objetivavam combater restaram intocados ou aumentaram. De qualquer sorte, não parece acertada a opinião de que possa haver manipulação ideológica perversa, colocando sob suspeita os

processualistas que têm posição que diverge daquela sustentada pela corrente contrária ao princípio da instrumentalidade do processo.

Independentemente da concepção que se tenha sobre o processo, se tem ou não caráter instrumental, em que pese as conseqüências que a opção por uma ou outra teoria possa acarretar, o certo é que a maior preocupação da ciência processual nos tempos atuais é com a concreta realização da justiça, e para que este desiderato seja alcançado, as normas que compõem o sistema processual devem acompanhar as transformações sociais e culturais, além de serem submetidas ao filtro constitucional, pelo qual devem passar, sob pena de serem recusadas, como meio adequado à realização da justiça, entendida como a concretização dos valores democraticamente eleitos pela sociedade na Constituição do Estado.

Esta preocupação da ciência processual, para ser válida e levar a resultados efetivos, atualizando-se de acordo com a evolução das questões ligadas às alterações culturais dos povos, depende de profundas alterações do enfoque do conhecimento processual, como é lembrado por Bedaque (2003a, p. 50), ao sustentar que o princípio da igualdade formal, concebido pelo pensamento liberal-individualista, “constitui exemplo típico das necessidade de mudança. Não se pode mais admitir que o legislador e o intérprete ignorem que a pobreza constitui óbice intransponível à sua efetividade”.

O processo, portanto, nessa dimensão, serve ao direito material, para realizá-lo quando tal se mostrar necessário, sendo esse o seu escopo jurídico, mas não só este fim deve ser reconhecido no emprego desse meio, que não é apenas técnico, tampouco desvinculado da justiça dos resultados que deve produzir externamente, pois que além de ser meio adequado para procurar realizar concretamente o direito substancial, há que se ter em mente que os resultados almejados através dele traduzem-se em objetivos sociais, de modo a

garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico seja preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade sejam mantidas pela imposição da vontade do Estado. Desse modo, o exercício da jurisdição favorece os interesses da própria sociedade em seu conjunto.

Em posicionamento semelhante, Câmara (2004, v. 1, p. 8-81):

Vê-se, agora, o processo como instrumento de que se vale o Estado para alcançar os escopos da jurisdição. Estes são escopos do próprio Estado, já que a jurisdição, como não cansamos de repetir, é uma das manifestações do poder estatal soberano. Assim é que, sob esta ótica, a instrumentalidade do processo ganha força, podendo-se entender esse instituto fundamental do Direito Processual como uma garantia de tutela adequada e efetiva das posições jurídicas de vantagem [...].

Para a corrente que sustenta a instrumentalidade do processo, essa sua qualidade se revela útil e indispensável para a consecução dos fins eleitos pela Constituição, de importância cada vez maior, constituindo-se em aspecto que ganha relevo quando se percebe que nas últimas décadas, pelo menos em terras brasileiras, ganhou fôlego o estudo dos institutos processuais, que avançou sobremaneira em direção a uma concepção mais social e menos individualista do direito processual, não mais sendo possível pensar-se em processo sem que imediatamente se pense também na Constituição, notadamente por se mostrar como meio hábil para a realização dos valores democráticos eleitos pelo constituinte como essenciais à sociedade, além do dever de obediência a mandamentos constitucionais de ordem processual.

Mesquita (2002, p. 134-135) compreende o processo moderno como meio essencial à realização dos objetivos enunciados pela Constituição, acrescentando que esta traz normas processuais que exigem a reestruturação desse instrumento, que não mais pode ser

visto em sua dimensão puramente formal, mas sim, deve obediência aos ditames constitucionais. Menciona que o processo deve ser dotado de condições que viabilize a realização dos valores eleitos pela Constituição, sem se abdicar das garantias que lhe cercam, também impostas pelo texto constitucional.

Os estudos que têm tratado dos escopos da jurisdição, para além do jurídico, são relativamente recentes, encontrando-se ainda em desenvolvimento, sendo suficiente, porém, para os fins pretendidos nesse trabalho, apenas apontá-los e sobre eles empreender algumas reflexões, ainda que primárias, sem se importar com o seu aprofundamento nesta oportunidade, pois que o objetivo em analisar a matéria é meramente auxiliar, fornecendo noções que possam contribuir para lançar luzes sobre o tema central, que reside no acesso à justiça, enquanto direito fundamental reconhecido pela Constituição, desde os primórdios de seu surgimento até a atualidade. As idéias mais bem elaboradas que versam sobre este aspecto do acesso à justiça, vinculado ao exercício da jurisdição, são as que podem ser colhidas da obra de Dinamarco (2003a, p. 181), aqui reproduzidas:

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual.

Parte da doutrina prega que os escopos da jurisdição podem ser agrupados em sociais, jurídicos e políticos, o que significa que o processo não se restringe a produzir

resultados no âmbito jurídico, como de há muito vem percebendo a ciência processual, merecendo ser estudado em suas outras duas dimensões, social e política, até como corolário lógico do fato de que cabe ao Estado, enquanto ente político, agir para assegurar a prevalência do princípio da dignidade, que conduz a satisfatórias condições de vida, atendendo às matérias que são de sua atribuição, conforme determinam as normas constitucionais, ou seja, procurar alcançar buscar o bem comum. Nesse diapasão, Dinamarco (2003a, p. 181-182) sustenta que:

Fixar os escopos do processo eqüivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. [...] A perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.

Conforme as lições do autor ora citado, dois são os escopos sociais da jurisdição, prestada através do processo, reitere-se: Pacificar com justiça e educar a sociedade. O escopo jurídico, conforme já foi dito, é a atuação do direito objetivo. Os escopos políticos são três: afirmação do poder estatal, culto às liberdades públicas e garantia de participação do jurisdicionado nos destinos da sociedade (CÂMARA, 2004, v. 1, p. 81-83).

Bedaque (2003a, p. 59-60) diz acreditar que o escopo do processo, ou da jurisdição, como prefere Dinamarco, é primordialmente jurídico, contendo em si os demais escopos, isto é, o social e o político. Sustenta que “o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los através de suas atividades”. Para ele, o escopo jurídico absorve o social e o político, aduzindo que “no escopo jurídico da atuação da vontade concreta da lei estão compreendidos os escopos social e político, que parecem muito mais ligados ao próprio

direito material a ser atuado pelo juiz”. Por fim, entende que o escopo social é realizado quando o juiz interpreta a norma de direito substancial, para fazer atuar sua vontade concreta, adequando-a à realidade social.

Parece bastante razoável a posição abertamente assumida por Bedaque, na medida em que a atividade jurisdicional existe não para atingir escopos social e político, no sentido de pacificar com justiça e educar a sociedade, e visando afirmação do poder estatal, culto às liberdades públicas e garantia de participação do jurisdicionado nos destinos da sociedade, como defende Dinamarco, pois que estes propósitos não se limitam à atividade jurisdicional, mas são metas estabelecidas pela lei ou pela Constituição que irão condicionar a atuação do Estado em todos os segmentos, incluindo os demais Poderes constituídos (Legislativo e Executivo), além da inestimável contribuição de toda a sociedade, em busca do bem comum e da valorização dos fundamentos do Estado de Direito, entre eles os da dignidade da pessoa e da valorização do trabalho, além do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, compromisso assumido nos artigos 1<sup>o</sup>, inciso III e 3<sup>o</sup>, inciso I, da Constituição (CAHALI, 2004, p. 19).

A função jurisdicional sob responsabilidade do Estado, pela atuação do Poder Judiciário, sem adentrar à discussão se somente este pode exercer jurisdição, ou se entes privados também pode fazê-lo, é precipuamente resolver litígios, embora possa não resolvê-los em certas situações (como se dá, por exemplo, nos casos de extinção do processo sem apreciação do mérito da pretensão, em face de questões internas, meramente processuais), e para que isso ocorra, interpreta o Direito, identificando a norma particular aplicável ao caso concreto submetido à sua apreciação (criação da norma particular de acordo com o direito preestabelecido e não como ato de puro arbítrio), que possa realizar o direito material (a denominada vontade do direito objetivo), de acordo com os valores desejados pela

ordem constitucional (a exemplo da preservação do princípio da dignidade da pessoa), conferindo a cada litigante o que lhe é devido em consonância com a ordem jurídica.

Portanto, parece irresponsável que é essencialmente jurídico o escopo da jurisdição, e apenas indiretamente alcança outros escopos, de ordem social e política, mais como efeito externo gerado pela decisão judicial do que propriamente em virtude da finalidade da atividade jurisdicional. Dito de outro modo, os escopos de natureza social e política são automaticamente alcançados quando se atinge o escopo jurídico, isto é, ao se produzir uma decisão justa, assim entendida aquela que está em sintonia com a ordem jurídica estabelecida, em especial com os mandamentos constitucionais.

Yarshell (1993, p. 17) entende que:

Procede a idéia de que os escopos sociais e políticos da jurisdição estão diretamente atrelados ao escopo jurídico (atuação da vontade concreta do direito objetivo), e desde são consequência, visto que incumbe precipuamente ao direito material (não contido exclusivamente à lei) a tarefa de estabelecer a fórmula para eliminação dos conflitos; ao atuá-lo, via jurisdição, o Estado estará promovendo a pacificação com justiça e reafirmando sua própria identidade.

Para esta doutrina, o que Dinamarco denomina de escopos social e político do processo (ou da jurisdição) são unicamente consequências derivadas da atividade jurisdicional, quando esta cumpre o escopo jurídico de solucionar adequadamente o conflito de interesses, de forma que aqueles estão irremediavelmente ligados a este, além de serem regulados pela norma de direito material, à qual cumpre o papel de estabelecer o modo pelo qual o Estado pretende a pacificação social, a educação da sociedade, o respeito à autoridade estatal e às liberdades públicas, e ainda, a participação popular nos destinos da sociedade, o

que se dá, como já dito, pelos mais variados meios, pela atuação conjunta dos poderes constituídos e do universo de pessoas que integram dada sociedade, ou seja, não se trata de escopos específicos da jurisdição.

## **8 OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA**

Tal qual ocorre com a saúde humana, quando debilitada, em que o profissional da área médica, indicado conforme a natureza do problema, faz o diagnóstico da causa desse comprometimento, com o emprego de seu conhecimento e das técnicas oferecidas pela medicina e talvez por outras ciências, e somente depois de feito o diagnóstico indica o remédio e o tratamento adequados para extirpar os agentes causadores da doença, o mesmo se dá com o estudo do problema da ineficiência do sistema estatal de solução de conflitos e com a falta de efetividade da prestação jurisdicional. Os operadores jurídicos devem detectar os pontos de estrangulamento e indicar os caminhos que devem ser percorridos para sua eliminação. Os obstáculos e as limitações do direito fundamental de acesso à justiça devem ser identificados, para que seja possível buscar soluções com o escopo de reduzi-los ou eliminá-los, com a indicação de propostas que possam cumprir esse desiderato.

### **8.1 Os Principais Obstáculos ao Acesso à Justiça**

As dificuldades de acesso à justiça não se limitam à dimensão interna do sistema estatal de solução de controvérsias jurídicas ou de garantia de exercício de direitos, comumente denominado de sistema processual, em que o processo constitui um meio técnico que viabiliza a prestação da tutela jurisdicional, mas também podem ter origem externa a este

sistema, havendo inúmeros fatores exoprocessuais que interferem negativamente na consecução do objetivo de se garantir o pleno acesso aos direitos e, particularmente, à justiça.

Os óbices dessa natureza residem em áreas externas ao sistema processual, mais precisamente nos campos político, social e econômico-financeiro. Politicamente, o Estado elege opções dentre as existentes, especialmente quando se mostram incompatíveis entre si, no sentido de respeitar as limitações impostas pelo ordenamento jurídico à liberdade individual, num contexto que procure equilibrá-las. Quanto ao aspecto social, destaca-se a oferta de oportunidades oferecida pelo Estado aos sujeitos, de maior ou menor grau no que se refere à possibilidade de postular judicialmente o exercício de direitos, sua preservação ou restauração. No campo econômico-financeiro têm lugar a estrutura material em que se encontram os órgãos jurisdicionais e as condições materiais de acesso a eles pelos usuários dos serviços judiciários.

Desasso (2001, p. 94) considera o acesso à justiça valor imprescindível ao processo democrático, por permitir ao cidadão a defesa dos seus interesses e à sociedade solução pacífica dos conflitos. Sustenta que a ampliação do acesso à justiça importa em conferir instrumentos aos cidadãos não somente para defender interesses individuais, mas igualmente concedendo-lhe maior possibilidade de participação política, notadamente quanto à defesa dos interesses difusos e coletivos. Entende que alguns dos principais obstáculos ao movimento de ampliação e democratização do acesso à Justiça são os seguintes: a) a falta de informação; b) os altos custos do processo; c) a lentidão burocrática; d) o excesso de ‘formalismo’; e e) as diferenças entre as partes. Para ele, “esses limites influenciam, decisivamente, a capacidade dos cidadãos em defender seus interesses e direitos, pois podem imobilizar ou mesmo intimidar suas ações”.

Embora o acesso à justiça não deixe de ser um valor, no ordenamento jurídico pátrio é mais do que isso, tratando-se de um direito fundamental assegurado por norma constitucional, ou seja, com sua positivação na Constituição e com a instituição de meios que o garantam, muito se avançou, de modo que não deve ser considerado somente um valor, sob pena de retrocesso em sua concepção, em prejuízo de sua efetivação.

Sabadell (2002, p. 202), baseando-se em estudos de autores alemães, classifica as barreiras do acesso à justiça em quatro categorias:

a) óbices econômicos: custo elevado das despesas processuais e insatisfatória relação entre o custo do processo e o benefício almejado; b) óbices sociais: desconfiança na Justiça com base em experiências pessoais ou de relato de outros sobre sua experiência com demandas judiciais; medo de romper relações sociais e sofrer represálias quando a demanda é dirigida contra amigos, vizinhos, empregadores ou pessoas poderosas; c) óbices pessoais: falta de informações sobre o sistema judiciário de proteção de direitos e de assistência judiciária gratuita, impedindo o exercício do direito de ação pelas pessoas mais pobres; a inferioridade cultural dificulta a comunicação com os advogados e os juizes, criando ulteriores desvantagens; d) óbices jurídicos: relacionam-se com a organização do processo e funcionamento dos órgãos jurisdicionais. Excessiva duração do processo; incerteza em relação aos resultados pretendidos; distância geográfica do tribunal; número limitado de juizes, promotores e procuradores; incompetência profissional e psicológica dos advogados; falta de meios adequados para determinados tipos de conflitos (ex.: a mulher que é vítima de violência doméstica não pretende a punição do companheiro, na maioria dos casos, mas sim resolver o problema das agressões, porém, o sistema oferece apenas a punição do agressor). As pesquisas empíricas constataam a presença dessas barreiras em todos os países. O resultado é o acesso desigual ao sistema judiciário e a *desigualdade de fato* entre as partes.

Os fatores que dificultam ou impedem o acesso à justiça, serão mais bem pormenorizados na seqüência, com especial destaque para a questão no âmbito do sistema judiciário brasileiro.

## **8.2 Fatores Políticos e Sociais**

Muitas causas que se caracterizam como óbices ao pleno acesso à justiça têm origem política ou social, cuja quantidade e singularidades variam conforme algumas circunstâncias, entre elas no tocante ao ramo do Judiciário em que são detectadas, não sendo as mesmas quando se referem à Justiça Comum dos Estados, à Justiça Federal e à Justiça do Trabalho, por exemplo, envolvendo opções feitas pelos governantes e pelo legislador em cada âmbito, a relação entre os Poderes constituídos da República, a destinação e a aplicação de recursos financeiros, os métodos empregados na administração dos tribunais, a concepção da prestação jurisdicional e a formação dos magistrados, dentre outros aspectos, além de apresentarem problemas relacionados com a desigualdade social, com a miséria e a pobreza da maior parte da população brasileira.

### **8.2.1 Fatores Políticos**

A identificação dos casos que dificultam ou impedem o acesso à justiça nos três planos ora mencionados (político, social e econômico-financeiro) é imprescindível para a busca de soluções para os diversos problemas que surgem desse quadro que gera ineficiência do sistema jurisdicional, quando se pensa em acesso efetivo à tutela jurisdicional, que possa produzir resultados individual e socialmente justos, o que certamente passa pela celeridade e economia processuais.

No Brasil ainda não existem estatísticas que apresentem informações em quantidade e qualidade suficientes para que subsidiem estudos que levem a elaboração de propostas que possam auxiliar na busca de soluções para esses problemas.

A garantia de liberdade individual muitas vezes é limitada em favor de uma situação de vantagem para o conjunto da sociedade (interesse público ou interesses sociais), através da instituição de técnicas que atinjam este escopo, o que se dá também com outros direitos garantidos constitucionalmente, a exemplo da função social da propriedade, imposta pelo artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República, o que significa restrição ao direito de propriedade, refletindo na própria atividade do Estado, que se autolimita em sua esfera de atuação como forma de assegurar a liberdade atribuída a cada pessoa pela Constituição, incluindo o exercício da atividade jurisdicional, que como expressão de um Poder legitimamente constituído não é absoluta. Assim, numa situação de confronto entre o exercício do poder estatal e a garantia de liberdade concedida aos cidadãos, há que se encontrar uma alternativa que possa, pelo menos, promover a conciliação desses interesses, ainda que um deles seja enfraquecido, em homenagem à realização de uma ordem jurídica justa.

Há uma inegável relação entre o catálogo de direitos fundamentais e de garantias processuais contemplados pela Constituição com a liberdade individual, que, com mais eficiência é assegurada, pelo menos no plano teórico, quanto maiores forem os primeiros, o que não é a mesma coisa que efetividade, pois que esta transcende ao plano meramente jurídico-formal, para requerer a exigência de adoção de instrumentos hábeis à concretização da garantia às liberdades do homem. No campo da tutela jurisdicional muitos são os instrumentos que a Constituição disponibiliza aos cidadãos sob seu poder para fazer

valer os direitos fundamentais, a exemplo do mandado de segurança (individual e coletivo), a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação civil pública.

A realização dos fins estatais, em busca do chamado “bem-comum”, isto é, que beneficie o conjunto da população, impõe que haja harmonia e equilíbrio entre os três poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), cada qual exercendo as funções públicas que lhes são inerentes, de um modo coordenado e eficaz.

A distribuição do poder, de acordo com a natureza de cada função essencial do Estado, não pode levar ao isolamento, mas, pelo contrário, está subjacente a idéia de cooperação entre as diversas funções, sob pena de se tornar improdutiva a atividade estatal, inapta para a concretização dos variados escopos a que se destina a mesma.

Ganha especial relevo a questão do controle mútuo dos Poderes constituídos, sem que esta atividade leve ao entendimento de que, em assim ocorrendo, haveria interferência espúria de um Poder na esfera de competência dos demais, o que de fato jamais poderá ser admitido num regime democrático de direito em que vige o princípio da separação dos poderes, cabendo distinguir entre a atividade própria de cada um, ou seja, as dimensões de competência atribuídas pela Constituição a cada um deles, que não podem ser invadidas pelos demais, de modo que o controle e a fiscalização recíprocos não devem incidir sobre a atividade principal conferida a cada Poder constituído, mas sim, ser focada no cumprimento dos deveres a eles impostos pela Constituição.

Nesse passo, cita-se ilustrativamente a questão do controle do Judiciário, pois, mesmo que, em tese, possa ser aceita a idéia de que os demais poderes exerçam alguma atividade de fiscalização, isso somente poderia ocorrer em matéria disciplinar e administrativa, como a aplicação correta das verbas orçamentárias ou a punição merecida por

seus membros, mas de forma alguma poderia atingir a própria atividade jurisdicional, interferindo nos julgamentos dos tribunais.

Certamente cabe ao Judiciário não substituir os demais poderes na sua esfera de atuação, mas verificar se os procedimentos e as garantias constitucionais e processuais, dependendo da especificidade de cada ato examinado, estão sendo observadas pelo Legislativo e pelo Executivo. Não cabe ao Judiciário, por exemplo, ditar políticas públicas ou interferir no mérito de uma decisão quanto à cassação de um mandato parlamentar, pois que essas funções são de competência do Executivo e do Legislativo, respectivamente.

De outro lado, não podem o Executivo e o Legislativo adotar mecanismos que importem em interferência direta na atividade jurisdicional, que é exclusiva do Judiciário, mas podem os mesmos aprovar medidas que visem a fiscalização administrativa dos tribunais e a verificação da exatidão na apuração de infrações disciplinares praticadas por magistrados e servidores, ou ainda, o Legislativo aprovar leis em consonância com a Constituição, respeitando as regras de competência dispostas por esta, quanto a procedimentos e processos jurisdicionais.

Cichocki Neto (2004, p. 101-102) afirma, nesse ponto:

Ser insustentável o entendimento no sentido de o Judiciário dever estar imune a qualquer espécie de controle em homenagem à sua independência e autonomia. Como exercente de uma função pública, o Judiciário também deve contas à comunidade nacional, não se justificando o corporativismo de alguns setores da magistratura que defendem uma posição radical, contrária a qualquer espécie de fiscalização por parte dos demais poderes ou da própria sociedade. [...] É, mesmo, indispensável o controle externo do Judiciário, no que concerne à suas atividades não-jurisdicionais. As questões, oriundas de ordem administrativa ou funcional que o Judiciário, como Poder do Estado, também realiza, são normalmente mal equacionadas. Os

serviços dessa ordem e que se prestem ao auxílio da atividade jurisdicional, são altamente deficientes, e os órgãos de fiscalização internos do Judiciário são incapazes de oferecer soluções aceitáveis.

As decisões pertinentes à política judiciária, relacionadas com a organização e divisão judiciárias, incluindo a criação de comarcas, de varas especializadas, de novas varas e da distribuição de competências entre elas, devem levar em consideração os anseios e as aspirações dos jurisdicionados, baseadas em critérios objetivos, técnicos, que de fato atendam às necessidades dos usuários do sistema jurisdicional, com o encurtamento de distâncias e a diminuição de custos, como fatores de facilitação do acesso à justiça. Muitas vezes é insatisfatória a distribuição de órgãos jurisdicionais pelo território nacional. Não se tem conhecimento da existência de um projeto nacional unificado que padronize as opções políticas quanto ao atendimento das necessidades de aperfeiçoamento do acesso à justiça. A maioria dessas decisões ainda é fundada em critérios aleatórios, muitas vezes subjetivos e em consonância com interesses corporativos (CICHOCKI NETO, 2004, p. 101-103).

### **8.2.2 Fatores Sociais**

Quanto ao campo social, muitos são os fatores que podem comprometer a credibilidade do sistema estatal de solução dos litígios, funcionando como elementos inibidores do acesso à justiça, o que pode ser verificado tanto quanto a aceitação social da justiça das decisões legislativas na elaboração do direito objetivo, da falta de efetividade (ou eficácia social) das normas jurídicas, da falta de eficiência dos instrumentos processuais para

a preservação ou o restabelecimento do direito lesado, no baixo índice de confiabilidade nas instituições públicas e nos seus integrantes, ou até mesmo diante da impunidade que grassa pelo país quando se trata de sancionar, com firmeza, a conduta dos responsáveis pelos delitos de graves repercussões sociais, políticas e econômicas, muitas vezes envolvendo sonegação de tributos, fraudes milionárias nos sistemas oficiais de previdência social, desvio de verbas públicas, corrupção em grande escala, remessa ilegal de recursos financeiros ao exterior, obtenção de recursos financeiros através de atividades ilícitas e fraudes eleitorais, enfim, os chamados delitos de “colarinho branco”, em que os envolvidos invariavelmente são empresários e autoridades públicas, incluindo os membros do Legislativo, Executivo e Judiciário.

As causas de redução do acesso à justiça, dessa ordem, necessitam, igualmente, de identificação, como ponto de partida para adoção de medidas visando sua eliminação.

Cichocki Neto (2004, p. 105), baseando-se em informações colhidas junto a doutrina alienígena, em particular a norte-americana e a italiana, sustenta que as causas de origem social que interferem negativamente no acesso à justiça, são de três ordens: (a) ideologia conservadora do Judiciário; (b) maior proteção legislativa dos interesses da minoria dominante; e (c) desconhecimento pela população dos direitos juridicamente tutelados, noticiando que na doutrina italiana há estudo que identifica quanto a ideologia da magistratura três grandes tendências: (a) estrutural formalista, conservadora e moderada, com ênfase nos valores de ordem, equilíbrio, segurança social e certeza do direito; (b) conflitismo pluralista, com prevalência de idéias de reforma, tanto na organização judiciária como da sociedade em geral, objetivando o aperfeiçoamento da democracia; (c) uma tendência mais radical que

agrega juízes que propugnam pelo uso alternativo do direito, de uma função mais criadora.

Acrescenta, em relação a esse estudo, que:

A concepção da administração da justiça como uma instância política trouxe duas conseqüências importantes: Por um lado, colocou os Juízes no centro do campo analítico. Os seus comportamentos, as decisões por eles proferidas e as motivações delas constantes, passaram a ser uma variável dependente cuja aplicação se procurou nas correlações com variáveis independentes, fossem elas a origem da classe, a formação profissional, a idade ou sobretudo a ideologia política e social dos Juízes. A segunda conseqüência consistiu em desmentir por completo a idéia convencional da administração da justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostando apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes (CICHOCKI NETO, 2004, p. 106).

A magistratura brasileira ainda é conservadora em sua maioria. Não há, em regra, uma verdadeira e eficaz preocupação com a transformação da sociedade para patamar de maior justiça, devendo ser entendido com isso o compromisso de realização dos valores democráticos consagrados no texto constitucional, dentro da perspectiva de uma sociedade cada vez mais dinâmica e complexa, com exigências crescentes da mais variada ordem. O próprio ordenamento jurídico propicia esse comportamento conservador, ao privilegiar, quando se trata de métodos de solução de conflitos, as causas individuais, não estando adequadamente preparado para as causas coletivas, de interesse geral de todos ou de grupos sociais numerosos. Ainda são expressivas, talvez consistindo na maioria, as decisões judiciais meramente formais, de exclusiva aplicação rígida do direito escrito, positivo, sem maiores indagações sobre sua interpretação e harmonia com a Constituição, num exercício inflexível de lógica jurídica pura, sob os influxos da velha hermenêutica.

Nesse contexto, aduz Faria (1999, p. 99):

O direito é assim reduzido a um simples sistema de normas, o qual se limita a dar sentido jurídico aos fatos sociais à medida que estes são enquadrados no esquema normativo vigente. [...] Tal concepção, privilegiando as argumentações lógicas fundadas no princípio da não-contradição, deixa de lado os aspectos políticos e históricos do fenômeno jurídico, por considerá-los empiricamente contingentes, de um lado destacando o racional-jurídico como universal e necessário e, de outro, reduzindo as condutas às estruturas normativas, numa contínua construção e reconstrução das próprias estruturas formais do direito.

Levando em consideração – ainda que dele se possa discordar - o argumento de que uma decisão judicial deve refletir os valores consagrados na Constituição, sem se descuidar de uma interpretação das disposições constitucionais, que procure observar as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, de modo a levar a uma solução justa, adequada para cada caso concreto, e como tal entendida aquela que além de estar em harmonia com a Constituição contemple os valores vigentes na sociedade, é difícil de ser aceita, quando situado o problema no contexto do acesso à justiça, a postura de significativo número de magistrados no sentido de apenas fazer prevalecer a lei conforme foi elaborada pelo Estado, seja ela qual for, independentemente da época em que foi editada e daquela em que deve ser aplicada, sem se dedicar à difícil tarefa de atualizar sua interpretação, como forma correta de distribuição da justiça, para verificação da sua aplicabilidade conforme os valores vigentes, muitas vezes extremamente diferentes daqueles que lhe deram origem, sendo esta a principal razão que deve levar à extração de novo alcance e significado para a norma jurídica, compatíveis com os tempos atuais.

As dificuldades da magistratura brasileira, ainda presentes, em lidar com a nova ordem constitucional e seus inovadores institutos, depois de longo período em que a democracia esteve adormecida e outros aspectos que comprometem os resultados da prestação

jurisdicional, também são objeto de preocupação de Grinover (1998, p. 25), como se vê do seguinte trecho:

O esquema burocrático e verticalizado da magistratura brasileira, a inexistência de controles externos, o próprio método de recrutamento dos juízes, a incoerência até pouco tempo atrás, de cursos de aperfeiçoamento e especialização para os membros do Judiciário, o distanciamento dos julgadores, que tem reflexos até mesmo na linguagem, tudo isto tem levado, no curso dos tempos, ao excessivo corporativismo dos juízes, encastelados em posições de gabinete que pouco ou nada têm a ver com a realidade de uma sociedade em transformação. Eis a razão pela qual nem todos os magistrados têm se demonstrado sensíveis aos desafios criados pelos novos tempos e nem todos têm sabido dar as necessárias respostas a conflitos diversos dos tradicionais, a serem solucionados por instrumentos processuais antes inexistentes, esboçados pela Constituição de 1988 e, em alguns casos, por leis ainda recentes. Acresça-se a isto a dificuldade de adaptação a uma ordem jurídica profundamente inovadora, traçada pela Constituição, a demandar do juiz a postura de árbitro de controvérsias de dimensões sociais e políticas; e ter-se-á a medida da grande dificuldade de entrosamento entre a mentalidade do juiz brasileiro e as novas funções que institucionalmente se lhe demandam.

A magistratura brasileira nem sempre tem o hábito de prestar a jurisdição partindo primeiramente da Constituição, para somente depois analisar se a norma infraconstitucional contém preceito aplicável em conformidade com aquela. Apreciar a controvérsia, para bem julgá-la, submetendo-a ao crivo do ordenamento jurídico, deve passar primeiro pela Constituição, como se fosse um filtro, tratando-se de um agir que se mostra indispensável quando se tem compromisso com a produção de decisões compatíveis com os valores constitucionais.

Os tribunais, os magistrados e sua jurisprudência certamente têm alguma responsabilidade por este comportamento verificado em expressiva quantidade de sentenças e acórdãos, nem sempre coerentes com a Constituição, que se coaduna com uma visão muitas

vezes unicamente positivista e cômoda do direito, mas não apenas os aplicadores da lei, e sim, numa certa proporção, também a doutrina, de um modo geral, salvo uma ou outra posição vanguardeira, tem o costume de resistir bravamente, enquanto for possível, às leituras atualizadas do direito, capazes de introduzir modificações profundas e necessárias em sua interpretação e aplicação.

Há que se acrescentar que parte dos magistrados tem uma visão puramente técnica do direito de ação, sem lhe atribuir uma feição política e social, isto é, que se harmonize com a própria função estatal e à pacificação com justiça. Nesses casos, prevalece a idéia de que o resultado da atividade jurisdicional interessa somente aos litigantes, autorizando o juiz a assumir uma posição de neutralidade, de permanecer alheio e descompromissado com o desenvolvimento da relação processual. O que se tem buscado demonstrar, nos últimos anos, em diversas obras doutrinárias, é a necessidade de uma participação mais ativa do juiz no processo, para garantir a subsistência de uma decisão individual e socialmente justa (ANDRADE, 1992).

São fatores ideológicos que distanciam os órgãos jurisdicionais dos usuários do sistema jurisdicional, podendo se constituir em óbices ao efetivo acesso à justiça. Desfavorece o acesso à justiça a própria legislação, tanto material como processual, porque geralmente é fruto de pressões – embora nem sempre - dos grupos poderosos, seja economicamente, seja politicamente, que exercem influência sobre os legisladores, de modo a serem beneficiados com normas legais que atendam aos seus interesses, em detrimento do interesse público, da maioria da população. Subsistem os interesses de grupos minoritários dominantes. Acabam sendo produzidas leis que criam desigualdade social na regulamentação de situações juridicamente relevantes.

O Judiciário, diante da constatação de que a lei é injusta, aprovada para instituir privilégios a uma minoria econômica ou politicamente forte, pode adotar uma dentre duas posturas possíveis: somente aplicar a lei que se apresenta com essa característica, sem maiores indagações, quiçá aumentando o inconformismo social, ou, então, assumir o compromisso de gerar decisões inovadoras, que neguem aplicação às normas que destoam dos princípios de justiça contemplados pela Constituição, numa função criadora do direito justo. A escolha da primeira alternativa, associada à própria norma injusta, poderia se converter em fator de desestímulo ao acesso à justiça, causando a insatisfação de expressiva parcela dos consumidores dos serviços judiciários. Não obstante isso, a opção pela segunda muitas vezes é perigosa e traiçoeira, podendo, em casos extremos, transformar o julgador em legislador, de forma arbitrária e ilegítima, e por isso, exige maior cuidado para eliminar este risco, especialmente quando se trata de confrontar a norma jurídica a ser aplicada com os valores consagrados pela Constituição. A rejeição da norma jurídica somente seria viável em situações muito singulares, desde que fosse possível sustentar sua invalidade, com argumentos sólidos, diante de orientação oposta extraída do texto constitucional.

Ainda assim, cabe assinalar que não haveria necessidade de juízes, bem formados e com constante aperfeiçoamento, fosse apenas para aplicar mecanicamente a norma oriunda do legislativo, pois que para tanto, bastaria criar um aplicativo, um *software*, que, alimentado com dados objetivos, pudesse fornecer a decisão apropriada a cada caso concreto. Não, esta solução não basta, é preciso mais para que a jurisdição tutele com justiça aquele que tem razão numa demanda.

A ignorância da população sobre os direitos consagrados pela ordem jurídica é também fator que reduz o acesso à justiça. A falta de informação leva as pessoas a não procurarem tutela jurisdicional para seus direitos quando lesados, atuando, em certa

medida, como fator de exclusão social, pois que muitas vezes somente com o êxito de uma demanda judicial é possível o exercício de determinados direitos negados pelo titular do dever jurídico, o que é muito comum em causas de natureza previdenciária, em que benefícios muitas vezes são indeferidos, no âmbito administrativo, sem motivação amparada em entendimento já consolidado na jurisprudência dos tribunais, compelindo o segurado a ingressar com demanda judicial para ter acesso ao que lhe pertence por direito. Nessa situação, se o titular do direito desconhece sua existência e não se socorre do Judiciário, jamais usufruirá dos efeitos positivos que o mesmo lhe confere.

### **8.3 Obstáculos de Ordem Econômico-Financeira**

Uma das maiores, senão a maior, das limitações do acesso à justiça reside na falta de condições econômicas da maior parte da população para custear as despesas com a movimentação da máquina judiciária.

Na maioria dos Estados da federação os cartórios judiciais e extrajudiciais são verdadeiros feudos que passam de pai para filho, explorados por particulares, isto é, em caráter privado, mediante delegação do poder público, com exigência de concurso público para escolha dos seus titulares quando se trata de serviços extrajudiciais (serviços notariais e de registro), pelo artigo 236, *caput* e § 3º, da vigente Constituição, com exceção daqueles que já tinham sido oficializados pelo Poder Público, na data da promulgação da Constituição, conforme dispõe o artigo 32, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Quanto às serventias do foro judicial, assim definidas em lei, o artigo 31 do ADCT prevê sua

estatização, mas garante os direitos dos atuais titulares. Na prática, vigente a Carta Constitucional há mais de quinze anos, nada se modificou naqueles Estados da Federação em que esses serviços eram – e continuam sendo – explorados em caráter privado.

Nas Capitais e nas localidades mais prósperas os cartórios e as serventias em gerais se apresentam como privilegiadas fontes de renda para seus titulares. As despesas com as diligências a serem praticadas através de oficiais de justiça, a exemplo de citações, intimações, notificações, interpelações, remoção de bens, dentre outras, também são exigidas dos litigantes, via de regra antecipadamente, destinando-se aos particulares que se ocupam desse ofício, cuja eficiência de sua atuação está diretamente condicionada ao correto pagamento dos valores exigidos por esses servidores, que, embora não admitidos pela Administração Pública, desempenham função pública e se sujeitam em sua atividade ao regime do Direito Administrativo, inclusive no campo disciplinar.

As alegações ora formuladas são exemplos de algumas dificuldades enfrentadas pelos usuários do sistema judiciário que acabam por inibir a busca da tutela jurisdicional, exatamente pelas experiências nem sempre positivas, muitas vezes o resultado a ser alcançado não compensando, em face da desproporcionalidade, os custos de uma demanda.

### **8.3.1 Despesas Processuais**

As despesas processuais constituem gênero que comporta muitas espécies, sendo mais comum as seguintes: custas devidas à serventia judicial ou cartórios, remuneração

das diligências a serem realizadas pelos senhores oficiais de justiça, emolumentos com práticas de atos processuais específicos, despesas com publicação de editais em jornais, indenizações das despesas realizadas pelas testemunhas, diárias de viagens e remuneração do assistente técnico (artigo 20, § 2º, do Código de Processo Civil), honorários de advogados e peritos e as despesas com realização de exames. Todas essas despesas, nas demandas propostas na Justiça Comum dos Estados, nos quais as serventias judiciais ainda não foram oficializadas, são previamente exigidas da parte, quando se faz necessária a realização dos atos processuais que as justifiquem, com exceção do litigante que obteve os benefícios da assistência judiciária gratuita.<sup>50</sup>

O acesso aos Juizados Especiais, conforme disposto pelos artigos 54 e 55, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, independe, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas, porém, pretendendo o vencido impugnar a sentença mediante recurso para o próprio juizado, cujo julgamento caberá a uma turma formada por três juizes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, exige-se a representação da parte por advogado, bem como, o preparo do recurso, isto é, o pagamento de todas as despesas processuais, inclusive as dispensadas no primeiro grau de jurisdição, com exceção apenas do litigante que tenha obtido os benefícios da assistência judiciária gratuita (artigos 41, *caput*, §§ 1º e 2º; 42, *caput*, §§ 1º e 2º; 54, *caput* e parágrafo único). Mais especificamente, reza o artigo 55, da precitada lei, que a sentença de primeiro grau não condenará o vencido no pagamento de custas processuais e honorários de advogado, ressalvado o caso de litigância de má-fé, reiterando que em segundo grau de jurisdição estas despesas serão exigidas do

---

<sup>50</sup> Dispõe, sobre a matéria, o artigo 19, do Código de Processo Civil: “Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. § 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual. § 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

recorrente. Na execução da sentença, prevê o artigo 55, parágrafo único, da mesma lei, que não serão devidas custas, com exceção dos casos de litigância de má-fé, improcedência dos embargos do devedor ou execução de sentença impugnada através de recurso não provido, interposto pelo devedor.

No âmbito dos Juizados Especiais Federais, a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, não dispõe sobre a exigibilidade ou não de pagamento de custas e outras despesas processuais, com exceção dos honorários do técnico necessário para a conciliação ou para o julgamento, prevendo sua antecipação “à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal” (artigo 12, § 1º), sendo que em razão de sua competência material (em maior parte demandas versando controvérsias de natureza previdenciária) e pela condição dos sujeitos participantes do litígio (administração pública vs. particular ou vice-versa), na generalidade dos casos, somente teria sentido o pagamento de despesas quando o vencido fosse o particular.

Na Justiça do Trabalho não há exigência de pagamento de custas processuais prévias, para possibilitar a tramitação processual, pois que as mesmas serão pagas pelo vencido, ao final do procedimento em primeiro grau de jurisdição, nos prazos e formas estabelecidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, sendo exigidas do empregador para viabilizar o manejo de recursos, que ainda deverá efetuar o depósito prévio da condenação, até o limite fixado em resoluções do Tribunal Superior do Trabalho, conforme seu artigo 899, §§ 1º e 6º (CARRION, 2003, p. 766).

Quando ocorrer de ser o trabalhador o vencido na demanda, tendo em conta sua condição de insuficiência econômica, que pode ser declarada a qualquer tempo, e não

apenas na petição inicial, são lhe concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita. Estes benefícios podem ser concedidos de ofício pelo juiz do trabalho quando o trabalhador percebe até dois salários mínimos por mês (CARRION, 2003).

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê, ainda, o pagamento de custas processuais nos processos de execução, mas sempre de responsabilidade do executado, pagas ao final do procedimento, conforme tabela que institui relativas aos atos dos oficiais de justiça; interposição de agravo de instrumento e de petição e recurso de revista; confecção de autos de arrematação, adjudicação e remição; oferecimento de embargos à execução, embargos de terceiro e embargos à arrematação; impugnação à sentença de liquidação; despesas de armazenagem em depósito judicial; e cálculos de liquidação realizados por contador designado pelo juízo. Prevê, ainda, o pagamento de emolumentos pelo requerente para a autenticação de traslado de peças mediante cópia reprográfica apresentada pelas partes; fotocópias de peças dos autos; autenticação de fotocópias de peças dos autos; cartas de sentença, de adjudicação, de remição e de arrematação; e certidões. As pessoas jurídicas de direito público interno, bem como as autarquias e fundações públicas que não explorem atividade econômica e o Ministério Público do Trabalho estão isentos do recolhimento de custas, taxas e emolumentos (CARRION, 2003, p. 575-577 e 818-820).<sup>51</sup>

No âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo grau de jurisdição, com exceção dos Juizados Especiais Federais, as custas e outras despesas processuais são reguladas pela Lei nº 9.289, de 04 de julho de 1996, estando isentos de seu pagamento a União Federal, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações, os desprovidos de recursos financeiros e beneficiários da assistência judiciária

---

<sup>51</sup> A matéria relativa às despesas processuais ora referidas, na Justiça do Trabalho, encontra-se regulada em sua quase totalidade pelos artigos 789 e 790, §§ e incisos, da Consolidação das Leis do Trabalho, com as modificações trazidas pela Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002, e ainda,

gratuita, o Ministério Público e os autores nas ações populares, nas ações civis públicas e nas ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé. Dispõe, ainda, que a isenção não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exime as pessoas jurídicas de direito público da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, incisos I a IV e parágrafo único, da citada lei). As custas processuais também não são devidas nos processos de *habeas corpus* e *habeas data*, e ainda, na reconvenção e nos embargos do devedor à execução (artigos 5º e 7º).<sup>52</sup>

Há quem sustente que as custas processuais devem ser eliminadas, criticando a exigência do preparo para o conhecimento dos recursos e entendendo que se isso ocorresse não haveria sobrecarga de serviço no Judiciário, assim:

Embora a gratuidade assegurada para todo aquele que alegar insuficiência de recursos para custear a demanda, na verdade ainda há muita pobreza excluída dos serviços judiciais, diante da inevitabilidade de algum dispêndio: a realização de uma perícia, a

---

pela Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, com as modificações trazidas pelas Leis nº 6.014/73, 6.465/77, 6.654/79, 7.288/84, 7.510/86, 7.871/89 e 10.317/2001.

<sup>52</sup> Sobre o procedimento e as oportunidades e condições de pagamento de despesas processuais devidas à União, nas causas submetidas à Justiça Federal, a Lei 9.289/96, regula do seguinte modo: “Art. 14 - O pagamento das custas e contribuições devidas nos feitos e nos recursos que se processam nos próprios autos efetua-se da forma seguinte: I - o autor ou requerente pagará metade das custas e contribuições tabeladas, por ocasião da distribuição do feito, ou, não havendo distribuição, logo após o despacho da inicial; II - aquele que recorrer da sentença pagará a outra metade das custas, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de deserção; III - não havendo recurso, e cumprindo o vencido desde logo a sentença, reembolsará ao vencedor as custas e contribuições por este adiantadas, ficando obrigado ao pagamento previsto no inciso II; IV - se o vencido, embora não recorrendo da sentença, oferecer defesa à sua execução, ou embaraçar seu cumprimento, deverá pagar a outra metade, no prazo marcado pelo juiz, não excedente de três dias, sob pena de não ter apreciada sua defesa ou impugnação. § 1º O abandono ou desistência de feito, ou a existência de transação que lhe ponha termo, em qualquer fase do processo, não dispensa o pagamento das custas e contribuições já exigíveis, nem dá direito a restituição. § 2º Somente com o pagamento de importância igual à paga até o momento pelo autor serão admitidos o assistente, o litisconsorte ativo voluntário e o oponente. § 3º Nas ações em que o valor estimado for inferior ao da liquidação, a parte não pode prosseguir na execução sem efetuar o pagamento da diferença de custas e contribuições, recalculadas de acordo com a importância a final apurada ou resultante da condenação definitiva. § 4º As custas e contribuições serão reembolsadas a final pelo vencido, ainda que seja uma das entidades referidas no inciso I do Art. 4º, nos termos da decisão que o condenar, ou pelas partes, na proporção de seus quinhões, nos processos divisórios e demarcatórios, ou suportadas por quem tiver dado causa ao procedimento judicial”.

obtenção de documentos, compromissos que não serão suportados pelo defensor constituído. Considerando-se que a Justiça venha a ser prestação pública de carácter essencial ela deveria ser gratuita a todos. Alegar-se que haveria estímulo à demanda em virtude da gratuidade, parece não se fundar em análise adequada da personalidade humana. Os homens não criarão conflitos pelo simples fato de que sua solução judicial será livre de custeio. Pode haver inicial recrudescimento, pois um dos pontos que contribui para o delinear da litigiosidade contida é, justamente, a necessidade de dispêndio. Mas o fato de não se cobrar pela prestação jurisdicional é desvinculada da multiplicação dos processos [...] O pagamento de despesas, a par de não distinguir entre os hipossuficientes e os abastados, constitui em si um fator de prolongamento da demanda. [...] Parece irracional condicionar-se a subida do recurso ao seu preparo, quando se adota modelo jurídico onde o reexame é de rigor e tem fundamento constitucional [...] (NALINI, 1994, p. 33-34).

Não parece acertado, todavia, a mera eliminação de custas processuais, mas talvez modificação em sua disciplina, exigindo-as apenas do vencido na demanda, ao final do procedimento, mediante execução se não forem pagas espontaneamente, isto é, sem condicionar a realização dos atos processuais à sua satisfação prévia, como se dá atualmente, eximindo-se do seu pagamento, em qualquer circunstância, o beneficiário da assistência judiciária gratuita, arcando o Estado com o pagamento das despesas realizadas por particulares, a exemplo dos serviços prestados pelos peritos, quando aquele fosse vencido na demanda, cabendo o pagamento ao seu adversário, em caso contrário.

O rol de despesas processuais necessárias para a execução de todos os atos exigidos pelo procedimento, conforme a natureza e as singularidades de cada demanda, variando ainda de um ramo para outro do Judiciário, é extenso e no sistema atual implica na disponibilidade de recursos financeiros, muitas vezes elevados, reduzindo o grau de acessibilidade à justiça em relação à camada mais pobre da população.

### 8.3.2 Insuficiência Econômica

A insuficiência econômica da maior parte da população restringe seu acesso aos órgãos jurisdicionais, o que ocorre não apenas para o ingresso em juízo, mas especialmente durante o desenvolvimento dos atos do procedimento, desestimulando-a a buscar remédio para os problemas jurídicos que a aflige, porém, esta dificuldade de ordem econômico-financeira não atinge apenas os potenciais litigantes, contaminando também a eficiência da atuação dos próprios órgãos jurisdicionais, em face da notória insuficiência das dotações orçamentárias, comprometendo seriamente a eficácia de seus julgamentos.

Conforme Câmara (2002, p. 3):

O primeiro obstáculo, sem sombra de dúvidas, é de natureza econômica. De nada adianta afirmar-se que todos são sujeitos de direitos se não se criam as condições necessárias para que todos possam ver seus direitos atuados concretamente pelo Judiciário. O fato de o serviço judiciário ser pago sempre foi um obstáculo a que as camadas mais carentes da sociedade tivessem negado o acesso à tutela jurisdicional.

Sem dúvida, a falta de condições econômicas da maior parte da população brasileira, não apenas para o ingresso em juízo, mas iniciando-se com a insuficiência de recursos financeiros para a contratação de advogado, constitui um dos maiores entraves ao acesso à justiça, justificando a elaboração e a divulgação de artigos doutrinários pregando o completo cumprimento da Constituição no que concerne à instituição de serviços de assistência judiciária integral e gratuitos, visando atender às camadas mais pobres da sociedade brasileira, o que se dará através da criação e estruturação dos núcleos da Defensoria

Pública em todas as comarcas do território nacional, para atuação em todos os ramos do Judiciário e graus de jurisdição.

### **8.3.2.1 Quanto aos litigantes**

Reconhecidamente, a população pobre é a que mais sofre quando se torna necessária uma demanda como única opção que lhe resta para fazer valer seus direitos, lesados ou ameaçados de lesão, quadro este que mais se agrava quando se trata de litigar contra grandes empresas e conglomerados financeiros, hipótese muito freqüente no âmbito do direito do consumidor e do direito do trabalho.

A escassez de recursos financeiros é um dos grandes problemas que limitam o acesso à justiça, merecendo a atenção e a preocupação das autoridades públicas, independentemente do Poder aos quais estejam vinculadas, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário. Igualmente, quanto às organizações da sociedade civil que almejam a construção de uma sociedade que respeite os direitos humanos e se comporte de modo a torná-los efetivos.

É verdadeira a assertiva, todavia, de que a melhoria das condições econômicas da população independe apenas de reformas no sistema judiciário, como forma de melhorar o acesso a este, mas passa pela implantação de políticas públicas efetivas, pela mais justa distribuição de renda, pela redução da concentração de riquezas, pelo crescimento econômico, pelo planejamento racional das atividades públicas, enfim, por um número quase

sem fim de condutas afetas aos três níveis de poder, no âmbito federal, estadual e municipal. Nem por isso é admissível que num País como o Brasil, em que a maior parte da população é carente, fique esta excluída, à margem da justiça, que se converteria em privilégio de poucos afortunados.

Esta omissão estatal não se coaduna com o estado de direito, que atribui igualdade de tratamento a todas as pessoas, significando isso que os pobres devem ter as mesmas oportunidades que os ricos para ingressarem em juízo postulando tutela jurisdicional aos seus direitos, o que importa em reconhecer a necessidade de adoção de medidas que garantam a igualdade material, real, e não apenas formal, de todos os indivíduos, independentemente de sua condição social e de sua capacidade econômico-financeira.

Lara (2002, p. 89) informa que uma pesquisa da Fundação Getúlio Vargas apurou que na região metropolitana do Rio de Janeiro 20% da população não sabem o nome do Presidente da República e 35% não sabem quem são o Governador do Estado e o Prefeito eleito, e na mesma pesquisa, 75% dos entrevistados nunca estiveram em uma repartição pública, 61% não discutiam sobre problemas do seu bairro e apenas 1,1% já havia procurado solução de problemas junto a algum político. Não obstante, mais de 90% tinham certidão de nascimento, carteira de identidade e título de eleitor, ou seja, à vista dos critérios empregados pela lei, quase todas estas pessoas são classificadas como cidadãos. O autor conclui que esses índices autorizam concluir que é muito baixo o grau de conscientização da população em geral em relação aos direitos mais complexos, de assento constitucional, como o acesso à justiça. Lembra que o Brasil, apesar de certos avanços na solução de problemas sociais, tem uma das piores distribuições de renda do planeta, em que os 10% mais ricos têm 50% de toda a renda nacional, ganhando em torno de noventa vezes mais que os 10% mais pobres. Embora o índice de analfabetismo venha caindo, isso não significa que a população tem sido educada

com qualidade, a ponto de ser formada por pessoas que ostentam uma condição crítica e consciente de seus direitos e deveres. Prossegue, aduzindo que a dificuldade de acesso à justiça somente é sentida pelas pessoas que lidam com o problema de alguma forma, pois, não é a mesma coisa que faltar comida no prato, não ter vaga na escola ou médico no posto de saúde, problemas mais prementes, que são sentidos com maior frequência, por um número maior de pessoas, além de despertar maior atenção da mídia, e depois de dar alguns exemplos, completa:

Todas essas questões que atingem a população carente são conhecidas pela mídia e já conquistaram a solidariedade dos formadores de opinião. Em função disso, inúmeras ações são iniciadas todos os dias, buscando garantir os direitos básicos do cidadão. Mas a falta de acesso à justiça costuma ser sofrida em silêncio, no anonimato. É o infrator que, por falta de defensor mais hábil, empenhado e com tempo para dedicar-se à sua causa, permanece esquecido nos presídios; é a vítima de preconceito que tenta esquecer e calar a humilhação, pois nem sabe que foi vítima de um crime constitucionalmente previsto. É a mulher que, por não ser casada legalmente, inacreditavelmente desconhece ter direito à pensão alimentícia. É, enfim, a contínua vitória do mais rico sobre o mais pobre, que se arrasta desde sempre. Embora esquecido, não pode ser considerado de menor importância um problema que resulta na negação do princípio fundamental da igualdade entre todas as pessoas (LARA, 2002, p. 91-92).

Sob outro ângulo, os indicadores sociais bem demonstram a carência da população brasileira quanto à satisfação de suas necessidades básicas, comprometendo o nível de informação que recebem da mídia sobre a existência de direitos e deveres e sobre a possibilidade de se obter a tutela jurisdicional aos direitos quando lesados ou sob ameaça, bem como, quanto aos meios a serem empregados para alcançar este escopo, pois que os veículos de comunicação mostram-se mais preocupados com a divulgação de notícias, matérias e reportagens tratando de outros assuntos importantes e percebidos com maior

intensidade pela população, ou seja, o grau de conscientização sobre o acesso à justiça é reduzido, quando se está diante de pessoas que têm necessidades mais urgentes para serem atendidas, associadas à sua própria sobrevivência, ainda que mediante condições indignas.

Para se der uma idéia, conforme reportagem do jornal O Estado de São Paulo, edição de 11 de julho de 2001, citada por Brüggemann (2005, p. 48-50), a Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD), realizada entre 1996 e 1999, mais informações obtidas pelo Censo de 2001, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, formam o diagnóstico do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas, indicando, ainda, o *ranking* do Brasil no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 2001, nos seguintes termos:

O Brasil tem 49,6% milhões de pessoas vivendo na miséria. Sendo que cerca de 45% delas têm menos de 15 anos (*sic*). São considerados indigentes porque têm renda mensal inferior a R\$ 79,00 por mês – mínimo necessário para o consumo de uma cesta básica, conforme parâmetros da Organização Mundial de Saúde. A miséria dessas pessoas representa 29,3% da população brasileira. A redução da renda *per capita* em 1999 prejudicando a classificação do Brasil, onde aparece na 69ª posição entre 162 países. Calculado para medir a qualidade de vida da população, o IDH leva em conta taxas de alfabetização, matrícula, longevidade e renda. [...] O País continuou disputando a liderança mundial em concentração de renda, em níveis semelhantes ao da África do Sul do pós-*apartheid*, de Honduras e da Bolívia. A proporção de brasileiros vivendo abaixo da linha da pobreza (com menos de 1 dólar por dia) subiu de 5,1% para 9% entre 98 e 99. O relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) revelou que mais de um quinto (22%) da população sobrevivia com menos de dois dólares por dia (BRÜGGEMANN, 2005, p. 49).

Portanto, no Brasil, não há como deixar de reconhecer que a pobreza e a miséria constituem fatores de exclusão social, alcançando a impossibilidade de uma expressiva quantidade de pessoas de acesso aos direitos básicos, a uma ordem jurídica justa, e

com maior razão, enfraquecendo o acesso à justiça, como forma de exercer, restaurar ou manter direitos. Relevante lembrar, mais uma vez, que o Estado assumiu para si o monopólio da justiça, sendo seu dever, por força da própria Constituição, prestar jurisdição a todos que dela necessitarem, assegurando aos mais pobres os meios e os instrumentos para que tal se torne realidade, com a instituição de mecanismos de assistência judiciária ampla e a implantação de defensorias públicas, que possam funcionar com a mesma eficácia que nos demais casos em que os litigantes têm condição econômica para fazer frente às despesas do litígio.

Há que ser lembrado, por derradeiro, que não se pode pensar em criar duas dimensões de acesso à justiça, com distinção entre elas quanto a eficácia e a eficiência da tutela jurisdicional, como ocorre atualmente, na maioria dos casos, em que as demandas dos mais afortunados – que podem pagar todas as despesas processuais - tramitam com maior celeridade, ao passo que aquelas dos menos favorecidos, beneficiários da assistência judiciária gratuita, assistidos por advogados dativos ou por defensores públicos não tem igual tratamento, sendo mais morosas.

### **8.3.2.2 Quanto ao Poder Judiciário**

A falta de recursos financeiros, sua insuficiência, além de ser um problema afeto à população mais pobre, também atinge os próprios órgãos jurisdicionais, pois que não obstante a autonomia financeira dos tribunais, que têm liberdade para elaborarem seus próprios orçamentos, assegurada pela Constituição (CAHALI, 2004, p. 79), não elimina certa

dependência política em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, que na prática ainda existe, repercutindo negativamente na sua atuação administrativa e jurisdicional, comprometendo a eficiência de todo o sistema, em prejuízo dos seus usuários.<sup>53</sup>

O § 1º do artigo 99, da Constituição (CAHALI, 2003, p. 79), reza que “os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias”.

A exigência de consenso entre os três Poderes retira de certo modo parte da autonomia financeira dos tribunais, pois que sabidamente os Poderes Executivo e Legislativo não têm demonstrado sensibilidade e nem grande interesse em atender às reivindicações do Poder Judiciário para uma melhor administração da justiça, talvez porque os recursos destinados a este não retornam aos cofres públicos e nem resultam em dividendos políticos aos detentores do poder de plantão.

Não há por parte do Executivo e do Legislativo uma preocupação concreta em investir em atividade que somente consome recursos públicos, sem que esses retornem de algum modo aos cofres públicos, mas sendo considerados meramente despesas que não são do interesse direto dos demais Poderes constituídos.

A Justiça Federal e a Justiça do Trabalho, integrantes do Poder Judiciário da União, talvez constituam exceções, em comparação com a Justiça Comum Estadual, já que são dotadas de razoável estrutura e aparelhamento, no que se refere à quantidade de unidades judiciárias, servidores e magistrados; a distribuição de suas unidades pelo território nacional; o número de tribunais regionais; o grau de informatização; e as verbas orçamentárias que lhes

---

<sup>53</sup> Artigo 99, da Constituição da República: “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”.

são destinadas, alcançando níveis mais que satisfatórios em muitas regiões e localidades do País, no sentido de estarem estruturadas para uma prestação jurisdicional de qualidade à população, havendo, porém, um fato que talvez explique a atenção dada pelo poder público às mesmas, qual seja, as arrecadações de contribuições sociais e imposto de renda, devidos ao Instituto Nacional do Seguro Social e à própria União Federal, que promovem em sua atividade.

Na Justiça do Trabalho, por exemplo, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, fixou-lhe competência, no artigo 114, § 3º, da Constituição, para execução de ofício das contribuições sociais derivadas de suas sentenças, incluindo as homologatórias de conciliação. A execução do imposto de renda incidente sobre pagamento de quantias em cumprimento de sentença trabalhista, é do mesmo modo de competência da Justiça do Trabalho, por determinação da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, o que tem aumentado sensivelmente a arrecadação desse imposto para a União Federal.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, deu nova redação ao artigo 114, da Constituição, reiterando em seu inciso VIII, a competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício as contribuições sociais e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. Além disso, ampliou sua competência para todas as causas em que há relação de trabalho, independentemente de haver ou não relação de emprego (trabalho subordinado), e para demandas versando pedido de reparação por dano moral e material decorrente da relação de trabalho, incluindo as que têm origem em acidente de trabalho.

Essas demandas, que antes eram de competência da Justiça Comum, são potenciais geradoras de contribuições sociais e de imposto de renda, cuja arrecadação é

realizada de ofício pela Justiça do Trabalho, muitas vezes de forma mais simples, célere e econômica que pelas vias ordinárias (execução promovida contra o devedor pela Fazenda Pública nas Varas Federais).

A competência da Justiça do Trabalho não apenas foi substancialmente ampliada pela EC 45/2004, como, em 21 de novembro de 2003, através da Lei nº 10.770, foram criadas nas 24 regiões de que se compõe, ou seja, em todo o território nacional, novas varas do trabalho, num total de 269 unidades judiciárias de primeiro grau, sendo 25 somente na 9ª Região, correspondente ao Estado do Paraná.

Os fatores ora mencionados levam a crer que um dos argumentos que sensibilizou o legislador e o próprio Poder Executivo, reside na expectativa de aumento de arrecadação de contribuições sociais e de imposto de renda, e não exatamente pela preocupação exclusiva com a melhoria do acesso da população à Justiça do Trabalho.

Fato notório, demonstrado pelo noticiário quotidiano, que os representantes políticos brasileiros, que periodicamente concorrem a cargos eletivos, por isso dependem dos votos dos eleitores, resistem à idéia de se fazer investimentos em áreas que, embora fundamentais para o interesse público, não geram dividendos políticos, porque não aparecem com tanto brilho aos olhos da opinião pública e da mídia, como se dá com a construção de uma estrada ou de uma ponte, por exemplo. Os que têm o poder de manipular o dinheiro público, fazendo as destinações de verbas públicas que entendem convenientes, preferem aplicá-lo em publicidade, construção de obras vistosas, enfim, de empregá-lo para assegurar de algum modo, junto aos eleitores, a lembrança de determinado partido político ou de alguns dos seus mais conhecidos integrantes, sempre visando à próxima eleição.

Esse fenômeno ocorre, também, com a destinação de verbas para o Poder Judiciário, ainda que haja exceções, conforme apontado em relação à Justiça do Trabalho e à Justiça Federal, sendo freqüentes os relatórios de pesquisas e colheita de dados encomendados pelo Poder Executivo aos institutos de pesquisas, a órgãos internos do Governo Federal e até a organismos internacionais<sup>54</sup>, para justificar uma sucessão de críticas, com informações muitas vezes distorcidas, perante a opinião pública, tentando mostrar que o Poder Judiciário no Brasil é um dos mais ineficientes, morosos e caros do planeta, mas sem assumir o Executivo sua parcela de responsabilidade nessa realidade revelada à população, como se apenas a própria instituição, sem embargo de serem parcialmente verdadeiras as informações obtidas e divulgadas, fosse culpada por esse cenário de ineficiência. Muitas medidas de melhoramento do desempenho do Judiciário dependem de ações que precisam ser praticadas justamente pelo Executivo e pelo Legislativo. Se de um lado é certo que os tribunais, como regra, não têm demonstrado capacidade de gerenciamento e aplicação de recursos públicos, de outro lado, as dotações orçamentárias afetas ao Judiciário têm se mostrado insuficientes em relação a muitas regiões do País.

Nesse contexto, é preciso pôr o dedo na ferida, reconhecendo que, pelo menos em sua imensa maioria, são frágeis, ineficientes e irracionais os sistemas de administração de recursos destinados aos órgãos do Poder Judiciário, que se mostram obsoletos e anacrônicos, sem demonstração de capacidade de aplicação de técnicas eficazes de gerenciamento administrativo-financeiro. Isso ocorre, em grande parte, porque os dirigentes dos tribunais, conquanto preparados para a função jurisdicional, não foram preparados para a função administrativa, na qual se revelam, via de regra, um desastre, justificando parcialmente as críticas que a todo instante estão estampadas pelos meios de

---

<sup>54</sup> Relatórios e dados estatísticos. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>> e em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 17 fev. 2006.

comunicação. A recente criação do Conselho Nacional de Justiça tende a modificar esse quadro de quase fracasso dos sistemas vigentes de gerenciamento de recursos na maioria dos tribunais pátrios.

Alguns exemplos mais comuns são fornecidos pelo emprego de recursos na construção de prédios portentosos em comarcas de pequeno movimento judiciário ou de edifícios suntuosos, muito além da necessidade da prestação jurisdicional, consumindo alguns milhões de reais em sua construção e mobília. Acresça-se a esse cenário os casos de superfaturamento dos preços das obras e o desvio de verbas públicas, em uma palavra: corrupção, como recentemente se deu com a construção do prédio que abrigaria o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, com forte participação de seu Presidente.

Cichocki Neto (2004, p. 114), assim se manifesta sobre essa parte do problema:

No que concerne à administração do pessoal, a situação não se inverte. O despreparo profissional dos serventuários, agravado pelo emprego de métodos obsoletos e irracionais na prestação dos serviços, quase sempre, altamente burocratizados, o arraigado nepotismo reinante em alguns Tribunais dos Estados da Federação, a não oficialização dos serviços judiciais e extrajudiciais, são outros tantos fatores que obstruem a distribuição da justiça. A estrutura criada para ser a ‘longa manus’ do órgão de jurisdição constitui entrave ao desempenho de sua função. É certo, porém, que os recursos destinados ao Judiciário impedem a criação de maior quantidade de órgãos de jurisdição; circunstância que implica na sobrecarga de serviços, daqueles existentes e, na conseqüente, redução de sua qualidade.

O autor sob comento relaciona propostas que, sob sua ótica, poderiam reduzir os problemas do sistema e melhorar o acesso da população ao Judiciário, que, numa interpretação livre, assim podem ser resumidas: a) informatização dos serviços judiciais e

extrajudiciais; b) oficialização dos cartórios e preenchimento dos cargos mediante concurso público, com avaliação da eficiência do candidato; c) estatísticas de apuração dos custos das atividades jurisdicional, para subsidiar indicativos de reformas; d) reestruturação dos quadros de servidores, com a fixação de remuneração compatível com a relevância de cada função para a atividade jurisdicional; e) maior rigor na fiscalização dos serviços jurisdicionais; f) designação de juizes para auxiliarem nas comarcas com excesso de serviços; g) aprimoramento profissional de juizes e servidores através de cursos de aperfeiçoamento regionalizados; h) cursos de administração financeira para dirigentes de tribunais, visando aplicação de técnicas modernas e eficientes de gerenciamento de recursos financeiros; i) consulta popular sobre as suas prioridades em relação aos serviços judiciários; j) maior número de reuniões entre os juizes e os dirigentes dos tribunais, com sua maior aproximação, visando melhorar a administração da justiça; k) expansão dos Juizados Especiais para todas as comarcas; e m) adoção de boletins estatísticos sobre a produtividade dos juizes, objetivando identificação dos pontos de estrangulamento, para a adoção de providências que possam resultar em aprimoramento da prestação jurisdicional (CICHOCKI NETO, 2004, p. 114-115).

### **8.3.3 Relação entre Custo e Benefício do Processo**

Quase nenhum estudo é encontrado na literatura especializada, mormente no Brasil, acerca do aspecto financeiro da demanda jurisdicional, estabelecendo uma relação entre os custos da mesma e o possível resultado útil que poderá ser obtido através da atividade jurisdicional, seja para reconhecer razão ao autor, seja para reconhecê-la ao réu. No Brasil, no âmbito civil, tratando-se de causas de menor complexidade e dependendo da natureza do

litígio, entre elas aquelas de valores até 40 vezes o salário mínimo (artigo 3º, inciso I, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995) e execução de título extrajudicial até o mesmo valor (idem, § 1º, inciso II), foram criados os Juizados Especiais Cíveis, e igualmente, para as infrações penais de menor potencial ofensivo<sup>55</sup>, os Juizados Especiais Criminais (idem, artigo 60 e seguintes).

Mais recentemente, em 12 de julho de 2001, foi promulgada a Lei nº 10.259<sup>56</sup>, criando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Federal, cujos dispositivos que cuidam do estabelecimento da competência em matéria não criminal, têm a seguinte redação:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - Referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição da República, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal; IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares. § 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, *caput*. § 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

---

<sup>55</sup> Lei nº 9.099, de 26.09.1995, artigo 61: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial". Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

<sup>56</sup> Idem.

Nas causas que envolvem relação de trabalho, bem como outras matérias de competência da Justiça do Trabalho, conforme artigo 114, da Constituição da República, com a redação pela Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>57</sup>, as despesas processuais serão pagas pelo vencido na demanda, depois do trânsito em julgado da sentença, salvo no caso de recurso, quando deverão ser recolhidas no prazo para sua interposição, na forma preceituada pelo artigo 789, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, e quando o vencido for o trabalhador, fará jus aos benefícios da assistência judiciária gratuita a que alude a Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, mediante simples declaração de insuficiência econômica, que se presume verdadeira, admitindo prova em sentido inverso e, mesmo que não haja requerimento de concessão de referidos benefícios, tratando-se de trabalhador que receba até dois salários mínimos mensais e, com maior razão, se estiver desempregado, poderá o juiz de ofício conceder-lhe o “benefício da justiça gratuita”, conforme artigo 790, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pela Lei nº 10.537/2002 (CARRION, 2003, p. 575, 576 e 818-820).

O problema da proporção entre os custos da demanda e o resultado útil da prestação jurisdicional, portanto, quando é o caso de causas submetidas à competência dos Juizados Especiais Cíveis (Justiça Estadual e Justiça Federal) e da Justiça do Trabalho, parece estar resolvido da perspectiva do usuário do sistema judiciário, pois, essas causas, direta ou indiretamente, são custeadas pelo conjunto da população, uma vez que os orçamentos dos Estados da federação e da União Federal estipulam dotações e alocação de recursos públicos para fazer frente às despesas geradas pelos processos instauradas em mencionados órgãos jurisdicionais.

---

<sup>57</sup> Idem.

Quando se cuida, porém, de causas que não são de competência dos referidos órgãos jurisdicionais, seja em face da natureza do litígio, seja em razão do valor da causa, e nem se trata de beneficiário da assistência judiciária gratuita, nem sempre os custos processuais compensam o resultado útil a ser alcançado com a tutela jurisdicional, porque na maioria dos Estados da federação, como já foi dito alhures, os serviços que subsidiam a atividade jurisdicional são executados por particulares, titulares de cartórios privados, mediante permissão do poder público e, mesmo naquelas unidades da federação em que os valores das custas processuais são estabelecidos mediante leis, como ocorre no Estado do Paraná, os mesmos são elevados, dificultando o ingresso em juízo do sujeito que teve um direito lesado ou ameaçado, o que acaba atuando como fator de desestímulo e, quando isso ocorre, isto é, quando o direito ameaçado ou violado não é conservado ou reparado, respectivamente, ou quando um direito não é exercido por depender da intervenção judicial, que não houve, por não ter o interessado exercido a faculdade de provocar o Judiciário, não se pode falar que a ordem jurídica, cujo respeito e preservação são desejados pela Constituição e pelo próprio sistema de tutela de direitos e interesses, foi realizada concretamente. Nesses casos, não se fez justiça. O litígio não foi resolvido. O direito substancial não foi exercido.

O mesmo se diga quando o direito é garantido e o litígio é solucionado, através da atividade jurisdicional, mas as despesas com a movimentação da máquina judiciária foram demasiadas. Outras vezes, justamente por este elevado custo, a depender do grau de dificuldade para o sucesso da demanda, em razão da dificuldade de se obter os meios de provas necessários, ou quando a matéria a ser discutida é objeto de divergências nos tribunais, aquele que tem razão não se sente incentivado e disposto a correr os riscos que estão envolvidos nessa empreitada.

São apropriadas as palavras de Cichocki Neto (2004, p. 169), a propósito

do tema:

Se [...] o processo não pode ser considerado, também, como 'investimento' financeiro da parte, também é certo que a reputação da justiça é consideravelmente diminuída, quando os custos do processo suplantam os benefícios, dele, aguardados. Os benefícios, aqui referidos, não são aqueles meramente econômico-financeiros; mas todos aqueles propiciados pela tutela jurisdicional que a ordem jurídica previu e dispôs. A diminuição desses benefícios, que o processo deve propiciar às partes e à jurisdição, reduzem sua efetividade e, conseqüentemente, o acesso à justiça dos cidadãos. Quanto mais o processo se revelar como instrumento de realização dos direitos substanciais, com justiça, maiores os benefícios ao cidadão e mais eficiente o sistema de pacificação social, através da jurisdição.

Realmente, as vantagens reconhecidas pelo ordenamento ao litigante que tem razão, a quem a tutela jurisdicional deve ser prestada, sejam econômico-financeiras, ou de outra natureza, não podem ser menores que as despesas com o litígio, ou se colocar numa relação desproporcional a estas. Não sendo respeitado este critério de proporcionalidade o sistema certamente pode ser qualificado de ineficiente, necessitando de correção, porque não está cumprindo a contento seu papel de pacificação social e de realização concreta do direito substancial.

## **8.4 Obstáculos Relacionados com a Prestação Jurisdicional**

Várias são as limitações do acesso à justiça que dizem respeito mais de perto à própria prestação jurisdicional, considerando-se fatores como a eficiência do sistema de assistência judiciária aos necessitados, a não instalação das defensorias públicas em alguns Estados da federação, em afronta à expressa previsão constitucional, a própria postura do julgador em relação ao ordenamento jurídico positivo na interpretação e aplicação das suas normas, a inadequação do processo clássico à tutela dos interesses transindividuais, a habilidade dos interessados no manejo do processo, as técnicas processuais postas à disposição da atividade jurisdicional para a melhor solução dos litígios, a questão da morosidade processual, da eficácia das decisões jurisdicionais, enfim, um sem-número de setores que apresentam deficiências e falhas, contribuindo para que o acesso à justiça não seja ainda satisfatório, como será desenvolvido na seqüência, sem a pretensão de esgotar a matéria, mas apenas apontando seus aspectos mais relevantes e evidentes.

### **8.4.1 Assistência Judiciária Gratuita**

A pobreza tem tornado dramática a experiência de acesso à justiça pelos menos favorecidos, em praticamente todos os países. Não se pode olvidar, mais uma vez, dos efeitos maléficos do fenômeno da globalização da economia, em relação aos quais ainda não se tem encontrado soluções práticas, viáveis, que possam corrigi-los, quase tudo, até hoje, se

restringindo aos meros discursos inflamados contra ao que se chama de neoliberalismo. Muito pouco se tem visto acerca de sugestões para soluções que sejam política e economicamente suscetíveis de implantação para o aperfeiçoamento do sistema econômico mundial, propiciando a inclusão de um número maior de países em desenvolvimento, mesmo que através de um processo lento, compartilhando com suas populações os benefícios de um crescimento econômico capaz de gerar recursos e condições para o atendimento das necessidades materiais vitais das pessoas, como alimentação, saúde, educação, segurança, moradia e previdência social.

Para Ramos (2000, p. 35):

O capitalismo globalizado, ao que tudo indica, apresenta-se no cenário internacional como uma realidade irretrocedível e, sem embargo das vantagens proporcionadas no que tange à expedita circulação de riquezas, bem como à possibilidade jamais vista de facilidade de acesso a bens de consumo, aquilo que num primeiro momento deveria redundar na melhora da qualidade de vida das pessoas acabou por se transformar num fator de estímulo ao mundo da desigualdade. Em miúdos: a lógica da economia global está arrastando um enorme contingente de pessoas à exclusão, uma vez que o rico está ficando cada vez mais rico, e o pobre – ao contrário do que deveria acontecer – está ficando cada vez mais pobre, e o resultado disso não poderia ser outro senão o agigantamento alarmante dos índices de pobreza [...] Portanto, de nada adiantam os fenômenos positivos da economia globalizada se a maioria das pessoas vive sob o umbral da exclusão, exatamente pela total falta de recursos que viabilizem o acesso ao bem-estar, social e jurídico.

Mesquita (2002, p. 30-32) presta informações relevantes para a compreensão da dimensão dos reflexos negativos desse fenômeno não só quanto às populações dos países mais pobres, mas também quanto ao próprio desenvolvimento econômico da maioria das nações, entendendo que a globalização sem controle é causa de terríveis divisões, pois, “há os excluídos, quase três quartos dos Estados, buscando condições

mínimas de sobrevivência, e apenas a quarta parte de Estados globalizados, que aspiram a padrões de consumo do primeiro mundo”. A cidadania internacional, segundo sua visão do problema, deve ser o caminho para o combate dos males da globalização econômica desordenada, mas pondera que nem todos os problemas serão solucionados desse modo, em face de peculiaridades em determinadas áreas que obstam a evolução dos direitos humanos em busca da dignidade a que se quer atribuir à pessoa humana.

No Brasil os meios de redução dos óbices econômicos não produzem resultados satisfatórios (assistência judiciária, defensoria pública e assistência jurídica gratuita por organismos públicos e privados à população carente). O Estado não tem cumprido de modo suficiente o dever insculpido no artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, no sentido de prestar assistência jurídica e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos. Os mais pobres não contam com assistência pelos profissionais melhor qualificados. Os serviços oferecidos à população pelos Cursos de Direito das Universidades públicas são prestados por estagiários, supervisionados por professores, possuindo uma sobrecarga de trabalho.

As pessoas mais carentes de recursos financeiros não podem escolher o profissional de sua preferência, mas tem que se contentar com aquele que consegue obter para auxiliá-lo. Mesmo quando há concessão dos benefícios da assistência judiciária, existem despesas relativas a atos processuais inadiáveis, não praticados por órgãos públicos, mas por particulares, que não se dispõem a arcar com os custos das diligências, sem a garantia de que irão receber pelos serviços prestados. Ex.: perícias; diligências de oficiais de justiça nas localidades em que os serviços são realizados por particulares, e não por servidores públicos admitidos pelo Estado, como se dá na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal; despesas com intimações de testemunhas que residem em locais distantes da sede do júízo, com

deslocamento do perito para a vistoria ou para interrogatório em audiência e com remoção, guarda, conservação ou depósito de bens litigiosos etc.

A assistência judiciária integral é, ainda, um mito, pois que os particulares que auxiliam a justiça, como serventuários de cartórios privados, oficiais de justiça não servidores públicos e peritos, somente para ficar com três exemplos, não raro, atuam com má-vontade, de forma negligente, em face da gratuidade dos serviços que devem prestar por força de obrigação legal. O mesmo ocorre em muitos casos também com o patrocínio por advogados dativos, indicados ou não pela Ordem dos Advogados do Brasil, que não se esforçam tanto quanto poderiam para prestar um serviço técnico qualificado e eficiente.

O quadro de pobreza generalizado da população é desanimador, quando se pensa em acesso à justiça e se percebe que a grande maioria não possui sequer acesso aos bens básicos de que necessita para viver com dignidade, que dirá meios e formas de exigir o cumprimento do direito. Não bastasse a pobreza a dificultar o gozo dessa garantia constitucional, falta, ainda, vontade política dos governantes para a instituição de mecanismos eficazes de pleno acesso à justiça (RAMOS, 2000, p. 33 e 37).

A assistência jurídica integral e gratuita não é favor que o Estado deve prestar aos pobres, mas dever que lhe é imposto pelo artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, portanto, direito constitucionalmente assegurado a todos aqueles que não tenham recursos financeiros para fazer frente às despesas da demanda, judiciais e extrajudiciais.

Sobre o que deve ser entendido por assistência jurídica gratuita, leciona Campo (2002, p. 54-56) tratar-se de:

[...] Auxílio que o Estado oferece – agora obrigatoriamente – aos que se encontram desprovidos de recursos financeiros, dispensando os mesmos do pagamento das custas e das despesas judiciais e extrajudiciais, bem como dos honorários advocatícios de seu patrono e/ou consultor jurídico, quer este tenha atuado em juízo ou não, isto é, judicial ou extrajudicialmente, ficando assim suspensa a exigibilidade do ônus da sucumbência, quando tenha perdido a demanda o favorecido, até que cesse o seu estado de necessitado e enquanto a prescrição não se operar (arts. 11, § 2º, 12 e 13 da Lei da Assistência Judiciária Gratuita). [...] Tem assim por escopo o benefício da assistência jurídica brasileira a aplicação plena do princípio da igualdade, tratando de modo idêntico aqueles que estão em desconformidade econômica, como resposta aos que entendem que a sociedade não deve nenhum socorro aos seus membros. [...] enquanto a assistência jurídica é o gênero do instituto, a assistência judiciária é a espécie, pois é parte daquela, já que a primeira compreende também consultoria pré-judiciária e extrajudicial.

Sadek (2001, p. 7-8) adverte que a ineficiência do sistema judiciário brasileiro, o que passa pela insuficiência de um serviço de assistência judiciária gratuita, compromete a consolidação do Estado de direito e a convivência democrática e civilizada. Sustenta que não obstante ser o Brasil um Estado democrático de direito, por força do que afirma a Constituição da República, não basta haver meras garantias formais, consistentes em liberdades e direitos individuais e coletivos. Sabidamente, direitos básicos ainda não são respeitados, tanto por organismos estatais, como por particulares. Afirma que o nível de conscientização da população sobre seus direitos e sobre os canais disponíveis para a solução dos litígios ainda é insatisfatório, sendo esclarecedores dados apurados e divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, revelando que “apenas 30% das pessoas envolvidas em conflitos procuram a justiça estatal, por inúmeras razões, desde a ‘descrença na lei e nas instituições judiciais até a banalização da violência’”. Acredita a autora que sem mecanismos que garantam o cumprimento dos direitos os mesmos são letra morta e que há um papel fundamental reservado ao Poder Judiciário, cabendo a ele “aplicar a lei e, conseqüentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos”. Aduz, por

derradeiro, que em razão das deficiências das instituições judiciárias, “tem sido crescente o número de conflitos que passam a ter solução fora do império da lei, ameaçando tanto a consolidação do Estado de Direito quanto a convivência democrática e civilizada”.

Com efeito, a assistência jurídica integral e gratuita, a par de ser importante garantia constitucional, deve ser implantada em todo o território nacional, em quantidade suficiente para atender a população carente de recursos financeiros, como meio essencial de acesso à justiça, para fazer valer os demais direitos assegurados pela ordem jurídica, em consonância com o Estado de direito, proclamado pela Constituição. A omissão do poder público nessa área, aliada ao estado generalizado de pobreza e ao grave quadro social que se apresenta no Brasil podem enfraquecer a consolidação da democracia e a paz social tão desejada.

#### **8.4.2 Defensoria Pública**

O artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, dispõe que “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O artigo 21, inciso XIII, do referido texto constitucional, atribui à União Federal competência para “Organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios”. No mesmo sentido, dispõe quanto à competência para legislar, prevista no artigo 22, inciso XVII. Ainda, regula a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar a respeito de defensoria pública e assistência jurídica, no artigo 24, inciso XIII. Finalmente, quiçá a mais importante

das disposições constitucionais a respeito das defensorias públicas, quanto à sua essencialidade e organização, no *caput* e parágrafo único, do artigo 134, da Constituição, assim:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Parágrafo único: “Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”<sup>58</sup>

A Lei Complementar a que alude o parágrafo único, do artigo 134, da Constituição, foi editada em 12 de janeiro de 1994, sob o nº 80<sup>59</sup>, cuja ementa diz: “Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências”. A Constituição da República completou 16 anos em 05 de outubro de 2004 e recebeu quarenta e cinco emendas até dezembro de 2004, e apesar desse longo período, a Defensoria Pública ainda não foi instalada em todos os Estados da federação, não obstante qualificada pelo texto constitucional como instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

---

<sup>58</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2004, deu nova redação aos dispositivos citados, acrescentando mais um parágrafo, assim ficando: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV). § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

<sup>59</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

Nos Estados onde foram instaladas funcionam precariamente, com número insuficiente de defensores públicos, abrangendo pouco mais de um terço das comarcas, algumas delas com atuação restrita às capitais. Faltam também servidores, estrutura física (móvel, computadores, impressoras, prédios adequados etc.) e dotações orçamentárias suficientes para atendimento apropriado dos usuários pobres do sistema judiciário. A propósito, observe-se o relato de Robert e Séguin (2000, p. 172):

A pobreza de alguns órgãos da Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro é franciscana, às vezes dispendo de uma única máquina, quebrada, para atender ao Defensor e seus Estagiários. Faltam até mesas e cadeiras para que os que estão trabalhando e para os que buscam assistência tenham o conforto que a dignidade impõe à nobre missão que está sendo cumprida.

O Ministério da Justiça, visando obtenção de dados para subsidiar projetos de leis que têm por objeto a chamada Reforma do Judiciário e aparentando interesse em melhorar o acesso à justiça, divulgou em dezembro de 2004, relatório denominado “ESTUDO DIAGNÓSTICO”, com 132 páginas, apresentando informações a respeito da Defensoria Pública no Brasil, composto de quatro partes: apresentação, perfil da Defensoria Pública, perfil do Defensor Público e Anexos.<sup>60</sup>

No Anexo I do referido Relatório, em suas páginas 122 a 128, verifica-se a existência no Brasil, em dezembro de 2004, de 23 Defensorias Públicas Estaduais, todas elas nas capitais dos Estados da Federação, que ora são apontadas, na mesma ordem do referido Anexo I: Rio Branco-AC, Maceió-AL, Manaus-AM, Macapá-AP, Salvador-BA, Fortaleza-CE, Brasília-DF, Vitória-ES, São Luiz-MA, Cuiabá-MT, Campo Grande-MS, Belo Horizonte-MG, Belém-PA, Curitiba-PR, Recife-PE, João Pessoa-PB, Teresina-PI, Rio de

---

<sup>60</sup> Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

Janeiro-RJ, Porto Alegre-RS, Porto Velho-RO, Boa Vista-RR, Aracajú-SE e Palmas-TO, além da Defensoria Pública Geral da União, em Brasília-DF.

O Relatório indica a existência de Procuradoria de Assistência Judiciária em Natal-RN e São Paulo-SP, que teriam por função prestar a assistência judiciária integral e gratuita que, pela Constituição e pela Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, caberia à Defensoria Pública.

Portanto, não existe Defensoria Pública nos Estados de Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Norte e Goiás. Conforme dados do mencionado Relatório (p. 48-49), foram criados 5310 cargos de Defensores Públicos, havendo, porém, apenas 3154 na ativa, assim distribuídos (Tabela 10):

UNIDADES DA FEDERAÇÃO	DEFENSORES	POPULAÇÃO	PESSOAS-DEFENSOR
ACRE	34	330.671	9.726
ALAGOAS	40	1.925.176	48.129
MARANHÃO	28	1.697.142	60.612
AMAPÁ	60	271.979	4.533
BAHIA	102	9.058.128	88.805
CEARÁ	157	5.109.567	32.545
DIST. FED.	80	1.013.530	12.699
ESP. SANTO	93	1.895.115	20.378
MARANHÃO	24	3.908.892	162.871
MINAS GERAIS	425	11.170.452	26.283
M. G. DO SUL	135	1.259.287	9.328
M. GROSSO	60	1.482.014	24.700
PARÁ	199	3.913.556	19.666
PARAÍBA	340	2.430.395	7.148
PERNAMBUCO	230	5.411.950	23.530
PIAUI	24	2.020.103	84.171
RIO DE JANEIRO	698	7.792.574	11.164
RONDÔNIA	32	826.383	25.824
RORAIMA	27	178.376	6.607
R. G. DO SUL	257	5.738.219	22.328
SERGIPE	69	1.207.850	17.505
TOCANTINS	40	750.082	18.752

No Estado do Paraná, a Defensoria Pública foi criada pela Lei Complementar Estadual nº 55, de 04 de fevereiro de 1999<sup>61</sup>, possuindo Núcleo na Capital, para atendimento da população carente desta e da Região Metropolitana, sendo de se observar que a mesma não foi incluída no Relatório do Ministério da Justiça, ou em qualquer outro documento institucional, impossibilitando o conhecimento da quantidade de defensores

<sup>61</sup> Disponível em: <<http://www.pr.gov.br/dpp>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

públicos existentes e a população beneficiada, o que obsta a realização de cálculos relativos à proporção de pessoas atendidas em cotejo com o número de defensores públicos.

Conforme os artigos 16 e 17, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, a Defensoria Pública poderá atuar através de Núcleos dirigidos pelo Defensor Público-Chefe.

Com base nessas informações é possível concluir, como evidência mais fácil de ser percebida, que a população de algumas unidades da federação, levando em consideração a proporção estabelecida entre o número de defensores e de pessoas que residem nos respectivos territórios é mais bem atendida que em outras, que apresentam uma carência maior de defensores públicos. O Relatório menciona, ainda, que em todo o Brasil apenas 34,2% das comarcas contam com os serviços desse profissional e apenas em seis unidades da federação todas as comarcas são cobertas pelos serviços prestados pela Defensoria Pública: Roraima, Amapá, Alagoas, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Distrito Federal (f. 53 do Relatório). A relação entre o número total de defensores públicos e a população brasileira é de 1,86 defensor para cada 100.000 habitantes, ao passo que o número de magistrados (de primeiro e segundo grau de jurisdição) é de 7,7 para cada 100.000 habitantes.

A Defensoria Pública, em todos os Estados em que existe, não atende a população nas demandas que devem ser discutidas na Justiça do Trabalho, Justiça Militar e Justiça Federal. Em relação às duas últimas, bem como na Justiça Eleitoral, o atendimento é feito pela Defensoria Pública da União, que conta com apenas 96 defensores públicos (até dezembro de 2004), atuando de forma precária, como é afirmado no próprio Relatório (f. 70-

72), abrangendo apenas 35 subseções judiciárias do País, não obstante a previsão do artigo 14, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994<sup>62</sup>, nos seguintes termos:

Art. 14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União. § 1º A Defensoria Pública da União deverá firmar convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo graus de jurisdição referidos no *caput*, no desempenho das funções que lhe são cometidas por esta Lei Complementar. (*Parágrafo incluído pela LCP nº 98, de 3.12.1999*). § 2º Não havendo na unidade federada Defensoria Pública constituída nos moldes desta Lei Complementar, é autorizado o convênio com a entidade pública que desempenhar essa função, até que seja criado o órgão próprio. (*Parágrafo incluído pela LCP nº 98, de 3.12.1999*).

Conforme assentado na Lei Complementar nº 80/1994, além de informado no Relatório do Ministério da Justiça, antes mencionado, o atendimento das Defensorias Públicas Estaduais se limita às causas que tramitam na Justiça Estadual, e ainda assim, com restrições quanto aos Juizados Especiais (Cíveis e Criminais) e Varas de Execução Penal (Maranhão, Mato Grosso, Pará e Piauí).

Portanto, a depender dos serviços que devem ser prestados pelas Defensorias Públicas em todo o território nacional às pessoas necessitadas, considerando-se a sua insuficiência, o pleno acesso à justiça encontra-se seriamente comprometido.

Não obstante a insuficiência de núcleos da Defensoria Pública e de defensores públicos, há em doutrina e jurisprudência entendimento de que o artigo 4º, da Lei Complementar nº 80/1994 autoriza sua atuação na defesa de interesses difusos, coletivos e

---

<sup>62</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

individuais homogêneos, com legitimidade para propor ação civil pública, em algumas situações, como a defesa do consumidor.

Os incisos III e XI do referido artigo 4º, dispõem que são funções institucionais da Defensoria Pública patrocinar ação civil e patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado. Argumenta-se que o rol do artigo 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, quanto à legitimidade para sua propositura, é meramente exemplificativo, diante do que reza o artigo 82, inciso III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que confere legitimidade ativa para a propositura de demandas coletivas às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, e artigo 117, que acrescentou o artigo 21 à Lei 7.347/85, com o seguinte teor: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Além disso, o artigo 129, § 1º, da Constituição, enuncia que “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Queiroz (2005), com base nesses dispositivos, sustenta que:

A bem da verdade, em tema de interesses metaindividuais, o critério legitimante não decorre da titularidade do direito material requestado, mas sim da idoneidade do seu portador, razão pela qual a Lei Consumerista, acertadamente, outorgou legitimidade ativa para a propositura de ações civis públicas a entidades ou órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que detentores de mera personalidade judiciária. Assim sendo, nada obsta que a Defensoria Pública, órgão público essencial ao exercício da função jurisdicional, proponha ações civis públicas para defesa de interesses metaindividuais, sobretudo por se tratar de instituição imbuída da função estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita a todos aqueles, individual ou coletivamente considerados, disponham de poucos recursos financeiros.

Mazzilli (2004, p. 265-266) entende que os órgãos públicos, mesmo não dotados de personalidade jurídica, uma vez que se destinem à proteção de interesses transindividuais, podem propor a ação civil pública e outras demandas coletivas, para defesa do consumidor, do meio ambiente, de pessoas portadoras de deficiências e de pessoas idosas, dentre outras, mas não espontaneamente, dependendo sempre de autorização pela autoridade administrativa competente, específica ou genérica, face ao princípio da hierarquia.

Admitindo a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública, há, mesmo que escassamente, decisões dos tribunais pátrios, como a seguinte, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no agravo de instrumento nº 3274/96, proferida em 25 de fevereiro de 1997:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CRÉDITO EDUCATIVO.** Agravo de instrumento. Ação Civil Pública. Crédito Educativo. Legitimidade ativa da Defensoria, para propô-la. Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, pois, integrante da Administração Pública, tem a Assistência Judiciária legitimidade autônoma e concorrente, para propor ação civil pública, em prol de estudantes carentes, beneficiados pelo Programa do Crédito Educativo [...] (QUEIROZ, 2005).

Por derradeiro, há que se registrar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº PLS 131/2003, de autoria do Senador Sérgio Cabral, que propõe modificação no artigo 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, incluindo entre os legitimados para a ação civil pública, a Defensoria Pública. O projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em reunião realizada em 29 de junho de 2005,

sendo direcionado para votação pela Câmara dos Deputados, diante da não interposição de recurso pelos interessados.<sup>63</sup>

O artigo 127, da Constituição do Estado do Paraná, parece não deixar margem à dúvida, a respeito da legitimidade da Defensoria Pública para a defesa dos direitos e interesses não apenas individuais, mas também coletivos, ao dispor:

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa, em todas as instâncias, judicial e extrajudicial, dos direitos e dos interesses individuais e coletivos dos necessitados, na forma da lei.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, igualmente, em seu artigo 179, § 2º, inciso V, alínea “e”, inclui entre as funções institucionais da Defensoria Pública, patrocinar a “ação civil pública em favor das associações que incluam entre suas finalidades estatutárias a proteção ao meio ambiente e a de outros interesses difusos e coletivos”, sendo que em relação aos interesses coletivos, o Pleno do Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente liminar requerida em medida cautelar de suspensão de diversas expressões da Constituição Estadual, em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 558-8/600-1991), promovida pelo Procurador Geral da República, condicionando à comprovação da necessidade do interessado ao patrocínio da demanda coletiva pela Defensoria Pública.

---

<sup>63</sup> “Art. 1º. O *caput* do art. 5º, da Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público; II – o Presidente da República; III – a Mesa do Senado Federal; IV – a Mesa da Câmara dos Deputados; V – o Governador de Estado e do Distrito Federal; VI – a Mesa das Assembléias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais; VII – o Prefeito do Município; VIII – a Defensoria Pública; IX – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e sua seccionais; X – a autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista, federal, estadual e municipal; XI – a associação que concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da Lei Civil; b) inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio

Como regra geral, aplicável a todos os Estados, a possibilidade de a Defensoria Pública vir a ser incluída no rol das entidades legitimadas para a propositura da ação civil pública, de modo expresse, eliminando-se a discussão hoje existente, mostra-se bastante palpável, bastando que o plenário da Câmara dos Deputados aprove a proposta de alteração do artigo 5º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

#### **8.4.3 Interpretação e Aplicação do Direito**

Outro fator que sobressai no estudo dos óbices ao acesso à justiça, influenciando negativamente o propósito de tornar efetiva a garantia desse acesso, relacionado diretamente com a prestação jurisdicional, evidencia-se na interpretação e aplicação do direito pelos julgadores, conforme sua formação humanística e sócio-jurídica, alguns mais preocupados em priorizar a segurança e a certeza e outros voltando sua atenção e seus esforços à questão da justiça das decisões.

O tema para ser desenvolvido com a finalidade de análise de todos os seus aspectos relevantes excederia aos limites impostos pelos escopos desse trabalho, pois desbordaria do núcleo dessa pesquisa, alcançando outros setores da ciência processual, e até mesmo dimensões externas ao próprio processo, porém, para servir aos fins almejados, é suficiente restringir a pesquisa à dimensão do acesso à justiça, sem renunciar a uma explanação geral da matéria, necessária para o correto entendimento das idéias a serem lançadas e às suas repercussões.

Os métodos de interpretação do Direito, conforme a concepção do exegeta e os fins que pretende atingir com esta operação intelectual, podem gerar, pelo menos, dois extremos quanto à sua aplicação na solução dos litígios: uma interpretação onde predomine os valores da certeza e da segurança jurídica, com maior apego à literalidade do texto, com uma preocupação menor com as transformações pelas quais passou a sociedade, muitas vezes desprezando-se fatores históricos de mudanças na ordem social, política e econômica, como se as normas jurídicas valessem do mesmo modo em qualquer tempo; e, de outro lado, a depender do método eleito, uma maior liberdade conferida ao intérprete para tentar extrair da norma jurídica seu atual significado, conforme as circunstâncias histórico-sociais do momento de sua aplicação, e não do instante de sua elaboração, o que é mais perigoso, porque dá margem a um risco maior para o arbítrio e a invasão de esferas de competência dos outros Poderes, em particular o Legislativo. Esta última forma de conceber o direito e sua aplicação, admitindo uma interpretação que implique em sua atualização, guarda maior aproximação com a justiça das decisões, justificando o aparentemente interminável embate entre a segurança jurídica do ordenamento que deve ser refletido na sentença e a própria justiça da sentença, como valor a ser preservado, ainda que a certeza e a segurança sejam sacrificados.

No plano do acesso à justiça, essas questões dizem respeito, no mais das vezes, aos limites da liberdade do juiz na interpretação e aplicação do direito em sua atividade jurisdicional, produzindo decisões revestidas de um grau mais elevado de certeza e segurança jurídica, no sentido de simplesmente aplicar a lei, sem maiores indagações, gerando decisões previsíveis, que se conformam com o texto legal, ou então, pode ir mais além, ser mais ousado e ter outra percepção de sua atividade, para tentar produzir decisões reveladoras de um grau maior de justiça, assim entendidas aquelas sentenças que levam em consideração as circunstâncias presentes na época da ocorrência dos fatos do litígio, por ocasião do

juízo da demanda, dando uma nova roupagem, um novo alcance e significado à norma jurídica.

Esta última postura, por evidente, torna menos previsível, ou até mesmo imprevisível o resultado da atividade jurisdicional, podendo vir a se constituir em causa de insatisfação de grupos ou pessoas, o que pode ocorrer com o exame da validade e da subsistência de cláusulas contratuais que, embora se reconheça ajustadas de conformidade com o texto da lei, podem produzir resultados que se encontram em descompasso com a realidade atual e com os valores democráticos eleitos na Constituição, exigindo adaptação às novas exigências axiológicas da sociedade, e com isso, muitas vezes levando à declaração judicial de sua invalidade ou ineficácia. Há, nesse caso, clara interferência do Judiciário na manifestação de vontade das partes quando celebraram o negócio jurídico, em que pese ser justificada pela constatação do desequilíbrio na relação jurídica estabelecida entre elas, causado pela desatualização da norma de direito e/ou modificação das condições de fato existentes no momento do ajuste contratual.

Noutras situações, verifica-se que a lei não tutela como deveria os bens e interesses gerais da sociedade, como determina a Constituição, mas estabelece critérios e regras que estão em desconformidade com aquela, inclusive, o que não é incomum, para outorgar privilégios inadmissíveis a certos grupos sociais. Ao magistrado cabe somente optar em aplicar a lei injusta, muitas vezes inconstitucional, ou então abandoná-la, por malferimento ao texto constitucional.

Esse embate dialético entre aplicar friamente a norma jurídica, sem a preocupação de se lhe atribuir um valor, como se fosse ela um fenômeno bastante em si mesmo, comportando somente a previsão de uma conduta e a fixação de uma sanção em caso

de conduta diversa, inexigindo valoração, ou ir mais além, para firmar juízos de valor, corresponde, de certo modo, à distinção que há entre as ciências que estudam a realidade como ela é (mundo do ser), a exemplo da sociologia, biologia, física e química, e as ciências que podem ser classificadas de culturais, que têm por objeto o estudo não da realidade como se apresenta (independentemente da vontade humana, ou mesmo indiferente à sua atuação), mas sim do que foi construído pelo homem, geralmente em função do seu desejo em criar uma realidade que atenda a certos escopos eleitos como fundamentais para a vida em sociedade (mundo ideal, do dever ser), às vezes até com a finalidade de impor transformações sociais, como se dá com o direito, ciência normativa que é, consistindo num exemplo claro de construção de um mundo ideal, do dever-ser, sem que tenha necessariamente correspondência com a realidade concreta, seja ela formada por influxo de fatores naturais ou do homem. A ciência propriamente dita, é baseada em juízos de fato. O direito, por sua vez, baseia-se em juízos de valor.

Ao punir o sujeito que pratica o homicídio o direito penal está a dizer que o homem não deve tirar a vida de seu semelhante, ou seja, é esse comportamento – de preservação da vida humana - que o direito espera que todos tenham e, fosse para suas normas corresponderem à realidade, tendo esta por ponto de partida em sua elaboração, diante das elevadas taxas de homicídios registradas no Brasil, a norma jurídica deveria contemplá-lo como uma conduta normal e esperada do homem.

Aprofundando um pouco mais essa idéia, estatísticas dos órgãos de segurança pública, ou mesmo do Ministério da Justiça<sup>64</sup>, demonstram que no Brasil o julgamento e a condenação dos homicidas representam um percentual quase inexpressivo em comparação com o número de crimes cometidos contra a vida, o que levaria à conclusão de

---

<sup>64</sup> Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 23 fev.2006.

que matar é permitido (mundo do ser, a realidade), não tratasse o direito de comportamentos obrigatórios e sim dos comportamentos dos homens independentemente das normas. Assim, se a norma jurídica percorresse o itinerário do real (mundo do ser) para o ideal (mundo do dever-ser, obrigatório), deveria admitir o homicídio, o que demonstra que o direito não pode refletir a realidade, mas sim, partir de uma construção. Seria um erro grave se o direito partisse do ser para o dever-ser, porque não é o direito uma descrição do comportamento do homem (realidade), nem pode ser, mas a prescrição da conduta que o homem deve ter. A sociologia e a psicologia, por exemplo, estão no plano do ser, e o direito no plano do dever-ser, embora as três ciências tenham por objeto o estudo do comportamento humano. Enfim, o direito é uma ciência normativa, comportando juízos de valor, construindo o mundo ideal e impondo coativamente condutas, sob pena de sanção.

Em que pese ainda haver um número expressivo de estudiosos que comungam das idéias fundamentais do positivismo jurídico, ao compreender o direito como ciência, que deve ter objeto próprio e se proteger contra a influência de fatores externos a ela ou dos reflexos de outras áreas do conhecimento humano, como a filosofia e a sociologia, numa visão purista do direito, exatamente como pretendia Kelsen, não há como deixar de reconhecer que tantos outros existem que, num esforço constante e num trabalho que ainda não está completo, têm concepção diversa, tanto na teoria do direito como na filosofia do direito, entendendo que fracassou o intento do positivismo jurídico em pretender transformar o estudo do direito numa genuína ciência, para a qual fosse possível vislumbrar as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, uma vez que uma das notas fundamentais dessas ciências é a avaloratividade, distinguindo entre juízos de fato e juízos de valor, excluindo rigorosamente esses últimos do seu campo de abrangência, ou dito de outro modo, a ciência se resume a juízos de fato, que representam uma tomada de conhecimento da realidade, ao passo que os juízos de valor importam em uma tomada de posição frente à

realidade. Aqueles têm a finalidade de informar, de comunicar aos outros uma constatação, enquanto os últimos têm a finalidade de influir sobre o comportamento dos outros.

Para a ciência que trabalha com experimentações, cujo mundo é o empírico, constatando e informando sobre a realidade, alguém diante de uma flor vermelha, dirá: aquela flor é vermelha, emitindo um juízo de fato, mas se é dito: aquela flor vermelha é linda, há formulação de um juízo de valor. É próprio das ciências o conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto que naquelas áreas de estudo em que se permite a formulação de juízos de valor, esses são sempre subjetivos (valoração de um fato) (BOBBIO, 1995, p. 131-146).

O positivismo jurídico desejou assumir uma postura científica perante o direito, estudando-o como é, e não como deveria ser, como um fato, uma norma, não como um valor. Conforme é lembrado por Bobbio (1995, p. 136):

O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito *real* sem se perguntar se além deste existe também um direito *ideal* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito 'justo' ou 'verdadeiro' e direito 'injusto' ou 'aparente'. Assim, a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa.

O jusnaturalismo traduz uma visão do direito que se contrapõe ao positivismo jurídico clássico. Para esse, o direito é válido quando faz parte de um

ordenamento jurídico e foi produzido conforme as normas que regulam sua produção, provindo da autoridade legitimada a tanto, sendo irrelevante perquirir de seu valor, de sua justiça, reduzindo o conceito de valor ao conceito de validade, enquanto que para o jusnaturalismo uma norma somente é válida se for justa, reduzindo o conceito de validade ao conceito de valor. Verifica-se em Bobbio (1995, p. 134-136), que o positivismo jurídico típico admite a valoração do direito e distingue claramente os conceitos de validade e de valor, mas não se interessa pelo segundo, porque se afasta do campo da ciência jurídica. Conforme as lições de Bobbio (1995, p. 136), o jusnaturalismo:

[...] Sustenta que deve fazer parte do estudo do direito real também a sua valoração com base no direito ideal, pelo que na definição do direito se deve introduzir uma qualificação, que discrimine o direito tal qual é segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal qual deve ser. [...] A posição jusnaturalista sustenta que para uma norma ser válida deve ser valorosa (justa); nem todo o direito existente é portanto direito válido, porque nem todo direito é justo. Esta posição identifica o conceito de validade e o de valor, reduzindo o primeiro ao segundo. [...] A ciência jurídica deve se limitar a formular um juízo de validade do direito, isto é, assegurar a sua existência jurídica. [...] A distinção entre juízo de validade e juízo de valor é tão-somente um caso particular [...] da distinção entre juízo de fato e juízo de valor [...].

Desde o início da polêmica que confronta juspositivismo e jusnaturalismo têm surgido muitas teorias que objetivam superar essa discussão, já que ambas as escolas se mostraram ao longo do tempo insuficientes para explicar o fenômeno jurídico e para orientar qual o melhor caminho a ser percorrido para a justa aplicação do direito, enquanto conjunto de normas produzidas legitimamente pelo Estado, ou por ele autorizada sua aplicação, ainda que provenientes de fontes externas (costumes, contratos, regulamentos, convenções ou acordos coletivos intersindicais etc.), visando regular a conduta humana em sociedade. Ainda nos dias atuais não se pode sustentar que foi encontrado um paradigma que tenha superado

esta histórica rivalidade. Novos conceitos e modelos jurídicos continuam sendo construídos, com o reforço da filosofia jurídica, da sociologia jurídica e de outros ramos do conhecimento que cada qual ao seu modo têm se preocupado com a experiência jurídica dos povos.

Azevedo (2000, p. 134 e 138) entende que é indispensável superar o positivismo jurídico para alcançar decisões adequadas e socialmente convincentes, mas adverte:

[...] Contudo, a superação deste e da ideologia que o anima não pode conduzir à negação do ordenamento jurídico mediante a tácita permissão de decidir o juiz as questões ao seu alvedrio. O problema põe-se justamente em função da existência da ordem jurídica. Se a subjetividade do juiz não pode ser afastada, por envolver a interpretação do direito sua pessoa por inteiro, não pode ele, no entanto, afastar-se do ordenamento jurídico em função de suas concepções pessoais. É entre dois extremos – a redução da aplicação do direito à formulação de um silogismo e o ponto de vista segundo o qual, parecendo ao juiz injusta a lei, poderia ele *sponte sua* negar-lhe cumprimento – que se deve realizar o processo hermenêutico e exercitar o poder criativo pelos diversos órgãos do Poder Judiciário. [...] É por ser indubitável o valor da segurança, para a criação, permanência e evolução da ordem jurídica, que não se pode incluir entre os largos poderes, que se advoga ao juiz e que precisa ele exercer plenamente, o de decidir as contendas segundo critérios pessoais. Por não aceitar-se o eventual arbítrio do legislador, não é sensato nem responsável admitir-se o subjetivismo judicial.

Em síntese, uma postura mais de acordo com a ciência jurídica da perspectiva conceitual do positivismo clássico levará a adoção de decisões imbuídas de um grau maior de certeza e segurança jurídica, ocorrendo o contrário se houver a assunção do compromisso de realização do valor justiça, inerente e próprio ao direito.

Para Dinamarco (2003a, p. 359-361) os litígios devem ser solucionados com a adoção de critérios de justiça, sob pena de arbitrariedade, pois, caso contrário, “em vez de

apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade”. Para este autor, o indicador do critério de justiça do juiz é o próprio ordenamento jurídico, consagrando os valores pelos quais a sociedade optou em determinado momento de sua história, mas não se pode olvidar que cabe ao juiz ficar atento às mutações axiológicas da sociedade, sob pena de não perceber os critérios de justiça efetivamente vigentes, acrescentando:

Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contêm no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça. [...] As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as consideram isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical. Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e, sobretudo, à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica).

Portanto, do ponto de vista do acesso à justiça, como sinônimo não só da disponibilidade dos meios para o ingresso em juízo e de recursos durante o desenvolvimento da atividade processual, mas principalmente como indicativo da possibilidade de obtenção de um julgamento justo, o problema se vincula à maior ou menor liberdade que se deva reconhecer ao juiz em sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito ao caso concreto, sendo que ao longo da história pertinente ao estudo do direito, a doutrina tem identificado diversas escolas hermenêuticas, como as escolas dogmática, histórica do direito, interpretação livre do direito, sociológica, realista, egológica e vitalista (HERKENHOFF, 1994, p. 31).

Pouco se terá avançado para aprimorar o acesso à justiça se aqueles que são encarregados da função jurisdicional não tiverem a sensibilidade de detectarem as mutações axiológicas da sociedade, identificando os valores vigentes e adaptando o texto legal as exigências do presente, formulando efetivamente a norma justa a ser aplicada.

A produção de resultados injustos na prestação jurisdicional desestimula os usuários do sistema a procurarem remédio para seus males junto à estrutura estatal concebida para este fim, e de outro lado, incentiva a se fazer justiça com as próprias mãos ou na perpetuação das situações litigiosas, comprometendo a paz social. Valores como a igualdade, o bem comum, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana devem ter sua concreta e efetiva realização asseguradas não apenas formalmente pela Constituição, mas no campo fático, através de mecanismos estabelecidos pelas normas infraconstitucionais e, em caso de violação, pelo seu restabelecimento pelas decisões judiciais. A atividade processual deve gerar resultados que estejam em harmonia com os valores vigentes na sociedade.

Para Azevedo (1983, p. 128), cuida-se das exigências de justiça passíveis de identificação na sociedade, compatíveis com a dignidade humana, de modo que não se pode ignorá-las, priorizando as leis em descompasso com o processo histórico-cultural, sob pena de negação da justiça, frustrando as expectativas sociais e contribuindo para impedir “a evolução normal do direito e a superação das contradições sociais pela via pacífica e criativa da jurisprudência”.

Clève (1993, p. 46) entende que a decisão justa é aquela que está em harmonia com a Constituição, com seus princípios e valores, com destaque para a dignidade da pessoa humana, sendo perfeitamente possível, no sistema constitucional brasileiro, admitir-

se a tese da inconstitucionalidade da lei injusta, quando ferir os preceitos da Constituição, e nesse caso, poder ter sua aplicação negada pelo juiz.

Não se pode deixar de lembrar que o positivismo jurídico em sua forma extremada, como queria Hans Kelsen (2003ab), em sua teoria pura do direito, que dominou o pensamento jurídico por mais de um século, servia para legitimar a vontade do Estado, sem se perquirir da justiça ou injustiça das normas jurídicas que produzia, o que abarcava também os regimes políticos, incluindo os totalitários, sendo exemplares os períodos registrados pela história da civilização humana relativos ao nazismo na Alemanha e ao fascismo na Itália, além da revolução soviética e das duas grandes guerras mundiais, com todas as barbáries e atrocidades cometidas, tudo sob o manto protetor do ordenamento jurídico posto.

Mais recentemente, em vários países da América Latina, como Chile, Argentina e Brasil, a ordem jurídica, produzida conforme os fundamentos de um regime político totalitário, legitimou as ditaduras militares, que contribuíram significativamente para um gigantesco atraso social, fazendo aumentar o fosso entre os mais ricos e os mais pobres, agravando as diferenças e as desigualdades sociais, colocando essas nações entre aquelas mais atrasadas do planeta, em comparação com a minoria rica, que desfruta das benesses geradas pela globalização e não se mostra interessada nos graves problemas sociais identificados nos países mais pobres.

Sobreleva assinalar como um dos aspectos positivos desses acontecimentos, o renascimento do direito natural, que se reveste de valor em muitos dos seus princípios, mesmo que sua doutrina não seja totalmente adotada, destacando-se especialmente a preocupação que revela para com a tutela da pessoa humana, além de marcarem o início de uma mudança de paradigma, voltando-se a ordem política e jurídica a ter como foco a pessoa

humana, fazendo ressurgir as idéias que têm como escopo a tutela dos direitos humanos, enfim, dos direitos fundamentais. Para Coelho (2003, p. 304):

Sabe-se que o positivismo, ao menos no que tange às concepções filosóficas e políticas atinentes à juridicidade, desvaneceu-se nas duas guerras mundiais. Passada a catástrofe, que tantos males haviam causado e que denunciavam um declínio (sic), quase um desaparecimento, do que poderia haver constituído uma ética da civilização, verifica-se um retorno ao humanismo, aos direitos humanos, ao restabelecimento da concepção do Estado como meio e não como fim em si mesmo. É o chamado renascimento do direito natural, como espécie de antídoto ao positivismo.

Se de um lado os processualistas têm apregoado a aplicação justa do direito, conceituando o que se deve entender por justiça e sugerindo os métodos hermenêuticos aptos à produção da decisão justa do caso concreto, valorizando sobremaneira a atuação do juiz, como agente fundamental do sistema, sobre ele colocando uma carga de responsabilidade talvez extremamente pesada, ao qual incumbe o papel de investigar os valores vigentes na sociedade, fazendo passar a norma legal pelo filtro constitucional, além de adaptar os textos legais às mutações axiológicas da sociedade, como dito, privilegiando o valor justiça em vez da certeza e segurança jurídica, mormente quando estão em confronto, não se pode deixar de pensar que são necessários limites nessa atuação, para que tudo não se transforme em fruto de mero arbítrio ou capricho do julgador, esquecendo-se do que é importante para a sociedade de seu tempo e adaptando as decisões jurisdicionais às suas preferências e crenças pessoais, sejam políticas, religiosas, ideológicas ou de qualquer outra natureza.

Em relação ao aparente conflito entre as opiniões que entendem que o fim do direito é realizar a ordem ou daqueles que entendem que este fim é mais nobre: a realização da justiça, Bobbio (1995, p. 231), opina no sentido de que:

A afirmação segundo a qual a função própria do direito é garantir a ordem não é portanto aberrante em relação àquela que considera a justiça como o fim próprio do direito, porque, ao menos com base numa certa concepção, a justiça se identifica com a ordem. O positivismo ético moderado não se limita a considerar o direito como meio necessário para realizar a ordem, mas sustenta que a lei seja a forma mais perfeita de direito. Isto depende do reconhecimento de que a lei é um comando jurídico, que possui características peculiares que faltam às normas jurídicas produzidas pelas outras fontes. Esses requisitos são a generalidade e a abstração.

Embora pareça ser consenso entre os estudiosos contemporâneos de que não se deve mais conceber o juiz apegado incondicionalmente à literalidade dos textos normativos, a pretexto de preservar a certeza e a segurança jurídica, não se pode conceber razoável atribuir ao juiz a possibilidade do arbítrio e da prevalência unicamente de sua vontade pessoal e não a do direito, como se costuma observar de correntes radicais do direito livre ou do denominado direito alternativo, ignorando por completo a ordem jurídica, para subsistir exclusivamente o que o juiz entende que é justo sem se basear em critérios aceitáveis juridicamente.

Nesse ponto, adverte Albino Sako (2001, p. 93-94):

Criatividade judicial não significa direito livre, no sentido de ser criado pelo juiz, como pregou a Escola do Direito Livre, orientação doutrinária revolucionária que defendeu a possibilidade de criação do direito pelo juiz. Segundo as concepções dessa escola de pensamento, sempre que a lei for defeituosa ou insuficiente para regular o fato, cabe ao juiz corrigi-la e completá-la e, realizando uma atividade integradora, e guiado pelos seus próprios sentimentos, pode criar o direito. O filósofo Bülow exaltou a função judicial porque empresta força criativa ao direito. Na mesma linha de pensamento, Geny fez críticas ao método de interpretação tradicional, que por meio do emprego de lógicas e deduções abstratas restringe o direito e limita seus horizontes. O juiz deve criar o direito a partir da observação da natureza das coisas, dos princípios de justiça, da sociologia, da filosofia etc. Muitas críticas foram lançadas à tese do direito livre

judiciário, porém não se pode negar sua importância à construção de modernas teorias da prática judiciária.

Os estudos desenvolvidos até esta parte indicam que a esfera de liberdade reconhecida ao juiz não pode ser tão elástica a ponto de causar a própria ruína do ordenamento jurídico, provocando seu desprestígio, comprometendo sua respeitabilidade e abalando a confiança dos usuários do sistema jurisdicional de solução de controvérsias, e nem pode ser tão restrita a ponto de tornar o juiz mero aplicador da lei, agindo mecanicamente, sem qualquer carga valorativa. A liberdade que deve ser concedida ao juiz necessita ser exercida em compasso com as garantias constitucionais do processo jurisdicional, não podendo ser causa de decisões arbitrárias, baseadas em convicções puramente pessoais do julgador, mas devem refletir o quanto possível o que é pretendido pela norma jurídica, mesmo que se faça indispensável uma interpretação que a atualize conforme a carga axiológica atual da sociedade.

O que os tempos atuais reclamam é a busca do equilíbrio entre a certeza e a segurança das decisões jurisdicionais e a realização do valor justiça; entre o julgador de antigamente, mero aplicador mecânico e acrítico dos textos normativos, mantendo-se numa posição de absoluta passividade e neutralidade em relação ao litígio, e o juiz que a sociedade atual reclama, sensível às suas exigências e às necessidades humanas mais prementes e a cada dia maiores.

#### 8.4.4 Técnica Processual

As técnicas processuais servem para viabilizar as tutelas de direitos, o que se dá através do procedimento, que confere oportunidade de participação efetiva das partes durante seu desenvolvimento, mas, além disso, abre possibilidade de controle da atuação dos órgãos jurisdicionais. Numa visão ampla do que se deve entender por proteção dos direitos, a mesma se configura primeiramente pelas próprias normas de direito material, o que mais se evidencia quando se trata do dever do Estado de tutelar os direitos fundamentais – como aquelas que protegem o meio ambiente e o consumidor -, assumindo importância também a atividade administrativa, de modo que a tutela dos direitos é gênero, comportando as modalidades de tutela administrativa, jurisdicional e as prestadas pelas normas de direito material (MARINONI, 2004b, p. 145-146).

As tutelas dos direitos, através do procedimento, com o emprego das técnicas processuais postas à disposição da atividade jurisdicional, conforme a solução adequada a ser dada às controvérsias, isto é, a tutela jurisdicional dos direitos, tem conexão com a questão do acesso à justiça, no contexto tratado nesse estudo.

Os processualistas, cada qual a seu modo, conforme as concepções que têm sobre a atividade jurisdicional e a finalidade do processo, estão razoavelmente de acordo que o núcleo das preocupações da moderna ciência processual é a realização concreta da justiça, o que pode ser verificado na doutrina nacional e alienígena e dos temas propostos nos Congressos internacionais de direito processual, promovidos pela Associação Internacional de Direito Judiciário, reveladores dessa tendência: “Para uma Justiça de fisionomia humana” (1977 – Bélgica); “Proteção judicial efetiva e ordem constitucional” (1983 – Alemanha);

“Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais” (1985 – Suécia); “Justiça e eficiência” (1987 – Holanda); “Proteção judicial dos direitos humanos no plano nacional e internacional” (1988 – Itália); “Papel e organização de magistrados e advogados nas sociedades contemporâneas” (1991 – Portugal). (BEDAQUE, 2003a, p. 49).

Nessa linha, afirma Watanabe (2005, p. 21-22):

Uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos. Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica.

A lei processual, como qualquer outra, não tem um fim em si mesmo, devendo servir à tutela da sociedade, e para tanto deve acompanhar as transformações ocorridas nesta e as modificações culturais dos povos, e mesmo não sendo possível pensar-se em exigir do legislador um permanente estado de vigília, para introduzir as alterações que se mostrarem necessárias, porque esta tarefa talvez fosse inviável diante da gama de assuntos com os quais o mesmo deve lidar, é possível que os seus aplicadores tenham esta consciência da adaptação ao presente e sensibilidade para interpretá-la de modo a criar modelos que, conforme a natureza do litígio, devem ser empregados.

Dinamarco (2003a, p. 273-274) entende que a técnica processual tem a ver com a operatividade do sistema, devendo ser compreendida como a predisposição ordenada de meios, com vistas a certos resultados, colocada a serviço destes. Sua justificativa é unicamente instrumental, para viabilizar a realização das finalidades para as quais foi

instituída. Aduz que “todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados”.

A igualdade formal, concebida pelo pensamento liberal-individualista, é exemplo lapidar da necessidade de modificação do enfoque quanto ao conhecimento processual, sendo inquestionável que a pobreza é fator que obsta a efetividade do princípio da igualdade, o que tem levado o método instrumentalista do processo a postular a eliminação das barreiras ao acesso à justiça, viabilizando não apenas o ingresso em juízo, mas tutela judicial e constitucional efetiva. A sentença há que se revestir de utilidade àquele que seja vencedor na demanda.

Esta ampliação do acesso à justiça, de outro lado, pode gerar ineficiência do sistema, o que significa que não é suficiente a garantia de direitos e sua tutela, havendo necessidade de se assegurar o bom funcionamento do mecanismo judicial. Somente um sistema eficiente (que funcione a contento) pode proporcionar acesso à ordem jurídica justa, que se completa com a efetividade da prestação jurisdicional, isto é, com a justa e concreta realização do direito material.

O processo deve ter uma dimensão que produza resultados externos, requerendo que conceitos sejam reconstruídos e institutos clássicos sejam revisitados e adquiram um novo sentido, eliminando-se o anacronismo de que podem padecer.

A busca de alternativas que resultem em ganhos na resolução dos conflitos não importa em renúncia à técnica, ou seja, ao conjunto de meios para que um fim seja atingido, pois o que se condena é o apego exagerado ao tecnicismo, valorizando-se mais o meio que o fim. Barbosa Moreira (1992) entende que:

Nenhuma ciência ou arte prescinde de uma técnica própria, e não se concebe que o direito processual constitua exceção. A técnica fornece mediação necessária entre a inspiração e a execução [...]. Pois bem: tampouco se quer, no trato das questões processuais, fazer tábula rasa da dimensão técnica. Quer-se, isso sim, dar-lhe o justo lugar na economia da matéria. Tomado como um fim em si próprio, o uso da técnica ameaça converter-se em exercício estéril de narcisismo intelectual. Encarado como instrumento de trabalho, vale como precioso auxiliar do processualista que se esforça por aprender com exatidão a realidade do seu objeto de estudo, na esperança de poder atuar sobre essa mesma realidade.

Ninguém, em sã consciência, de forma responsável, será capaz de pregar o abandono completo à técnica processual, mas muito ao contrário disso, o que se tem visto é a busca por técnicas mais adequadas à tutela dos direitos, pois, consistindo em um conjunto de meios que possam levar ao resultado que é esperado da prestação jurisdicional, desenvolvida através do processo, deve ser aprimorada para que este desiderato seja alcançado.

Bedaque (2003a, p. 52) defende a idéia de que o processualista deve buscar alternativas que favoreçam a solução dos conflitos, procurando conciliar a técnica processual, que deve ser concebida como instrumental, com o seu escopo, sendo que aquela não deve ter um fim em si mesmo, nem deve ser desprezada, condenando não o seu emprego, que é essencial, mas o tecnicismo, o apego exacerbado às formalidades processuais em detrimento dos reais problemas a serem solucionados através do processo.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 26) asseveram que o processo deve ser formal, para garantir às partes a sua legalidade e a imparcialidade no exercício da jurisdição, assegurando-se a plena participação dos litigantes na prática dos atos processuais, destacando a garantia do contraditório, que implica no diálogo com o juiz, que, por sua vez, deve participar mais ou menos intensamente da atividade processual, decidindo sobre pedidos e requerimentos e em certa medida tomando a iniciativa das provas, além do dever de

fundamentar seus atos, situações estas que tomam tempo, que se apresenta como inimigo da efetividade da função pacificadora, arrematando que “a permanência de situações indefinidas constitui [...] fator de angústia e infelicidade pessoal”.

Azevedo (1999, p. 74-75), do mesmo modo, admite a importância da técnica processual, mas lembra de que esta deve se ater a certos limites, afirmando:

Apesar da importância da técnica jurídica, a ela não pode reduzir-se o direito, o que não exclui a necessidade de seu conhecimento minudente. Sendo instrumental, a técnica não é neutra. Não pode o jurista ser insensível ao clamor de seu povo e surdo às lições da História. Querendo-se que a Ciência do Direito constitua uma elaboração conseqüente do direito positivo, tendo em vista sua aplicação às situações práticas, não há como deixar de ter em conta a situação de exclusão de grande parte de nosso povo, que sobrevive como pode, sem saneamento básico, vivendo em sub-habitações, subalimentando-se, distante dos bens em sentido amplo, que, ainda que modo ambíguo, a tecnologia tem colocado diante dos homens. Não basta constatar que a ordem jurídica não os discrimina de modo explícito. Tem-se de buscar dela extrair meios para obviar essa situação, para o que são necessários operadores jurídicos servidos por ampla formação, tanto jurídica quanto geral, abertos ao horizonte social, libertos dos antolhos positivistas, em que se acrescenta o ideal da ciência pela ciência, servido pelo egoísmo e a indiferença pelo próximo.

Impossível, de outro lado, possa o legislador antecipadamente prever todas as técnicas processuais adequadas à solução de uma gama cada vez maior de litígios e, assim, optou em conceder ao juiz uma esfera maior de liberdade para escolher as técnicas ideais em cada caso particular, sem renunciar aos princípios da demanda ou da inércia da jurisdição.

Para Marinoni (2001?) é dever do legislador instituir procedimentos que sejam adequados para a efetividade da tutela jurisdicional e que permitam a participação das pessoas na reivindicação e na proteção dos direitos. Afirma que é impossível, todavia, ao

legislador, prever todas as técnicas apropriadas a esta finalidade, tendo em vista que as necessidades do direito material e das pessoas sofrem variações conforme as particularidades das diversas situações de conflito que exigem solução jurisdicional. A alternativa para solver este problema foi o abandono de fórmulas rígidas e abstratas, com a edição de normas processuais que concedem aos juizes uma gama maior de poder, conferindo-lhes a possibilidade de amoldar as técnicas processuais às peculiaridades identificadas em cada caso concreto.

Como técnicas processuais para viabilizar a tutela jurisdicional, Marinoni (2004a, p. 31-74), dentre outras, cita as sentenças (condenatória, mandamental e declaratória), os meios de execução e a possibilidade de antecipação dos efeitos daquela, desenvolvendo estudos acerca da cognição parcial, da cognição sumária, da cognição exauriente, da execução dos títulos extrajudiciais, da tutela cautelar e das tutelas diferenciadas, a exemplo da antecipação.

Conforme as lições de Watanabe (2000, p. 26), a busca da efetividade processual, do acesso à ordem jurídica justa, em uma de suas dimensões, pode ser estudada sob duas principais perspectivas, a da maior aproximação do direito material ao direito processual, numa concepção instrumentalista do processo, pois que as novas conquistas havidas no plano do direito material impulsionam o desenvolvimento da ciência processual, exigindo seja construído um instrumento que sirva com perfeição aos fins aos quais se destina, criando-se modelos processuais compatíveis com esta missão, que tenham condições ideais para solucionar os novos conflitos, sem prescindir das diferentes realidades litigiosas e, da perspectiva do próprio direito processual, com o aprofundamento dos estudos “dos vários institutos e técnicas processuais e por esse método de pensamento buscar a melhor tutela dos direitos por meio do processo”.

Essa tendência tem levado os processualistas a conceberem modalidades novas de provimentos jurisdicionais, oferecendo sugestões e influenciando o legislador na elaboração da lei processual, sendo exemplos mais recentes a tutela antecipatória e o princípio da fungibilidade aplicável entre provimento antecipatório e provimento cautelar, na própria demanda em que o direito substancial é debatido, sem necessidade de demanda autônoma e sem exigir-se a iniciativa do interessado.

Para Barbosa Moreira (1984b, p. 35-52) essa tendência tem levado à procura de novas formas de provimento, procedimentos especiais, aceleração e simplificação do procedimento, concreta possibilidade do exercício do direito de ação, facilitação dos meios de provas, concepção social do processo, tutela dos interesses transindividuais, além de outros aspectos de facilitação do acesso à justiça.

Em que pese ser predominante entre os estudiosos da ciência processual a visão instrumentalista do processo, não é ela a única, havendo em doutrina quem discorde da afirmação de que há entre processo e direito material uma relação de meio e fim, mas sim, como defende Calmon de Passos (2003, p. 68), é o processo “um elemento que integra o próprio ser do Direito”, cuidando-se de uma relação “integrativa, orgânica, substancial”. Sustenta que as garantias do devido processo constitucional não podem ser dispensadas, nem mesmo restringidas, como a prévia instituição e definição da competência do órgão julgador, a bilateralidade da audiência, a publicidade dos atos processuais, a fundamentação das decisões jurisdicionais e o seu controle, aduzindo:

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar. [...] Direito é

decisão, destarte a participação no processo decisório, em todos os seus pressupostos e fases, revela-se um elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito, uma garantia para o cidadão e um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação, indispensáveis para haver real cidadania. Digo mais, é a única forma de realizar os direitos fundamentais, bem como os que deles decorrem como seus desdobramentos, tirando-os do mundo do *faz de conta* e dos enunciados bombásticos para colocá-los no mundo real dos acontecimentos. Esquecer tudo isso e proclamar, com palavras retumbantes, a necessidade de efetividade, de celeridade, de deformalização, de diferenciação da tutela, é, em verdade, atrair-se com a isca tentadora da carne o pobre animalzinho para a armadilha (CALMON DE PASSOS, 2003, p. 71-72).

Enfim, é longa e extremamente crítica a exposição de Calmon de Passos, associando direito, poder, justiça e processo, estruturando um discurso jurídico, marcado por intensa ideologia, segundo ele, em nome dos compromissos da democracia, que deve ser vista como “permanente auto-disciplina e exigência de respeito à dignidade própria e à dignidade do outro, principalmente do outro, porque no cuidar de nós mesmos somos todos por demais diligentes”. Revela uma postura distinta daquela que é hegemônica entre os processualistas modernos, parecendo sugerir que o correto é o seu pensamento, o que se for aceito, coloca sob suspeita os mais prestigiados estudiosos do processo da atualidade, surgidos nos últimos vinte ou trinta anos. Traduz concepção que merece melhor reflexão, cotejando-a com a sua opositora (instrumentalidade do processo), para se verificar os pontos de convergência e os de atrito, já que as duas correntes não são antagônicas em sua totalidade, possuindo pontos de contato.

A ponderação e a construção de um método que permita conciliar os diversos valores constitucionais e democráticos que digam respeito ao processo e a própria atividade jurisdicional são exigências que se impõem, não sendo razoável aceitar incondicionalmente que não se devem limitar algumas garantias processuais em benefício da

celeridade e da efetividade, tornando a prestação jurisdicional mais efetiva. São valores revestidos do caráter de garantias fundamentais, o que se confirma quando se tem em conta que a razoável duração do processo, à par das demais garantias processuais, está consagrada pelo inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição, acrescentada pela Emenda Constitucional 45/2004.

#### **8.4.5 A tutela dos Interesses Transindividuais**

A tutela de direitos pressupõe que os seus titulares em primeiro lugar tenham consciência de sua existência, bem como da potencialidade de sua lesão por outrem, e em segundo lugar, conhecimento dos meios apropriados à sua defesa, desde a possibilidade da propositura de demanda judicial, seja com propósito preventivo ou reparatório, seja nos casos em que os direitos extrapolam o âmbito meramente individual, sendo difusos ou coletivos, exigindo para sua proteção não a demanda individual, nem servindo a este fim o sistema processual tradicional, mas uma demanda coletiva, para a qual estejam legitimados o Ministério Público, associações e outras entidades numeradas pelo ordenamento jurídico, sob pena de não ser alcançada uma tutela eficaz e abrangente. Portanto, a acessibilidade aos órgãos jurisdicionais importa, primeiramente, no direito de todos à informação, que vai desde a consciência da existência dos direitos, da sua lesão, até a legitimidade para o ingresso em juízo.

Aliás, quando se trata de direitos transindividuais, não se pode pensar em utilizar, sem qualquer adaptação e aperfeiçoamento, renunciando a forte dose de criatividade,

o processo civil clássico, arquitetado como instrumento de solução para as demandas individuais, o que se justifica pela sua origem, que vem de uma época de valorização exacerbada do individualismo em nome da liberdade de cada um, fazendo-se imprescindível alterar seu enfoque, introduzindo modificações em sua concepção tradicional, de modo a torná-lo compatível com a tutela dos direitos que se apresentam com esta feição.

Para Cappelletti e Garth (2002, p. 49-50), a proteção dos direitos difusos fica comprometida se adotada a concepção tradicional do processo civil, que enfatiza uma visão unicamente individual da tutela enquanto necessária para resolver um litígio entre duas pessoas, tratando de interesses exclusivamente individuais dessas pessoas, de forma que os direitos ou interesses de grupos ou do público em geral, enfim, coletivos, não se enquadram bem nesse esquema clássico, completando “As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”.

Belinetti (2000, p. 125-132) pronuncia-se sobre este tema, do seguinte modo:

A concepção tradicional de relação jurídica enfoca o Direito como uma forma de proteger direitos subjetivos individuais, tendo sido o supedâneo para o desenvolvimento de todo o direito processual civil moderno. Essa circunstância tem levado a inúmeros problemas relativamente às ações coletivas, pois parece-me que quando se trata de tutela jurisdicional coletiva, essa concepção de relação jurídica é absolutamente inadequada para enfrentar as questões existentes, o que induz, conseqüentemente, a inadequação dos institutos e conceitos processuais tradicionais para solucionar os litígios de índole coletiva.

Realmente, a concepção de relação jurídica, conquanto mantenha vivo o seu valor e a sua utilidade quando se trata de resolver questões individuais, nem sempre se mostra

adequada quando se trata de solução para interesses coletivos ou difusos, pois, muitas vezes, como se sucede com os interesses difusos, não há uma relação-base anterior, nem se pode falar em direitos subjetivos como objeto da lesão, com a identificação dos seus titulares, mas apenas em dever jurídico imposto a todas as pessoas, em benefício de um interesse de toda a comunidade, como se dá com o dever de todos os indivíduos em agir conforme as normas legais para a manutenção de um meio ambiente saudável.

De semelhante modo se dá quando a situação se refere a direitos coletivos *stricto sensu*, em que há uma relação-base anterior, bem como são passíveis de determinação os sujeitos potencialmente lesados, mas não é conveniente a defesa individual dos direitos, sendo mais produtivo, rápido e econômico, a tutela coletiva, pela via apropriada posta à disposição do Ministério Público, associações e outras entidades legitimadas à sua propositura, atendendo-se as peculiaridade de cada situação. Logo, os institutos processuais existentes sem que sobre eles se faça uma releitura, em consonância com a natureza e as particularidade dos interesses coletivos *lato sensu*, mostram-se incapazes de dar resposta satisfatória à solução das demandas coletivas.

A necessidade de adaptação do instrumento, ou seja, do processo, aos novos direitos, particularmente para a defesa de direitos coletivos e difusos, é lembrada por Leonel (2002, p. 25-28), aduzindo que não se pode deixar de reconhecer que as situações que exigem tutela para os interesses coletivos vêm crescendo incessantemente, gerando conflitos de interesses de grandes proporções, em relação aos quais o ordenamento jurídico não tem sido capaz de oferecer solução apropriada, não obstante a evolução havida nesse âmbito, entendendo que numa visão instrumentalista do processo é essencial a identificação e a elaboração de fórmulas processuais que tornem possível o equacionamento dos conflitos.

Sustenta que considerando a transformação das relações sociais exige-se que haja uma adaptação do processo (enquanto instrumento da jurisdição) a esses novos escopos.

Cabe mencionar, porque diretamente relacionado com a matéria ora tratada, a existência de um grupo de processualistas, capitaneados por Ada Pellegrini Grinover, propondo a criação do Código Brasileiro de Processos Coletivos, inclusive com a elaboração de um anteprojeto de lei nesse sentido, pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil.<sup>65</sup>

Reproduz-se um pequeno trecho da exposição de motivos do anteprojeto de lei, para justificar a necessidade de sua aprovação:

A aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação: assim, por exemplo, dúvidas surgem quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à multiplicação de decisões contraditórias), o controle difuso da constitucionalidade, a possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no pólo passivo da demanda. Por outro lado, a evolução doutrinária a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual, que tem seus próprios princípios e regras, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais, por intermédio da LACP, tem toda a capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda.

---

<sup>65</sup> Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/anteprojeto.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2006.

Na referida exposição de motivos é lembrado que foi elaborado um Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004, para que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. Há menção, ainda, à participação de quatro especialistas brasileiros na elaboração e no aperfeiçoamento desse Código Modelo: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.

Colhe-se da exposição de motivos que:

O Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina “Processos Coletivos”, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a idéia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. Ada Pellegrini Grinover coordenou os trabalhos do grupo de pós-graduandos que se dispôs a preparar propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos, progressivamente trabalhadas e melhoradas. O grupo foi formado pelo doutorando Eurico Ferraresi e pelos mestrandos Ana Cândida Marcato, Antônio Guidoni Filho e Camilo Zufelato. Depois, no encerramento do curso de 2004, outra turma de pós-graduandos, juntamente com a primeira, aportou aperfeiçoamentos à proposta, que se transformou num Anteprojeto.

Destarte, o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos foi inspirado no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, tendo por principal escopo superar as dificuldades constatadas pela prática na aplicação das normas processuais concebidas para o processo civil individual, para conferir tutela jurisdicional

adequada e efetiva aos interesses transindividuais, que não se encontram plenamente protegidos justamente porque carecem de um direito processual próprio.

O acesso à justiça de forma ampla, para a tutela dos direitos transindividuais, impõe que haja um instrumento adequado às suas necessidades, observando-se as singularidades próprias de cada tipo de interesse e as constantes e crescentes modificações das relações humanas na sociedade contemporânea, fazendo-se acompanhar de mudanças vitais, seja no âmbito da legislação, como também da concepção doutrinária, além de uma interpretação e aplicação dos institutos processuais condizentes com esta realidade.

De nada adiantam as normas constitucionais e, com base nelas, as infraconstitucionais, reconhecerem direitos às pessoas ou a toda sociedade, abdicando-se de introduzirem as alterações que se apresentam como imprescindíveis para fazer valer esses direitos, tornando-se absolutamente essencial ao sistema que, a par do reconhecimento de direitos, forneça igualmente os meios necessários para seu exercício e para sua defesa em casos de ameaça ou lesão.

#### **8.4.6 Advogados e Manejo do Processo**

O processo pode receber mais de um conceito e pode ser entendido sob mais de uma perspectiva, dependendo de uma série de circunstâncias, como, por exemplo, o escopo de se dar a ele uma abrangência mais ampla ou menos ampla, situando-o sob o enfoque unicamente do direito processual, ou aceitando-o como existente em outras áreas do

conhecimento humano que não a ciência processual, pois, sabidamente, a expressão é também usada em outras ciências, ou mesmo em outras disciplinas jurídicas, sendo lícito falar-se em processo biológico, processo químico, processo administrativo, processo disciplinar etc. Não se trata, assim, de vocábulo que sirva apenas ao direito processual. Interessa, porém, nesse trabalho, o processo jurisdicional, como meio empregado pelo Estado para o exercício do poder jurisdicional, mais precisamente para prestar a jurisdição. Para a doutrina de maior prestígio (Dinamarco, Bedaque, Watanabe, Marinoni etc.), em resumo, o processo jurisdicional como instrumento de realização do direito substancial.

A demanda, traduzida numa petição inicial (esta é mero instrumento da demanda), proposta perante os órgãos jurisdicionais, é o primeiro ato do processo, aquele ato que faz nascer este, estabelecendo-se uma relação entre o autor e o juiz, completada com a citação do réu, conforme a concepção triangular da relação jurídica processual.

A função jurisdicional é exercida através do processo, sendo uma de suas características mais marcantes a substitutividade da vontade das partes pelo império do direito, interpretado e aplicado pelo magistrado, ou dito de outro modo, é função do Poder Judiciário a realização dos direitos substanciais, quando provocado pelo interessado e quando aquele não é realizado espontaneamente pelos sujeitos de dada relação jurídica de direito material, ou seja, sua missão é tutelar com efetividade esses direitos contemplados pela ordem jurídica.

O processo deve ser adequadamente manejado pelos interessados para que possa ensejar os resultados que dele são esperados, exigindo das partes, mais precisamente dos seus procuradores judiciais (advogados) conhecimento técnico e habilidade na postulação judicial, desde a elaboração da petição inicial até o último recurso de que se utilizar.

O despreparo técnico dos advogados, sua atuação negligente, ou a falta de habilidade ao manejar o processo, podem ser causas de injustiça, por contribuir negativamente, muitas vezes de forma irreversível, na prestação jurisdicional, pois que as matérias que não são de ordem pública não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz (exigindo a iniciativa do interessado), além de ser obrigado a se ater aos limites da demanda fixados pela petição inicial e pela resposta do réu, que devem ser respeitados pelo julgador, sob pena de nulidade do julgamento, ressalvadas as situações expressamente excluídas pela lei.

Esse quadro de ineficiência e negligência, tantas vezes constatado nas demandas judiciais, é sem dúvida um dos óbices à efetividade do processo, e assim, ao acesso à ordem jurídica justa (isto é, capaz de realizar plenamente os direitos substantivos lesados ou ameaçados de lesão através da função jurisdicional).

#### **8.4.7 Imparcialidade e Neutralidade do Juiz**

O juiz imparcial é garantia constitucional, o que não se confunde com juiz neutro, pois que a neutralidade não deve existir, já que é altamente recomendável que o juiz seja bem formado e informado sobre as mais diversas áreas do conhecimento humano, a exemplo da filosofia, sociologia, economia e política, além de integrado à comunidade em que exerce seu ofício, para bem avaliar os fatos e as provas trazidas aos autos pelos litigantes, produzindo um julgamento justo, o mais próximo possível da verdade real.

Embora não se deva sustentar que a imparcialidade do juiz é um mito, como às vezes é apregoado, tal não se confunde com a neutralidade, esta sim, pode ser considerada um mito, pois que o julgador não é um ser sem alma, sem sensibilidade, apolítico e acrítico, pois, se fosse, isso seria uma ameaça para a realização dos direitos. Não seria a esperança de possível solução para os conflitos, pela condução serena, equilibrada e inteligente do processo, mas motivo de receio e desconfiança dos jurisdicionados. Vive ele na comunidade em que atua e sofre as mesmas conseqüências que o conjunto da sociedade, provocadas por leis injustas e mal elaboradas, por políticas públicas equivocadas, pela má aplicação da lei, pelo descumprimento da ordem jurídica - muitas vezes pelo próprio poder público -, pela insegurança pública, pela corrupção, pelas fraudes eleitorais, pela criminalidade, pelo desemprego, pela crônica falta de recursos públicos em áreas fundamentais sob responsabilidade do Estado, enfim, não é o juiz um ser vindo de outro planeta ou que tenha um escudo protetor especial, que possa lhe livrar de vivenciar e sentir os graves problemas que afetam a sociedade.

Esse distanciamento da sociedade e de seus problemas e conflitos não poderá jamais ser admitido, pois, geraria indiferença e incapacidade de bem resolver os litígios, como membro de um dos Poderes constituídos da República, o Judiciário.

Certamente que ao se afirmar que o juiz não deve ser neutro, não se estará comprometendo ou sacrificando o princípio da igualdade, que não pode ser compreendido em sua dimensão unicamente formal, mas sim substancial, tradutor de igualdade efetiva, concreta, entre as pessoas e, para isso, muitas vezes o direito adota medidas que beneficiam certos grupos de pessoas e não outros, justamente para corrigir as desigualdades reais, igualando as pessoas no plano jurídico e fático. Exemplos disso são o direito do consumidor e o direito do trabalho, tratando o consumidor e o trabalhador como partes mais fracas diante do fornecedor

e do empregador, respectivamente, estabelecendo regras que rompem com a igualdade meramente formal, mas servem para equilibrar os interesses das partes da relação de direito material, atingindo a verdadeira igualdade. Zaffaroni (1994, p. 109-111), a propósito, sustenta:

Não pode o juiz ser neutro porque neutralidade ideológica não existe, salvo sob a forma de apatia, do irracionalismo ou da decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém, muito menos de um juiz. Não existindo a neutralidade, sua proclamação opera como encobrimento consciente ou inconsciente de uma parcialidade ideológica e não há maior arbitrariedade do que a daqueles que pretendem ser *objetivos*. Todas as intolerâncias são produtos destes discursos.

Grinover (1990) leciona que o princípio da isonomia tem dimensão estática e dinâmica, a primeira quando a lei anota a igualdade de todos perante a lei de modo formal, recusando o legislador à existência da desigualdade, e a segunda quando o Estado assume o compromisso de constatar as desigualdades e criar mecanismos para supri-las, transformando a igualdade em real e não formal.

Não se choca com o princípio da isonomia a postura do juiz que não é complacente, mero expectador dos interesses em jogo no processo, numa visão exclusivamente formal do referido princípio, pois, em sua atuação, uma vez detectado que há desigualdade entre os litigantes, seguramente deve atuar para promover a igualização, do mesmo modo que o faz o direito substancial, havendo, inclusive, recomendação nesse sentido na própria Constituição, em seu artigo 3º, inciso III, ao estabelecer como objetivo fundamental da República do Brasil, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, ou seja, nesses casos, deve procurar manter ou recuperar o equilíbrio dos litigantes, conferindo-lhes as oportunidades de que necessitam para alegar e

provar. Trata-se de aplicar o princípio da isonomia em sua dimensão dinâmica. Pouco valor terá o mesmo se não se movimentar, se permanecer estático na Constituição, desta devendo sair e surtir efeitos externos, na vida das pessoas e em suas relações.

O juiz ativo, ainda renegado por muitos estudiosos, não compromete a imparcialidade, sendo que esta é inerente àquele, está intrinsecamente vinculada à função jurisdicional, sendo ambos inseparáveis. A imparcialidade nos julgamento pode até ser considerada como direito fundamental de todos os litigantes. O que se combate é a idéia de se negar ao julgador uma atuação mais firme e comprometida com os valores democráticos consagrados pela Constituição, como opções que em certo movimento histórico a sociedade fez. O juiz passivo, contemplativo, demonstraria falta de compromisso com a realização da ordem jurídica justa.

A imparcialidade nada mais é que a falta de interesse pessoal do juiz no objeto do processo, sendo-lhe indiferente quem será o vencedor da demanda, não podendo agir para simplesmente favorecer um dos litigantes, o que não significa que, sendo imperativo de sua função a produção de uma sentença justa, não haja interesse em atuar para que este escopo seja atingido, como compromisso inarredável que tem perante a ordem constitucional, impulsionando o procedimento e determinando as diligências que entender idôneas a esta missão, como diretor que é do processo. Aliás, outra não é a interpretação a ser dada aos artigos 125, incisos I a III, 130 e 131 e 262, do Código de Processo Civil (CAHALI, 2004, p. 602-603 e 621).

Sobre a imparcialidade do juiz, preciosas e atuais são as palavras de Liebman (1985, v. 1, p. 82):

Para poder exercer as suas funções em determinada causa, o juiz deve ser completamente estranho aos interesses que ali estão em jogo, não sendo ligado às partes por especiais relações pessoais: é essa uma elementar garantia da sua imparcialidade na causa e, antes disso até, uma garantia do seu prestígio perante as partes e a opinião pública, que advém da certeza da sua independência. Por isso, não basta que o juiz, no íntimo, se sinta capaz de exercer o seu ofício com a habitual imparcialidade: é necessário que não reste sequer a dúvida de que motivos pessoais possam influir em seu ânimo. Por outro lado, é necessário evitar que as partes abusem dessas exigências, suscitando suspeitas infundadas sobre a pessoa do juiz: daí a necessidade de que elas aduzam motivos específicos e provas adequadas, quando quiserem recusá-lo.

O desequilíbrio entre as partes compromete a justiça da decisão. A extrema preocupação do julgador com sua imparcialidade pode levar à produção de resultados injustos, deixando o processo de cumprir seu papel, como meio apto a realizar no plano jurídico e fático o direito substancial. Para Lopes (2002), as tendências atuais do processo civil impõem o afastamento da postura burocrática e protocolar do juiz, porque estão em conflito com aquelas, não sendo concebível que “no estágio atual da doutrina processual, que a parte seja prejudicada pelo apego ao fetichismo das formas e à dogmática tradicional”.

A imparcialidade dos órgãos jurisdicionais restaria abalada justamente quando o juiz se mantivesse inerte, deixando de promover as medidas que se mostrem imprescindíveis para a igualização das partes, mesmo quando tem consciência de que a sua abstenção poderá contribuir para que o processo produza resultados injustos, em desarmonia com a ordem jurídica. Deixaria de observar os fins sociais e jurídicos a que visa todo o sistema processual, como parte do ordenamento jurídico. Sua posição de expectador privilegiado e indiferente dos fatos que se desenvolvem no processo poderá favorecer ilegitimamente uma das partes na demanda.

Para Grinover (1990), o sistema deve assegurar aos litigantes, seja como autor, seja como réu, as mesmas oportunidades de participação na relação processual para tentar obter tutela para suas razões, sendo corolário do reconhecimento da plenitude e da efetividade do contraditório a utilização de “todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças”.

Nota-se, assim, que há uma íntima ligação entre as oportunidades de participação no processo e o contraditório assegurado pela Constituição às partes. Evidentemente que não é tarefa das mais fáceis identificar as situações de desigualdade no processo de modo a se adotar as providências que objetivem eliminá-las, mas nem por isso se pode aceitar o abandono, a falta de zelo e preocupação para este problema.

Correia (1999) lembra a existência de estudos que defendem a concessão de poderes assistenciais ao juiz, em homenagem à noção de justiça material (em contraposição à idéia de justiça formal) e em decorrência do princípio da paridade das armas, não consagrado explicitamente na Constituição, mas admitido por parte da doutrina, com o objetivo de assistir o mais frágil na relação jurídica deduzida em juízo, como forma de assegurar a igualdade real entre os litigantes, eliminando a desigualdade entre eles, constatada no processo. Esta postura tem sido apregoada por alguns como própria do juiz moderno, distinto do juiz dos tempos do liberalismo (que conduzia o processo sem qualquer interferência), que não pode mais ser um mero convidado de pedra, sem que se vislumbre nisso a quebra das exigências de independência e imparcialidade. Para aqueles que assumem esse posicionamento, segundo o autor, somente com essa garantia de uma participação de igual intensidade no processo, haveria verdadeiro *due process of law*.

Conforme citado acima, os artigos 130 e 262, do Código de Processo Civil, conferem ampla liberdade ao juiz quanto à iniciativa para a determinação de produção de provas, pois que é de interesse público o descobrimento da verdade real, para que a sentença a reflita o quanto possível, pois, se assim não o fizer, é manifesta a não realização da justiça, em desacordo com a ordem jurídica e seus princípios, não se atribuindo a quem tem razão o bem da vida em disputa. As provas são essenciais para a reconstrução do estado fático vivenciado pelas partes em litígios. A atividade do juiz, seja pelo que reza a lei, ou até mesmo pelas disposições constitucionais, portanto, de extrema relevância, é realizada em um processo em contraditório, exigindo que a sentença a ser proferida seja motivada, sob pena de nulidade. O inconformismo com a mesma por uma das partes ou por ambas, habilita o manejo das vias recursais, para que em segundo grau de jurisdição, haja sua revisão. Portanto, não subsistem realmente motivos para a desconfiança quanto a esta maior participação do julgador na direção e instrução da causa.

O juiz burocrata, formalista e indiferente ao litígio e à justiça ou injustiça quanto aos resultados que o processo pode suscitar somente vem a contribuir para dificultar a efetividade da prestação jurisdicional, conseqüentemente, do acesso à justiça.

#### **8.4.8 Morosidade Processual**

Um dos principais motivos do descrédito no Judiciário é a morosidade processual, mal reconhecido pela opinião pública, pelos veículos de comunicação, pela

magistratura<sup>66</sup>, pelas autoridades públicas que de algum modo se vinculam ao problema, pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelas associações de magistrados e do Ministério Público, como pode ser observado das opiniões de colunistas, profissionais da área jurídica<sup>67</sup> e de entrevistas de autoridades públicas<sup>68</sup> sobre esse assunto, divulgadas freqüentemente pela mídia ou em jornais e informativos internos das referidas associações de magistrados, como a AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros<sup>69</sup> e a ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho<sup>70</sup>, e ainda, a CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público<sup>71</sup>. Enfim, há consenso de que o processo judiciário brasileiro é extremamente lento, necessitando de providências urgentes, seja no campo da legislação processual, seja no da estruturação do Poder Judiciário<sup>72</sup>.

Relatório recente, do Conselho Nacional de Justiça, divulgado pela mídia, demonstra que a morosidade processual continua sendo o principal problema da Justiça, destacando em particular o fato de que mais de oitenta por cento dos processos não são resolvidos no mesmo ano em que têm início.<sup>73</sup>

Para Tucci (1997, p. 16), a excessiva duração do processo é tema antigo da sociologia jurídica, mas mantém sua atualidade, lembrando a lição de Taruffo, para quem a

---

<sup>66</sup> Conforme, por exemplo, entrevista com o presidente da Associação dos Magistrados de Sergipe, Juiz Fernando Clemente da Rocha. Disponível em: <<http://www.infonet.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

<sup>67</sup> Vide artigo, a título ilustrativo, do promotor de justiça Valtércio Pedrosa, denominado “A lentidão do Judiciário brasileiro”. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

<sup>68</sup> Exemplifica-se com o discurso do Ministro Presidente do Excelso Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, na abertura do ano judiciário, em matéria intitulada “Presidente do STF critica ineficácia da Justiça”. Disponível em: <<http://www.milenio.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

<sup>69</sup> Conforme diversos artigos publicados pela Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponíveis em: <<http://www.amb.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

<sup>70</sup> Artigos publicados pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Disponíveis em: <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

<sup>71</sup> Diversos artigos. Disponíveis em: <<http://www.conamp.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

<sup>72</sup> O Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, demonstrou interesse e preocupação com a ampliação do acesso à justiça, fortalecimento das defensorias públicas e aperfeiçoamento das instituições judiciárias para alcançar mais agilidade e celeridade, como pode ser visto de parte do seu discurso na abertura do ano judiciário 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

história do processo civil desde o iluminismo europeu vem demarcada pelo notório esforço em tornar o processo menos complicado e mais racional e célere. Lembra, ainda, da opinião de Bielsa e Graña, quando afirmam que há consenso entre a opinião pública e os especialistas, no sentido de que a tramitação do processo jurisdicional é excessivamente demorada, demonstrando que “na realidade, a *performance* da administração da justiça encontra-se muito aquém de atender às expectativas e aos anseios da sociedade”.

Nessa mesma linha, forma-se o pensamento de Bedaque (2003b, p. 18):

Não se pode aceitar que alguém tenha de aguardar três, quatro, cinco, às vezes dez anos, para obter, pela via jurisdicional, a satisfação de seu direito. Quem procura a proteção estatal, ante a lesão ou a ameaça a um interesse juridicamente assegurado no plano material, precisa de uma resposta tempestiva, apta a devolver-lhe, de forma mais ampla possível, a situação de vantagem a que faz jus. Os inúmeros incidentes processuais que o sistema prevê, a facilidade de acesso às instâncias superiores, ordinárias e extraordinárias, a adoção de técnica inaceitável para a eliminação da crise de inadimplemento, além da deficiência estrutural do Poder Judiciário, são fatores determinantes dessa excessiva demora na apresentação dos resultados do processo. O exame das modalidades de tutela jurisdicional permite afirmar que o sistema processual ainda não encontrou técnicas para a satisfação, com eficiência, de determinados interesses.

Em que pese o reconhecimento unânime de todos que de algum modo se encontram envolvidos com este exame a respeito da satisfatoriedade da atuação do Judiciário quanto ao tempo consumido para a solução dos litígios, é preciso esclarecer que o processo rápido, em semanas ou em poucos meses, não traduz uma concepção razoável, real, mas sim, consiste em utopia, eis que celeridade nesse ritmo não se coaduna com os postulados do devido processo legal, em particular com as garantias constitucionais da ampla defesa e do

---

<sup>73</sup> Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2006.

contraditório<sup>74</sup>, não devendo ser esquecido que o Judiciário brasileiro nunca em sua história julgou de forma rápida. Até é possível admitir restrições a algumas garantias processuais em benefício de um bem maior, mas jamais será legítima sua supressão ou mesmo limitação que possa torná-las inócuas, gerando decisões injustas e o descrédito do próprio Judiciário.

A lentidão processual, no Brasil, é crônica, histórica. Lembre-se, não obstante, que é salutar que haja um tempo para que a causa seja amadurecida antes do seu julgamento. Não se pode ter tanta pressa. A natureza, por exemplo, leva milhões de anos para transformar carbono em diamante. Uma árvore, para chegar à fase adulta, ou para produzir os primeiros frutos, desde a semente, pode levar décadas. A rapidez, tão desejada por todos, não pode comprometer, pelo menos, certo grau de certeza e justiça da decisão, que deve ser preservado, havendo causas que necessitam, muitas vezes, de maior tempo de reflexão e amadurecimento.

Para Aragão (1976, v. 2, p. 99-100), o processo oscila entre os ideais de rapidez e de certeza e para conciliá-los, de modo que a lentidão não comprometa a eficácia da sentença final, “a lei arma os figurantes da relação processual de uma série de meios diversos”.

Tornaghi (1974, v. 1, p. 382) afirma que, em certa medida, os órgãos jurisdicionais são responsáveis em assegurar a celeridade processual, mas devem cuidar para que as garantias de direito material e processual, das partes e de terceiros, não sejam mutiladas, mas sim, respeitadas, não se admitindo que a pretexto de celeridade processual haja leviandade e irreflexão, com a produção de decisões jurisdicionais que revelem açodamento, afogadilho ou sofreguidão. O juiz “deve ser destro, sem ser precipitado; pontual,

---

<sup>74</sup> Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

sem imprudência. O juiz inconsiderado é ainda pior que o vagaroso. A observância rigorosa das formas e prazos legais é a melhor receita para conciliar a rapidez e a segurança”.

Barbi (1983, v.1, p. 515) é outro processualista que sustenta a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre a decisão rápida e a segurança jurídica, enquanto bens imprescindíveis à defesa do direito dos litigantes, lembrando que geralmente quando se intensificam as medidas em busca da rapidez há o comprometimento da segurança jurídica, e quando se tenta conferir maior grau de segurança compromete-se a rapidez das decisões, pois, quase sempre, um processo muito célere restringe o direito de defesa por parte do réu e, de outro lado, uma garantia muito elástica da ampla defesa corresponde a um processo moroso. Para ele, “as sucessivas reformas processuais têm sempre o objetivo de encontrar o ponto de equilíbrio, em que a celeridade desejável não provoque o enfraquecimento do direito de defesa de cada um”.

Na mesma linha de raciocínio, Carneiro (2004, p. 1-2) entende que não há como conceber um processo que não se alongue no tempo, ainda que seja valorizado o princípio da oralidade, uma vez que é preciso conceder prazos às partes para alegar, requerer, manifestar, impugnar, provar e recorrer das decisões que lhes são desfavoráveis, em decorrência do princípio do contraditório, o que se dá também com o juiz, a quem se deve conceder tempo para estudar a causa, refletir e amadurecer, habilitando-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e as sentenças, razão pela qual, deve ser recebida com reservas a afirmação de que o tempo, no processo, é um inimigo “contra o qual deve o juiz travar uma luta sem tréguas”.

O que compromete o pleno acesso à justiça, prejudicando a efetividade do processo e a eficiência do aparelho judicial, não é a demora razoável, necessária para que as

partes tenham asseguradas as garantias constitucionais do devido processo legal e para que o magistrado se sinta em condições de julgar a demanda, mas sim, o excesso de tempo registrado na imensa maioria dos processos que tramitam na Justiça brasileira. Os operadores jurídicos, particularmente os magistrados, muito podem fazer para evitar o prolongamento desnecessário da tramitação processual.

Bedaque (2003b, p. 2), destacando a importância das garantias processuais, aduz que todos os operadores jurídicos – incluindo o magistrado - devem buscar diminuir o tempo de tramitação do processo, afastando os formalismos inúteis, as demoras injustificáveis e as protelações maliciosas, conforme, aliás, é desejado pela lei processual, uma vez que é reputado litigante de má-fé, dentre outros motivos, aquele que opõe resistência injustificada ao normal andamento do processo, age de modo temerário, provoca incidentes manifestamente infundados, interpõe recursos protelatórios, atenta contra a dignidade da justiça ou comete ato atentatório ao exercício da jurisdição.

A morosidade processual, enquanto um dos mais graves obstáculos ao pleno acesso à justiça, é alvo de preocupação dos processualistas em todo o mundo civilizado há várias décadas, como se observa, por exemplo, da obra de Cappelletti e Garth (2002, p. 4).

Nicolò Trocker (*apud* MARINONI, 2004, p. 24) qualifica a lentidão da justiça de grave problema social, afirmando que a mesma é causa de danos econômicos, ao imobilizar bens e capitais, favorecendo a especulação e a insolvência e acentuando a discriminação entre os que podem e os que não podem esperar. Para ele, “um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição”.

Também na França, Roger Perrot (*apud* CARNEIRO, 2004, p. 3) diz que no início do século XX, quando os litígios geralmente versavam sobre direito de sucessão e de propriedade, sobre servidões ou usufruto, mesmo a lentidão dos processos sendo algo irritante, acabava-se por resignar a ela, atribuindo a responsabilidade ao formalismo judicial, mas hoje, tendo em conta a natureza dos litígios, não é possível resignar-se: “uma pensão alimentar, uma indenização por despedida ou destinada a ressarcir um dano não pode esperar meses. Eis porque a celeridade se converteu num dos primeiros imperativos da Justiça moderna”.

Sampaio Vaz (1995, p. 851) concebe o processo como instrumento que deve produzir resultados dentro de um prazo razoável, sendo o direito à jurisdição indissociável do direito a uma tutela judicial efetiva que, por sua vez, “pressupõe o direito a obter uma decisão em prazos razoáveis, sem dilações indevidas. Ou seja, a tutela judicial efetiva implica uma decisão num lapso de tempo razoável, o qual há de ser proporcional e adequado à complexidade do processo”.

Do mesmo modo se posicionam Bielsa e Graña (1994, p. 189-190), quanto à necessidade de uma duração razoável do processo, sob pena de qualquer decisão, por melhor que seja seu conteúdo, se mostrar injusta:

Um julgamento irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. [...] O resultado de um processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja

injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar!

A excessiva demora do processo jurisdicional sempre foi uma barreira para a efetividade da garantia do acesso à justiça. Esta situação concretamente evidenciada nos órgãos jurisdicionais é incoerente com o monopólio da justiça pelo Estado, que proíbe a chamada “justiça com as próprias mãos”, sinônimo de exercício arbitrário da razão, mas, ao mesmo tempo, não disponibiliza aos interessados meios adequados e tempestivos para a resolução dos conflitos. Mesmo sendo reconhecido que o processo exige que se lhe dê um tempo, para o exercício das garantias constitucionais pelos litigantes, para a reunião de provas e para a formação do convencimento do magistrado, não menos verdade é a constatação de que o tempo consumido pela tramitação do processo introduz, por si só, certo prejuízo ao litigante que tem razão, de modo que quanto mais lento for o processo jurisdicional mais este restará prejudicado e, de outro lado, nessa morosidade maior interesse terá a parte que não tiver razão. Não se pode admitir que não se perceba que a demora do processo favorece exatamente àquele que não tem interesse no cumprimento do dever jurídico emanado do ordenamento estatal.

Como visto alhures, no âmbito legislativo, nos últimos dez anos, pelo menos, o Código de Processo Civil tem sofrido alterações pontuais, com o objetivo de tornar o processo mais rápido e, em assim ocorrendo, mais justo e efetivo, mormente da perspectiva daquele que tem razão, a quem se destina a tutela jurisdicional.

Essa questão, que bem de perto diz respeito a um dos mais destacados óbices à garantia de acesso à justiça, tem motivado a doutrina brasileira a se dedicar a estudos que visem à elaboração de propostas para o aperfeiçoamento dos procedimentos e dos meios

processuais, cuja finalidade última é contribuir, cientificamente, para que todos venham a ter um processo mais efetivo, de resultados concretos.<sup>75</sup>

Marinoni (2000, p. 33-34) afirma que é simplista a idéia, vez ou outra divulgada pela mídia, de que o juiz é o culpado por esse estado de morosidade crônica e nociva do processo, ou pela falta de qualidade de seu serviço. O Poder Judiciário está organizado e funciona de acordo com a ideologia dominante, atendendo à vontade dos detentores do poder, pois nada possui uma configuração sem uma razão ou motivação, e nessa perspectiva não se pode afirmar que uma “justiça” é boa ou má, efetiva ou inefetiva, mas sim, que é conforme desejam que ela seja, e nesse caso, para alguns será sempre boa e efetiva. A relação entre o direito de ingresso em juízo e a tempestividade da prestação jurisdicional, é por ele assim entendida:

Atualmente seria irracional imaginar que o direito de ir ao juízo não tem como corolário o direito à tempestividade da ‘justiça’. O grande problema, na verdade, está em construir tecnologias que permitam aos jurisdicionados obter uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva. Isto é difícil não somente porque a necessidade de tempestividade modifica-se de acordo com as mudanças da sociedade e dos próprios direitos, mas também porque o Estado apresenta dificuldades em estruturar-se de modo a atender a todos de forma efetiva. Além disso, a jurisdição não serve apenas para atender ao autor da ação, ou seja, àquele que primeiramente a procura, mas a todos aqueles que podem estar envolvidos em um conflito de interesses narrado pelo autor;

---

<sup>75</sup> Alguns exemplos: Ada Pellegrini Grinover, *O acesso à justiça no ano 2000*, in: **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994; Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*, in: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990; Cândido Rangel Dinamarco, **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998; Cândido Rangel Dinamarco, *Os Juizados Especiais e os fantasmas que os assombram*, in: **Fundamentos do processo civil moderno**. V. 2. São Paulo: Malheiros Editores, 2000; Egas Dirceu Moniz de Aragão, *O processo civil no limiar de um novo século*, in: **Revista de Direito Processual Civil**. V. 16. Curitiba: Gênese; Egas Dirceu Moniz de Aragão, *O Estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício)*, in: **Revista Brasileira de Direito Processual**. V. 16. Rio de Janeiro: Forense; José Carlos Barbosa Moreira, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, in: **Temas de direito processual civil**. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980; José Carlos Barbosa Moreira, *Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo*, in: **Temas de direito processual civil**. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984; Ovídio Baptista da Silva, **Curso de processo civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; Ovídio Baptista da Silva, **Jurisdição e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

justamente por isto, é dever do juiz, antes de dar a resposta definitiva às partes, admitir todas as suas alegações e provas, e isto, como é evidente, reclama tempo, que muitas vezes pode prejudicar a parte que ao final é reconhecida como a titular do direito.

Não se pode deixar de perceber que um sistema judiciário moroso interessa muito àqueles que descumprem os deveres que lhe são impostos pela ordem jurídica, sejam particulares, seja o poder público, porque muitas vezes é mais econômico descumprir as normas legais e apostar que, nos casos de ajuizamento de demandas pelos titulares dos direitos lesados, ainda que julgadas procedentes, a lentidão do processo poderá trazer alguma vantagem ao réu. Esta situação pode ser perfeitamente verificada na Justiça do Trabalho, quanto às demandas propostas contra instituições bancárias, cuja mercadoria que comercializam é o dinheiro, ainda que se comparem as menores taxas de juros que auferem nas operações de crédito e financiamento com aquelas que terão que pagar caso os pedidos sejam julgados procedentes. Ou seja, é mais vantajoso financeiramente deixar de pagar o que é devido ao trabalhador, usar o dinheiro que pertence a este, remunerado a altas taxas de juros, do que cumprir a obrigação.

De outro lado, mesmo naqueles casos em que o réu tem razão, os prejuízos são menores que àqueles que seriam suportados pelo autor, caso saísse vencedor na batalha judicial. Mais graves são os prejuízos do autor quando o crédito tem natureza alimentar, pois o seu titular, muitas vezes, para poder sobreviver durante a longa espera da resposta jurisdicional, atrasa o pagamento de contas, como aluguel, água, luz, telefone, tributos (IPTU, IPVA etc.), dentre tantas outras, em relação às quais seus credores exigirão correção monetária, multa moratória e juros, em taxas bem mais elevadas que aquelas que serão aplicadas ao crédito de que é titular, reconhecido pela decisão jurisdicional.

Marinoni (2003) sustenta que para reduzir os males da demora da prestação jurisdicional, o réu que recorre da sentença de procedência é a parte que deve arcar com os mesmos, pois a finalidade da impugnação é demonstrar o desacerto da sentença, que não pode ser considerada um mero projeto de um acórdão, mas sim, produzir efeitos imediatos favoráveis àquele que teve o direito reconhecido, vislumbrando um estímulo à não observância das normas jurídicas, quando se toma consciência da demora do processo, ou seja, “a morosidade do processo caminha na razão proporcional do uso arbitrário do poder e da desconsideração das normas que consagram garantias e direitos da sociedade”.

Para Marinoni (2000a, p. 184), numa outra obra em que cuida do tema:

O conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva deve ser solucionado a partir da evidência do direito do autor. Se o autor deseja, já no início do processo, obter o bem que postula, o certo é que o direito somente pode ser dito evidente, na maioria das vezes, quando o juiz está em condições de proferir a sentença. Entretanto, se o juiz declara a existência do direito, não há razão para o autor ser obrigado a suportar o tempo do recurso. A sentença, até prova em contrário, é um ato legítimo e justo. Assim, não há motivo para ela ser considerada apenas um projeto da decisão de segundo grau, nesta perspectiva a única e verdadeira decisão. A sentença, para que o processo seja efetivo e a função do juiz de primeiro grau valorizada, deve poder realizar os direitos e interferir na vida das pessoas. Perceba-se, além disso, que o recurso, na hipótese de sentença de procedência, serve unicamente para o réu tentar demonstrar o desacerto da tarefa do juiz. Assim, por lógica, é o réu, e não o autor, aquele que deve suportar o tempo do recurso interposto contra a sentença de procedência. Se o recurso interessa apenas ao réu, não é possível que o autor – que já teve o seu direito declarado – continue sofrendo os males da lentidão da justiça.

Carneiro (2004, p. 3) tem opinião semelhante sobre os prejuízos que a demora processual pode causar ao autor, qualificada por ele de grave problema social.

Dinamarco (2001, p. 331-332; 2003b, p. 56-57) sustenta que “por mais de um modo o decurso do tempo pode ser nocivo”, identificando três hipóteses: (a) do provimento tardio, quando o mal temido já foi consumado; (b) da tutela jurisdicional demorada, depois de uma espera além do razoável, com muito sofrimento e privações impostas ao titular do direito; e (c) “do processo que deixa de dispor de meios externos indispensáveis para sua correta realização ou para o exercício útil da jurisdição”. Exemplifica, no primeiro caso, com o provimento expedido depois da realização do concurso público, num mandado de segurança com pedido de liminar, quando o impetrante não mais poderá participar do certame. No segundo, com o titular de direito a alimentos, recebendo a tutela jurisdicional muitos anos depois de injustas privações. Finalmente, no terceiro grupo, com a testemunha que vem a falecer antes de ser tomado seu depoimento ou o bem a ser penhorado que desaparece antes da constrição judicial. Completa seu raciocínio, assim:

No primeiro caso, o processo não terá produzido tutela jurisdicional alguma, porque sem a efetiva oferta do bem a que o sujeito tem direito não se pode falar em verdadeira tutela jurisdicional; no segundo, a tutela jurisdicional se realiza mas não é tempestiva, sendo ilegítimo e injusto sujeitar o titular de um direito a tanta espera. No terceiro, o processo mal aparelhado terá sido incapaz de oferecer a tutela justa ao sujeito que tiver razão [...].

Seria incorrer em grave erro imaginar que a simples faculdade de propor uma demanda é sinônimo de acesso à justiça. Assim também seria, mesmo que fossem reduzidos ou eliminados os demais óbices ao acesso à justiça, sem que haja solução para a questão do excesso de demora na prestação jurisdicional. Todos os entraves indicados pela doutrina devem ser objeto de medidas que tenham por escopo sua extinção para que se atinja verdadeiramente o acesso à ordem jurídica justa, para que o processo seja efetivo, no sentido de realizar no plano concreto os direitos substanciais reconhecidos pela sentença, dando a esta

uma utilidade, pois de nada adiantará àquele que tiver razão obter apenas a sentença de procedência de sua pretensão, mas sem os meios que lhe possam conferir acesso ao bem da vida a que tem direito.

Cabe assinalar que a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2004, acrescentou ao artigo 5º, da Constituição, o inciso LXXVIII, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” e assim, a celeridade processual acompanhada dos meios que a assegure passou a ser uma garantia constitucional dos jurisdicionados.<sup>76</sup>

Mais uma vez, entretanto, vale a advertência, no sentido de que nada se resolve somente com a instituição formal de direitos e garantias, ainda que através de normas constitucionais, caso os mesmos não sejam implementados no plano fático, de modo a se tornarem efetivos, cujos efeitos devem ser concretamente sentidos pelos seus destinatários.

#### **8.4.8.1 Excesso de demandas**

Por diversas razões, e aqui não serão tratadas todas, mas de algumas que foram selecionadas, porque se apresentam – ou pelo menos aparentam ser - como mais relevantes, uma das causas que também merece destaque, pela sua importância no estudo dos fatores que geram lentidão processual, comprometendo o acesso à justiça, pelas graves consequências que pode provocar, refere-se ao inegável excesso de demandas nos órgãos

---

<sup>76</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 mar. 2006.

judiciários, com crescimento em ritmo mais acelerado depois da promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988, o que pode ser explicado pela garantia de direitos num rol maior que aquele sob a égide da ordem constitucional anterior e pelo resgate do sentimento de cidadania, com a instauração, ainda que tardia, do regime democrático, depois de um longo e nocivo período ditatorial, representado pelo governo militar a partir de 31 de março de 1964, que perdurou até 15 de março de 1985, data em que tomou posse no cargo de Presidente da República, o Senhor José Sarney<sup>77</sup>.

O crescimento demográfico da população é também um fator que não pode ser desprezado quando se analisa o aumento das demandas e uma maior lentidão na prestação jurisdicional. Para se der uma idéia, segundo estimativas populacionais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas<sup>78</sup>, a população brasileira, entre 1985 e 2005, teve o seguinte crescimento (estimativas e não população real):

- a) 1º de julho de 1985: 132.999.282
- b) 1º de julho de 1988: 141.312.997
- c) 1º de julho de 1993: 153.985.576
- d) 1º de julho de 1998: 166.252.088
- e) 1º de julho de 2003: 178.985.306
- f) 1º de julho de 2005: 184.184.264.

Portanto, entre 1º de julho de 1985 e 1º de julho de 2005, período de vinte anos, o crescimento demográfico da população brasileira foi de 38,485%, o que significa aumento de mais de cinquenta e um milhões de pessoas, número mais que expressivo. A evolução do número de recursos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, conforme o

---

<sup>77</sup> Sobre o tema ver matéria publicada pelo Jornal Correio Braziliense, edição de 15 de março de 2005, sob responsabilidade do jornalista Rudolfo Lago, com o título “No poder por acidente” e subtítulo “Há 20 anos, o Brasil que esperava Tancredo na Presidência da República assistiu à posse de José Sarney”. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=183126>>. Acesso em: 02 mar. 2006.

<sup>78</sup> Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário<sup>79</sup>, nesse mesmo período, foi a seguinte: a) 1985: 18.206; b) 1988: 21.328; c) 1993: 24.377; d) 1998: 52.636; e) 2003: 87.186; e f) 2005: 95.212. Em vinte anos, o número de recursos no STF cresceu 422,97%.

Usando a mesma fonte de dados, no Superior Tribunal de Justiça, em 1990 foram recebidos 14.087 recursos e em 2003 foram recebidos 216.493 recursos, portanto, um crescimento de 1.436,82%; no Tribunal Superior do Trabalho, em 1990 eram 20.276 recursos e em 2003 passaram a 123.417 recursos, aumento de 508,68%; a Justiça do Trabalho de primeiro grau, em 1990 recebeu 1.233.410 processos e em 2002 recebeu 1.607.836, aumento de 30,35%, e no segundo grau de jurisdição, passou de 145.646 recursos em 1990 para 385.671 em 2002, aumento de 164,80%; no primeiro grau da Justiça Federal, em 1990 foram 266.585 processos e em 2001 1.575.093, crescimento de 490,84%, e no segundo grau de jurisdição foram 122.017 recursos em 1990 e 545.501 em 2001, aumento de 347,06%; na Justiça Comum dos Estados, em primeiro grau de jurisdição, em 1990 foram 3.617.064 processos e em 2002 foram 10.803.764, variação de 198,688% e, no segundo grau (tribunais de justiça e tribunais de alçada), foram recebidos em 1990 271.300 recursos e em 2002 foram 1.066.950 recursos, aumento de 293,27%, que, na realidade é maior, pois que no relatório de 2002 não constam as informações dos Estados do Acre, Amazonas, Bahia e Roraima.

As informações sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais não são confiáveis, eis que não estão computados os dados dos Estados do Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Pernambuco, Roraima e São Paulo, no ano de 1999 e, igualmente, os Estados do Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Paraná, Roraima, Rio Grande do Sul e São Paulo, no ano de 2003. De qualquer sorte, em 1999 foram 803.843 e em 2003 foram 943.477 demandas cíveis.

---

<sup>79</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

O número de magistrados em cotejo com o crescimento da população e do número de demandas é bastante inferior fosse para estabelecer uma relação de proporção entre esses elementos. A título ilustrativo, com base no mesmo banco de dados do STF, na Justiça Comum de primeiro grau, em 1999, o número de juízes era de 7.231 e a população era de 163.998.652 (relação de um magistrado para cada grupo de 22.680 habitantes). Em 2003, o número de magistrados diminuiu para 6.068, mas a população cresceu, atingindo 176.876.443 (relação de um magistrado para cada grupo de 29.149 habitantes). Na Justiça do Trabalho, incluindo Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Varas do Trabalho (juizes titulares e juizes substitutos) e excluindo os ocupantes do cargo de juiz classista (extinto em dezembro de 1999, pela Emenda Constitucional nº 24, de 09 de dezembro de 1999), eram 1.279 magistrados togados em 1999 e 1.362 em 2003, aumento de apenas 6,49% em quatro anos.

Logo, é de se concluir que o crescimento da população e do número de demandas e de recursos nos tribunais, nos últimos anos, foram muito maiores que o aumento dos órgãos jurisdicionais e magistrados. Este desequilíbrio contribui fortemente para a lentidão processual, prejudicando os compromissos que a garantia constitucional do acesso à justiça deve realizar.

Outra razão que explica o excesso de demandas no Judiciário brasileiro não guarda relação direta com a Constituição, ou com o desproporcional crescimento da população, das demandas e dos recursos em comparação com a estrutura do Judiciário, mas diz respeito a matérias que poderiam ser reguladas pela vontade das partes através de meios extrajudiciais, sem a intervenção de órgãos judiciários, ou, ainda que se trate de atos processuais, poderiam ser praticados sem a necessidade de determinação expressa emanada do juiz ou de execução por servidores do Judiciário.

Dentre os atos que obrigatoriamente exigem a intervenção do juiz, por força de lei, mas que poderiam ser praticados sem ela, podem ser citadas as celebrações de casamentos, a ordenação de citações e intimações, a confecção de diversos despachos sem conteúdo decisório para a realização de atos simples (com a finalidade de mandar intimar o réu a se manifestar sobre prova documental produzida pelo autor, intimar a parte a contrarrazoar recurso interposto por seu adversário, intimar a parte a se manifestar sobre a nomeação de perito ou sobre o laudo apresentado por este, intimar testemunhas e perito etc.), assinar inúmeros documentos nos procedimentos eleitorais, expedir ofícios e, ainda, atos que não necessitariam de oficiais de justiça, mas que poderiam ser realizados pelas próprias partes interessadas, a exemplo da citação do réu, cumprimento de cartas precatórias e intimação de testemunhas (PEDROSA, 2005, p. 4-5).

Muitos processos versam questões que poderiam ser resolvidas administrativamente e não através do Judiciário. Pedrosa (2005, p. 5) exemplifica com o número expressivo de alvarás requeridos diariamente para levantamento de importâncias depositadas em agências bancárias na conta do falecido, como saldos de poupança e conta-corrente, salários, FGTS e PIS. Nesses casos, não se trata de litígio a ser resolvido, mas, em razão do que dispõe a lei, é necessária autorização judicial, conseqüentemente, a instauração de procedimento judicial para viabilizar o saque, o que importa na contratação de advogado ou a procura de um defensor público. Antes de decidir o juiz terá que ouvir o representante do Ministério Público, o que significa que esse procedimento, que não envolve conflito de interesses, poderá levar meses, até a expedição da autorização judicial, o que soa absolutamente irracional.

Para Pedrosa (2005), um órgão assistencial do Município ou do Estado poderia resolver a questão em poucas horas, ou até mesmo uma resolução do Banco Central

determinando às agências bancárias o cadastramento de beneficiários da conta, no caso de morte do titular, evitaria grande parte dessas ações, porém, o que há é a Lei n. 6.858/80, “criando um procedimento desumano e de alto custo para quem acaba de perder um ente querido”.

A mesma situação é verificada no que se refere a inúmeros processos de jurisdição voluntária, em que não há verdadeiramente litígio a ser solucionado, sem prejuízo da antiga e ainda não superada discussão doutrinária acerca da jurisdicionalidade desta atividade, se existe, ou se se traduz em mera administração pública de interesses privados.

Para exercer o direito contemplado pelo artigo 20, da Lei nº 8742/93, o deficiente mental terá que contratar advogado ou se valer dos serviços de um defensor público, para o ajuizamento de demanda visando sua interdição e a nomeação de um curador, somente com a finalidade de ter acesso à renda mensal prevista pelo dispositivo legal citado. Esta questão poderia ser resolvida por órgãos do Poder Executivo, sem a necessidade de intervenção dos órgãos jurisdicionais, uma vez que inexistente litígio a ser solvido.

O mesmo se dá com o sistema de identificação pessoal, com certidão de nascimento (a cargo do Judiciário) e registro de identidade (a cargo do Executivo), sem que haja uma razão plausível para essa dualidade, sendo de todo aconselhável que todos os atos de registro público fiquem sob responsabilidade de agências do Poder Executivo. Singelos requerimentos para correção de erros materiais em certidões de nascimento envolvem a participação de advogados ou defensores públicos, promotores e juizes, exigindo uma demanda e um julgamento, quando poderiam ser resolvidos administrativamente, com menor custo e em menor tempo. Em sua rotina, os serviços cartoriais atuam em favor do Executivo, quando prestam informações à Receita Federal (sobre transações imobiliárias, por exemplo),

quando disponibilizam o registro originário para os departamentos de identificação, quando informam os óbitos ao INSS para o cancelamento de benefícios etc. Muitas questões que hoje impõem a participação do Judiciário poderiam ser resolvidas mais rapidamente e de forma mais econômica através de órgãos do Executivo, como a adoção de menores, pedidos de guarda e tutela, divórcios consensuais, arrolamentos, inventários, execução de testamentos e alvarás, uma vez não existindo contendas entre os interessados. São questões que predominam nas demandas judiciais em pequenas localidades, de pouca complexidade, não envolvendo conflitos sociais dignos de apreciação pelo Poder Judiciário, porém, em seu aspecto operacional são tão trabalhosas quanto as demandas que cuidam de verdadeiros conflitos de interesses, exigindo registro, autuação, mandados e publicação de atos (PEDROSA, 2005, p. 5-6).

Não há dúvida que o excesso de demandas desta natureza toma tempo precioso dos integrantes do Judiciário e membros do Ministério Público, além do tempo gasto pelos próprios interessados e seus advogados, para a regularização de situações corriqueiras e sem uma justificativa plausível para amparar a exigência de intervenção do Judiciário, até em face da natureza privada dos interesses mencionados, no mais das vezes envolvendo direitos disponíveis. O tempo que poderia ser consumido no exame de causas complexas, de elevada indagação jurídica e de repercussões sociais e econômicas, em que há realmente litígio a ser resolvido, acaba sendo destinado à prática de atos administrativos, elaboração de despachos e exame de causas de jurisdição voluntária. Este quadro cria condições para o aumento do nível de litigiosidade, pois que, conforme já afirmado em outra passagem desse estudo, havendo a percepção de que há demora na solução estatal das demandas, muitos usam o Judiciário em benefício próprio, apostando nessa lentidão para obter vantagens indevidas, até mesmo como motivação para o descumprimento voluntário de suas obrigações.

Esta realidade acaba refletindo na atuação dos próprios magistrados e na justiça de suas decisões, pela priorização das causas menos complexas e pela pressa em analisar e julgar. A quantidade excessiva de demandas, considerando todas as atribuições ora citadas, que não envolvem litígios, contribui para a morosidade processual, não apenas pelo excesso, mas também pela falta de percepção em tempo oportuno de falhas ou irregularidades processuais, nem sempre corrigidas ao seu devido tempo, como se pode ilustrar com aquelas questões que poderiam abreviar o processo, levando à sua extinção sem julgamento do mérito, por não comportarem correções, mas que somente são detectadas depois de percorridas todas as fases processuais, na oportunidade de se proferir a sentença, como se dá com as petições iniciais desprovidas de causa de pedir ou com pedidos incompreensíveis ou defeituosos, petições juntadas inoportunamente tumultuando a marcha processual, irregularidade processual não sanada no prazo concedido, ausência de documento que deveria ter sido juntado com a inicial e procedimentos não apropriados à modalidade de tutela pretendida. Ou seja, nesses casos, depois de o autor aguardar por meses ou anos, o que receberá será uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito, e não a tutela jurisdicional pretendida.

Outra causa apontada pela doutrina diz respeito à produção de leis incompatíveis com a sociedade moderna, como se sucede com a duplicidade de institutos para a extinção da sociedade conjugal, quais sejam, a separação e, depois de algum tempo, sua conversão em divórcio, obrigando o casal à propositura de duas demandas, cujo objetivo final é o mesmo: por fim ao casamento. Esta exigência advém da Lei 6.515/77, aprovada há quase trinta anos, numa época de transição, sendo que a realidade brasileira indica que a quantidade de reconciliações entre casais que se separam é ínfima. Há que ser salientado, ainda, o descumprimento da lei pelo próprio Estado que a elabora, compelindo os particulares a

investirem contra a administração pública, para fazerem valer os direitos contemplados pelos textos legislativos (PEDROSA, 2005, p. 6-7).

O excesso de recursos nas cortes superiores, em particular o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em parte é devido aos pormenores da Constituição da República, com promessas de toda ordem, na construção de uma sociedade ideal, mas exagerando nas minúcias, regulando matérias que deveriam ser tratadas, com maior propriedade, pela legislação infraconstitucional, ou seja, a Constituição ao descer a pormenores em diversas áreas no âmbito do sistema tributário, da ordem econômica e financeira e da ordem social, acaba por propiciar o manejo de recursos para os tribunais superiores, quando num dado processo se discute a constitucionalidade de determinada disposição legal ou a adequação de comportamentos ao seu texto.

Novidade recente, que poderá diminuir a quantidade de recursos, quiçá até desestimular a propositura de demandas versando algumas matérias em relação às quais já há entendimento sedimentado nos tribunais, é a súmula dotada de efeito vinculante e a súmula impeditiva de recursos. A primeira, aprovada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, abrangendo as controvérsias que versem matérias cujo entendimento está consolidado no Supremo Tribunal Federal, obrigando não apenas os órgãos jurisdicionais como também a administração pública, como se observa do teor do artigo 103-A, da Constituição da República, com a redação dada pela citada emenda, ao passo que a súmula impeditiva de recursos, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovada pela Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006 (publicada no Diário Oficial da União de 08.02.2006), significando que as sentenças e acórdãos que estão em consonância com as súmulas dos apontados tribunais não serão suscetíveis de impugnação mediante recursos.

Constituem importantes mecanismos que poderão, a médio e longo prazo, levar à redução do volume de demandas jurisdicionais, não apenas aquelas nas quais participem a administração pública, como sujeito da relação processual ou como terceiro, mas também no âmbito das relações exclusivamente privadas, envolvendo unicamente particulares.

Particularmente em relação à súmula com efeito vinculante, que será tratada mais à frente de modo mais pormenorizado, para alguns juristas e ministros de tribunais superiores, como será visto em outra passagem desse estudo, poderá – em tese - prevenir litígios, pois seus efeitos se estenderão à própria administração pública, que deverá conformar seus atos ao entendimento dado à matéria pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que na prática esse efeito preventivo não seja significativo, nos casos em que as matérias – de natureza constitucional - já têm a interpretação definitiva do STF, as demandas serão apreciadas somente em primeiro grau de jurisdição, pois as sentenças não comportarão recursos impugnando-as.

Essa consequência, por evidente, não exclui a possibilidade de haver recursos quando se tratar de apreciação de questões de fato ou mesmo de direito que não envolvem matéria constitucional, ou que tratem de outros temas não alcançados pelo entendimento firmado pela súmula.

Sobre a prevenção de litígios no âmbito da administração pública, cabe uma derradeira observação, pois, considerando-se que a súmula versará sobre matéria constitucional, fica difícil imaginar sua ocorrência, até porque não parece razoável crer que a administração pública conformará seus atos ao entendimento manifestado em súmula pelo STF, apenas por esta razão, na medida em que se trata, na generalidade das situações, de

violação deliberada de disposições constitucionais, mesmo naqueles casos em que não há qualquer dificuldade na interpretação e na compreensão do dever jurídico derivado dessas disposições, ou seja, não é crível que o julgamento da questão pelo STF, traduzido numa súmula, estará investido de poder para provocar receio ou levar a transformações na conduta da administração pública, para futuros casos semelhantes ou iguais, sem que haja alguma punição contemplada pela ordem jurídica para a hipótese de atos praticados em desconformidade com a súmula.

Contra essa crítica, pode-se argumentar com o § 3º, do artigo 103-A, da Constituição da República, também introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que tem a seguinte redação:

Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Em que pese o cabimento de reclamação para o Supremo Tribunal Federal, visando anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial que divergirem da súmula, o que poderia significar a aplicação de uma sanção e, nesse caso, desapareceria a objeção ora levantada, parece que a depender da quantidade de atos administrativos praticados contrariamente à súmula, assim como, do volume de demandas jurisdicionais dos interessados, questionando-os, a reclamação a que alude a disposição constitucional ora reproduzida poderá se transformar em sucedâneo do recurso extraordinário, ainda que menos complexa e de julgamento presumivelmente mais rápido, fazendo com que seja mantido o

propalado excesso de causas no Supremo Tribunal Federal, comprometendo a almejada celeridade processual.

#### **8.4.8.2 Litigiosidade do poder público**

A crescente litigiosidade do poder público, como demonstram as informações colhidas junto aos tribunais, pelo Ministério da Justiça, visando a implementação das propostas de reforma do Poder Judiciário<sup>80</sup>, contribui imensamente para a ineficiência da atividade jurisdicional, conseqüentemente, para a inefetividade do processo, negando aos jurisdicionados acesso à ordem jurídica justa, entendida como aquela capaz de produzir resultados individual e socialmente justos, ou, numa escala mais ampla, o acesso de todos quantos precisem ao gozo dos direitos consagrados pela ordem jurídica, num prazo razoável.

A administração pública, diante do elevado número de demandas em que figura como participante da relação processual, como autora, ré ou noutra condição, parece conhecer muito bem suas chances no processo e as deficiências crônicas desse instrumento de solução de conflitos (o processo), contando com a lentidão do aparelho judiciário para se sentir à vontade no descumprimento de suas obrigações, pois, além da demora na solução, mesmo que vier a ser vencida na demanda, terá o privilégio da execução através de precatórios que aguardam cumprimento numa ordem cronológica de preferência dos credores, cuja quitação ficará sempre condicionada a existência de recursos orçamentários disponíveis.

---

<sup>80</sup> Diagnóstico do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 02 mar. 2006.

Não é incomum a administração pública adotar mecanismos e procedimentos irregulares, aguardando que o administrado tome a iniciativa de questionar sua atuação, justamente em face dos benefícios que almeja alcançar em detrimento de eventual condenação em demanda judicial. Nesse sentido:

Não raro (...) em face de um aparelho judiciário incapacitado para agir pronta e eficazmente na repressão a práticas públicas prejudiciais ao administrado, ao governante pode vir mesmo a revelar-se de todo conveniente a manipulação das deficiências do sistema em face dos evidentes atrativos em agir à margem da constitucionalidade, no aguardo da respectiva contestação judicial que, de um modo geral, é realizada por uma pequena parcela do universo de atingidos e onde a respectiva repercussão condenatória da sentença é largamente protraída no tempo (FIALHO MOREIRA, 2004, p. 129).

Lembra a autora citada, que o modo de execução contra a Fazenda Pública exige sua reformulação, adaptando-o aos tempos atuais, pois, o precatório foi criado pela Constituição de 1934, com propósito moralizador, buscando acabar com o tráfico de influências e o apadrinhamento político então existente, pelo qual os credores iam aos bastidores dos Ministérios para conseguir o pagamento espontâneo dos créditos resultantes das condenações impostas pelo Judiciário (FIALHO MOREIRA, 2004, p. 132).

Segundo demonstram os números do trabalho realizado pelo Ministério da Justiça, no já citado documento divulgado em agosto de 2004, denominado “Diagnóstico do Poder Judiciário”, “há relação direta entre o crescimento do número de processos nos Tribunais Superiores e a ação do governo federal, com a implementação de medidas de natureza econômica/tributária”.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Idem, p. 11.

Relatório relativo a pesquisas desenvolvidas pela Universidade de Brasília revela que a União Federal *lato sensu*, ou seja, incluídas as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias e as fundações de direito público, organizadas em nível federal, figura como parte na relação processual em 70,20% dos processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal, estando incluídas aí as demandas que cuidam de perdas inflacionárias na correção das contas do FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, em face dos fracassados planos econômicos dos governos passados. Ainda que sejam excluídas as causas relativas à correção do FGTS, o percentual de participação da União Federal *lato sensu* é de 42,7% do total de processos que se encontram no Supremo Tribunal Federal.<sup>82</sup>

A súmula vinculante, por ora restrita ao Supremo Tribunal Federal, conforme Emenda Constitucional nº 45/2004, se apresenta – em tese - como forma de redução da litigiosidade do poder público, pois seus efeitos vincularão não apenas os órgãos judiciários, como também a administração pública, como pode ser conferido da redação dada ao artigo 103-A, da Constituição da República:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A súmula impeditiva de recursos por sua vez, na forma como aprovada pela Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006 (publicada no Diário Oficial da União de

---

<sup>82</sup> “A Justiça em números: indicadores estatísticos do Poder Judiciário brasileiro”. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/seminário>>. Acesso em: 02 mar. 2006.

08.02.2006), abrangendo os posicionamentos sedimentados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, não produzirá qualquer influência na prevenção de litígios envolvendo a administração pública, mas de outro lado, poderá levar à redução de recursos nos tribunais de segundo grau de jurisdição e até nos tribunais superiores, entre eles o próprio Supremo Tribunal Federal, uma vez que o recurso de apelação não será recebido pelo juiz quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ e do STF, conforme dispõe o § 1º, do artigo 518, do Código de Processo Civil, introduzido pela referida lei.<sup>83</sup>

#### **8.4.8.3 Recursos**

Não se pode afirmar que o processo civil brasileiro adota sistema recursal de todo prejudicial à realização dos direitos, sem incorrer em radicalismo, vez que, aceitar ou recusar este posicionamento depende, em certa medida, da escolha que se fizer pela preservação de valores que muitas vezes estão em confronto, pois aqueles que valorizam a segurança das decisões jurisdicionais, sacralizando as garantias processuais, notadamente as enunciadas pela Constituição, entendendo que a oferta de meios de impugnação é garantia de se obter uma decisão correta, servindo para corrigir eventuais falhas na interpretação dos fatos e do direito e na aplicação deste ao caso concreto, certamente não comungam da opinião de que a disciplina dos recursos, no sistema processual brasileiro, retarda a concreta realização dos direitos (efetividade), muitas vezes priorizando o devedor em vez do credor, porque para eles é mais importante a existência de meios que possam garantir a correção das decisões,

---

<sup>83</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2006.

submetendo a causa a vários graus de jurisdição, do que uma solução rápida, mas com maior possibilidade de erros e falhas.

Ou seja, sob este enfoque (efetividade dos resultados produzidos pela prestação jurisdicional), não há que se falar em lentidão processual, mas sim em velocidade compatível com um sistema que privilegia primeiramente as garantias do devido processo constitucional jurisdicional, já que, se usada todas as vias impugnativas legitimadas pelo sistema processual, a jurisdição será prestada no tempo que for possível, sem abortar os mecanismos que premiam os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Segundo Baptista da Silva (2005, V. 1, p. 387-388), recurso, em direito processual, é o procedimento através do qual “a parte, ou quem esteja legitimado a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, a fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que a proferiu ou por algum órgão jurisdicional superior”. Ou, no conceito mais prestigiado em doutrina, de Barbosa Moreira (1998, p. 207): “Recurso é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”.

O litigante inconformado recorre alegando *error in iudicando* (erro de julgamento) ou *error in procedendo* (erro de natureza tipicamente processual), porém, é de bom alvitre que se ressalte que não há qualquer elemento revestido de cientificidade que sirva de convicção à compreensão de que julgar por último é julgar melhor, nem se pode sustentar, como regra, que as reformas das sentenças de primeiro grau de jurisdição, ou mesmo dos acórdãos dos tribunais estaduais ou regionais quando os processos chegam até os tribunais superiores, são sinônimos de correção de erros de julgamento (nos casos de pedido de reforma e não de invalidação da sentença), uma vez que os recursos são meios postos à disposição do

litigante vencido na demanda para impugnar a sentença ou acórdão que lhe desfavorece, também possuindo legitimidade o terceiro interessado e o Ministério Público, desde que cumpridos certos requisitos legais previamente estabelecidos, sem que isso signifique que houve verdadeiramente falhas ou erros de julgamento na decisão impugnada. É da natureza do ser humano não se conformar com as decisões ou com qualquer outro acontecimento que não lhe beneficie ou que lhe cause algum prejuízo.

Com efeito, a percepção dos fatos e de suas conseqüências, o exame e a valoração das provas, os métodos empregados para a interpretação do direito, a concepção individual de cada julgador em relação ao ordenamento jurídico, a opção por uma ou outra corrente de pensamento sobre determinado aspecto do direito ou sobre as instituições processuais, a formação acadêmica do julgador, suas experiências profissionais e de vida, seus sofrimentos e desencantos, sua postura em relação ao resultado da prestação jurisdicional, sua visão de mundo, suas convicções políticas, enfim, um número quase infinito de situações, podem levar à produção de decisões jurisdicionais díspares, em relação a uma mesma causa, a um mesmo processo, muitas vezes completamente distintas umas das outras, sem que isso autorize afirmar a superioridade de umas em relação às outras, ou seja, esta realidade inegável enfraquece o entendimento, muitas vezes visto, de que a decisão do tribunal “corrigiu” a sentença de primeiro grau, porque nesta havia erro de julgamento, o que até pode acontecer, mas não é a regra.

Conforme as lições de Calmon de Passos (2003, p. 67), existem fatores de ordem pessoal ligados aos operadores jurídicos, outros de ordem social, relacionados com as instituições políticas e econômicas e, ainda, os de natureza axiológica, por sua vinculação com os valores socialmente operantes, que fazem com que um mesmo enunciado formal do direito seja aplicado diferentemente, produzindo conseqüências fáticas também diversas.

Falhas no julgamento das questões de fundo (que podem levar à reforma da decisão, com provimento parcial ou total do recurso) ou erros de procedimento (que podem levar à nulidade da decisão, ensejando a prolação de uma nova) muitas vezes ocorrem. O que não é admissível é sustentar que todas as decisões jurisdicionais de alguma forma modificadas pelos tribunais padecem de erro de julgamento ou de erro de procedimento. Outra possibilidade é a de ocorrência de má-fé no julgamento (Rezende Filho, 1959, V. III, nº 877).

Considerando-se que o sistema recursal é ora analisado da perspectiva do acesso à justiça, dentro do tema da morosidade processual, independentemente da concepção que se tenha do processo, se deve gerar soluções para os conflitos jurídicos de interesses de forma econômica, rápida e efetiva, ou se estes aspectos não são os mais importantes, mas sim, a certeza de uma decisão correta, num processo em que as garantias constitucionais sejam levadas às últimas conseqüências, sem sofrer qualquer espécie de limitação, ainda que cara, demorada e inefetiva, não se pode colocar em dúvida que a quantidade de oportunidades para recorrer oferecidas pelo sistema processual aos litigantes é uma das principais causas de morosidade processual, podendo levar à inefetividade da tutela jurisdicional, em razão da definitividade das conseqüências danosas do descumprimento espontâneo do direito. Quando se fala em morosidade, evidentemente, está a se referir a uma duração do processo que não pode ser considerada razoável, mas sim excessiva. Conforme visto acima, a razoabilidade no tempo de tramitação dos feitos é garantia fundamental (artigo 5º, inciso LXXVIII), instituída pela Emenda Constitucional 45/2004, tanto quanto as demais garantias processuais contempladas no texto constitucional, especialmente as da ampla defesa e do contraditório.

Assim, não há como deixar de reconhecer que não se pode assumir posicionamento crítico e extremado em relação à corrente que prega a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional, vislumbrando no processo uma função

preponderantemente instrumental para a realização dos direitos, para se preocupar somente – ou prioritariamente – com as demais garantias processuais próprias de um regime democrático de direito, não vislumbrando uma relação de meio/fim entre processo e direito material, como parece ser a opinião de Calmon de Passos (2003, p. 67-80), ao colocar em situação de confronto as concepções que valorizam mais a instrumentalidade do processo e aquelas que apregoam que este faz parte do próprio Direito, afirmando que entre processo e direito material há uma relação integrativa, orgânica, substancial, e não meramente instrumental, uma vez que se trata de um processo de produção do Direito, não sendo possível separar este do próprio Direito por ele gerado. Em resumo, salvo erro de percepção quanto aos seus ensinamentos, este autor sustenta que o Direito enquanto apenas enunciado para quase nada serve, pois, somente é Direito aquele produzido pelo processo jurisdicional, depois de interpretado e aplicado pela autoridade competente (sem prejuízo de que este processo de produção também é detectado nos âmbitos legislativo e administrativo).

A Constituição, ao colocar a razoável duração do processo no mesmo patamar das demais garantias processuais fundamentais, enfraqueceu o antagonismo entre essas duas correntes, autorizando compreender que todas as garantias processuais são importantes, senão não seriam qualificadas de fundamentais, devendo ser preservadas, numa relação que deve buscar conciliá-las, mas jamais levar ao sacrifício de uma delas em relação a outras, tarefa que não é das mais fáceis. Por isso, não é demais sustentar que se de um lado são importantes as garantias do contraditório e da ampla defesa, como corolário do regime democrático de direito, não menos importantes são a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional, que não são meras *palavras mágicas*, como afirma Calmon de Passos, na obra citada, mas algo que se deve buscar atender também.

Os tribunais não têm conseguido julgar em prazo razoável os recursos que lhes são submetidos, demora esta que não é uniforme em todo o País, variando conforme a unidade da federação. Porém, esta dificuldade de se julgar em tempo razoável os recursos não pode ser debitada a falta de esforço do legislador ou da doutrina, pois, esta última muito tem contribuído para criar soluções suscetíveis de implantação para uma melhoria nesse quadro, sendo que várias de suas sugestões têm sido aproveitadas na elaboração das mais recentes leis processuais versando sobre recursos.

A disciplina dos recursos é tratada pelo Título X, do Código de Processo Civil, dividido nos Capítulos I (Disposições Gerais – artigos 496 a 512), II (Da Apelação – artigos 513 a 521), III (Do Agravo – artigo 522 a 529), IV (Dos Embargos Infringentes – artigos 530 a 534), V (Dos Embargos de Declaração – artigos 535 a 538), VI (Dos Recursos para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – artigos 539 a 546) e VII (Da Ordem dos Processos no Tribunal – artigos 547 a 565).

O artigo 496, incisos I a VIII, do Código de Processo Civil, oferece o rol de recursos cabíveis no processo civil, mencionando a apelação, o agravo, os embargos infringentes, os embargos de declaração, o recurso ordinário, o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. Para todos os prazo para interposição é de quinze dias (artigo 508), com exceção do agravo, que é de dez dias (artigo 522), e dos embargos de declaração, que é de cinco dias (artigo 536).

De todos os recursos, talvez o agravo seja o que mais suscita preocupações dos operadores jurídicos, compromissados em fazer valer concretamente a garantia da razoável duração do processo, porque cabível – em tese - de todas as decisões interlocutórias (artigo 522), e até mesmo de despachos, desde que deles se possa identificar algum tipo de

prejuízo material ou processual aos litigantes, podendo ser na forma de instrumento ou retido nos autos, uma vez que os atos jurisdicionais que legitimam o emprego dessa modalidade de recurso são em número expressivo, conforme a complexidade e a natureza da causa, certamente, no mais das vezes, deixando inconformado o litigante a quem desfavorece.

Ensina Baptista da Silva (2005, V. 1, p. 415) que “os agravos são recursos de ascendência exclusivamente lusitana, que não encontram similar em outros sistemas contemporâneos”, sendo sua origem o direito medieval português, “como um instrumento formado pela prática judiciária para contrabalançar a determinação então vigente que vedava o recurso de apelação das decisões interlocutórias”.

A possibilidade de o agravo gerar retardamento na prestação jurisdicional, reclamando aprimoramento para equilibrar os interesses em jogo no processo, é um dos motivos que tem servido para amparar as reformas legislativas dos últimos anos, modificando a disciplina desta modalidade de recurso, entre outras razões, objetivando imprimir maior celeridade aos procedimentos jurisdicionais, sendo as principais derivadas das Leis nº 9.139/95, 10.352/2001 e 11.187/2005.

O *caput* do artigo 522, do Código de Processo Civil, conforme redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, por exemplo, generaliza a forma retida, passando a de instrumento a ser exceção, admissível apenas quando se tratar de decisão “susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”. Semelhante regramento é dado pelo § 4º, do artigo 523, ao limitar o agravo à forma retida, para ser conhecido, preliminarmente, somente por ocasião do julgamento da apelação, se assim o recorrente requerer, quando se tratar de

impugnação de decisão proferida em audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, com exceção dos “casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”.

O descumprimento das regras pertinentes à interposição do agravo, além de outros requisitos fixados em normas processuais (preclusão, deserção, endereçamento incorreto etc.), importa em seu não conhecimento (p. ex.: artigo 523, § 1º; 524 e 525; 526, parágrafo único). Recebido no tribunal e distribuído imediatamente, o relator poderá negar seguimento liminarmente ao agravo nos casos do artigo 557, do Código de Processo Civil (artigo 527, inciso I), ou seja, quando for “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”; converter o agravo de instrumento em agravo retido, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”, e havendo a conversão, os autos serão remetidos ao juiz da causa (inciso II); atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, “em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão” (inciso III); requisitar informações ao juiz da causa, que deverão ser prestadas em dez dias (inciso IV), sendo-lhe facultado reformar sua decisão, caso em que o agravo será considerado prejudicado (artigos 523, § 2º; 529).

Dispõe o parágrafo único, do artigo 527, que a decisão do relator nos casos de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, que lhe der efeito suspensivo ou conceder antecipação da tutela para acolher a pretensão recursal, “somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”. O prazo máximo de trinta dias a que alude o artigo 528, do Código de Processo Civil, a contar

da intimação do agravado, em nenhuma hipótese significa celeridade na tramitação do agravo, uma vez que deverá aguardar existência de vaga na pauta de julgamento, o que se conforma com a realidade do movimento processual dos tribunais, na medida em que determinado recurso, via de regra, não pode ser apreciado antes de outro recebido em data anterior e que se encontra em iguais condições para o julgamento.

Resumidamente, pode-se afirmar que quando se trata de agravo de instrumento, não há exigência de revisão (artigo 551, que não o menciona), nos casos de procedimento sumário o relatório é dispensado (artigo 549), não admite sustentação oral (artigo 554), admite indeferimento liminar pelo relator (artigo 557, *caput*) e tem precedência, no julgamento, sobre a apelação na mesma causa (artigo 559). Sendo manifestamente infundado ou inadmissível o agravo, dispõe o § 2º, do artigo 557, do Código de Processo Civil, que o “tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

As restrições, penalidades, ampliação dos poderes concedidos ao relator (artigo 557, do CPC), formas mais rígidas e prazos curtos estipulados pela lei processual, embora possam ter reduzido o prazo de tramitação dos processos nos tribunais, não têm garantido a sua razoável duração. A lentidão processual ainda é um dos grandes males da prestação jurisdicional, sendo sentida com mais intensidade nos tribunais.

Para ilustrar, observem-se as conclusões extraídas de pesquisas realizadas pelo Departamento de Pesquisas Sociais aplicadas, da Universidade de Brasília em 2004, com base em informações de 2003, apresentando os seguintes indicadores, no que se refere à duração dos processos: a) no primeiro grau de jurisdição: até seis meses: 23%; entre sete e 12

meses: 32%; entre treze e dezoito meses: 18%; entre dezenove e 24 meses: 5%; e mais de 24 meses: 22%; b) no segundo grau de jurisdição: até seis meses: 3%; entre sete e doze meses: 12%; entre treze e dezoito meses: 17%; entre dezenove e 24 meses: 13%; e mais de 24 meses: 55%; c) nos tribunais superiores: até seis meses: 2%; entre sete e doze meses: 7%; entre treze e dezoito meses: 23%; entre dezenove e 24 meses: 16%; mais de 24 meses: 52%.<sup>84</sup>

A média geral, segundo esse mesmo documento, é de **17** meses no primeiro grau de jurisdição, **31,9** meses no segundo grau de jurisdição e **32,3** meses nos tribunais superiores. Ou seja, caso a demanda seja apreciada nos três níveis de jurisdição, a solução final será alcançada, em média, depois de 81,2 meses (quase sete anos). Entretanto, o problema jurídico ainda não foi resolvido, pois, ainda falta a execução da sentença ou acórdão, quando se cuida de provimento condenatório, iniciando-se outro procedimento, de natureza executiva, para, depois de mais alguns anos, ser o *bem da vida* finalmente entregue àquele que tem razão.<sup>85</sup>

Como visto, as oportunidades de impugnação às decisões jurisdicionais oferecidas pelas normas processuais e a imensa quantidade de recursos nos tribunais são fatores que contribuem destacadamente para tornar a prestação jurisdicional mais demorada, levando a uma lentidão processual inadmissível, em oposição à garantia fundamental da razoável duração do processo (CF, artigo 5º, inciso LXXVIII).

A despeito de todo o esforço da doutrina e do legislador nos últimos anos, ainda não houve êxito na tarefa de se encontrar fórmulas que viabilizem a construção de um sistema de recursos, de essencial importância num regime democrático, que habilitem o litigante inconformado, o terceiro juridicamente prejudicado e o Ministério Público a

---

<sup>84</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 abr. 2006.

<sup>85</sup> Idem.

impugnarem as decisões jurisdicionais e, simultaneamente, atenda ao propósito de impedir que o processo se prolongue exageradamente no tempo, o que constitui, sem dúvida, em óbice ao acesso à justiça, dentro da perspectiva desenvolvida nesse trabalho.

#### **8.4.9 Tutela Jurisdicional Adequada**

Desde o início da civilização, quando surgiram os primeiros agrupamentos humanos, como já destacado em diversas passagens desse estudo, passaram a existir conflitos gerados pela convivência humana em sociedade, pois, sabidamente, os bens disponíveis são limitados e os interesses do homem são ilimitados, estabelecendo-se entre eles uma relação de disputa por esses bens, não sendo, a partir daí, difícil de imaginar as diversas espécies de contendas suscetíveis de ocorrência, o que levou à criação de formas de solução desses conflitos, visando não só atribuir o bem disputado a um dos contendores, mas também uma convivência harmoniosa, ou seja, necessidade de pacificação social. Primeiramente a autotutela (imposição da vontade, exercício de um poder diretamente sobre o outro, a lei do mais forte) e depois a autocomposição, a exemplo da transação, renúncia do direito pelo titular do interesse em conflito e reconhecimento do direito pelo adversário.

As experiências dos povos na aplicação dos métodos de solução dos conflitos de interesses levaram ao reconhecimento de que os mesmos exigiam aperfeiçoamento, para que a pacificação social se realizasse de modo satisfatório. A partir de certo momento da história, o Estado incumbiu-se da função de dirimir os conflitos, retirando dos particulares o poder de resolver suas divergências por meio da própria força ou vontade,

com algumas poucas exceções, além de admitir a autocomposição. Hoje, é através do exercício da jurisdição, tendo por instrumento o processo, que o Estado dá resposta aos conflitos, interpretando e aplicando o direito. É responsabilidade inarredável do Estado, portanto, não só prestar jurisdição, mas tutelar de forma efetiva as situações de direito material.

Os direitos lesados ou ameaçados de lesão, a depender de sua natureza e da gravidade da situação de irregularidade, nem sempre podem ser tutelados com eficiência com o emprego das mesmas técnicas e do mesmo procedimento, pois, muitas vezes, uma efetiva proteção somente será alcançada através de tutelas diferenciadas. A questão se vincula necessariamente à garantia da jurisdição contemplada no texto constitucional.

Esta garantia, que envolve o direito de ação, indica que todos têm o direito de alcançar pela jurisdição a tutela adequada. Significa isso que não basta o direito à tutela jurisdicional, mas que essa tutela seja apropriada a solver o conflito jurídico, única concepção que permite compreender esta garantia em toda sua plenitude, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Desse modo, se for imprescindível a concessão de medidas urgentes como únicas adequadas à proteção dos direitos, ainda que não haja norma jurídica expressa ou mesmo na presença de uma que proíba sua concessão, a procedência do pedido se impõe, uma vez preenchidos os demais requisitos legais, de tal sorte que “a lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação” (NERY JUNIOR, 2002, p. 100-101).

A tutela é adequada na medida em que seja apta a proteger eficazmente aquele que tem razão, seja para prevenir, seja para reparar danos a direitos. O direito brasileiro, por exemplo, apresenta casos em que medidas provisórias ou leis ordinárias, em

algumas situações, mormente quando a demanda se volta contra o poder público, restringem ou impedem o jurisdicionado de obter a tutela jurisdicional adequada, e assim, uma vez interpretadas e estando em desconformidade com a Constituição, devem ser ignoradas, possibilitando a concessão da liminar pretendida. Sempre que o problema se apresente desse modo, independentemente de previsão legal, a medida liminar deve ser concedida se for “necessária como tutela jurisdicional adequada para o caso concreto”, única forma de ser atendido o princípio constitucional do direito de ação (NERY JUNIOR, 2002, p. 101-102).

Em que pese o aprimoramento e a constante preocupação do legislador e dos operadores jurídicos, com a inestimável contribuição da doutrina, nem sempre as formas tradicionais de tutela jurisdicional se mostram suficientes e adequadas para resolver todas as controvérsias levadas ao Poder Judiciário. Não se olvide, ainda, em ritmo cada dia mais acelerado, que as inegáveis e notórias transformações sociais, culturais, políticas e econômicas têm tornado mais complexas as relações humanas, que suscitam uma gama crescente de conflitos, muitos deles inovatórios, sem resposta pronta no sistema processual, exigindo empenho dos aplicadores do direito em busca de novos caminhos que possam importar na solução justa dos mesmos, o que é de extrema relevância até como alternativa para a manutenção do prestígio e da confiança da população quanto a capacidade dos órgãos jurisdicionais no desempenho de sua atividade.

Nas lições de Cappelletti e Garth (2002, p. 31-64), as três ondas renovatórias do processo, visando sua efetividade, conforme já explanado em outros itens desse estudo, são: (1) assistência judiciária para os pobres; (2) representação dos interesses difusos; e (3) acesso à representação em juízo e uma concepção mais ampla de acesso à justiça.

Nesse quadro de consciência quanto à implantação de providências que possam melhorar o acesso à justiça, não só pela maior eficiência do sistema (operatividade), mas também pela produção de resultados justos e concretos através do emprego do processo é que foram criadas as tutelas de urgência, diferenciadas quando comparadas com as modalidades clássicas, esgotadas e inócuas a depender da situação que visam proteger, o que se sobressai cristalino quando se imagina a impropriedade do procedimento ordinário precedido de cognição plena e exauriente quando a urgência do provimento jurisdicional se apresenta em dado caso particular, conforme a natureza do litígio e outras circunstâncias concretas.

Com esse enfoque, leciona Marinoni (2003, p. 67) que:

“[...] É bom lembrar, aliás, que há direito à tutela jurisdicional adequada, porque o Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o gravíssimo compromisso de tutelar de forma efetiva as diversas situações de direito material. Na verdade, o Estado, porque proibiu o agir privado, não pode se subtrair ao dever de viabilizar ao titular de um direito o mesmo resultado que ele obteria caso a ação privada não tivesse sido proibida, ou caso houvesse sido espontaneamente observada a norma de direito substancial.

Proto Pisani (1982, p. 320-321), relatando os males que determinam o retardamento da tutela jurisdicional, mostra que a ideologia liberal-individualista dos fins do século XIX e da primeira metade do século XX acreditava com absoluta certeza que o procedimento ordinário era técnica que se mostrava idônea a tutelar um rol infinito de direitos. Observa que a crença no pressuposto teórico da igualdade formal das partes ensejou, de modo fecundo, o culto acrítico àquela forma de procedimento. Mas, em época mais recente, dada a evolução científica e tecnológica do processo civil, nota-se que o clássico modelo do procedimento ordinário é inadequado para assegurar uma tutela jurisdicional

efetiva e todas as situações de vantagem, ou seja, a todos os direitos que reclamam uma tutela de urgência.

Para Marinoni (2002, p. 14):

A doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como o procedimento padrão de tutela dos direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, o que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento. A proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pela *ordinariedade*.

A prevenção dos danos ao direito da parte que busca tutela jurisdicional nem sempre é possível através das modalidades tradicionais do sistema estatal de proteção de direitos. Expressiva doutrina tem pregado há várias décadas o emprego do que se convencionou denominar genericamente de tutela jurisdicional diferenciada, como meio eficaz de dar efetividade à prestação jurisdicional, garantindo-se concretamente ao litigante que tem razão o bem da vida objeto da demanda. Aqui se nota claramente a aproximação entre o direito material e o processo.

A tutela jurisdicional diferenciada é aquela, em certo sentido, adequada à realidade de direito material, ou seja, numa situação de emergência, a única forma de tutelar a pretensão de direito material é a que pode resultar em sua satisfação com base em cognição sumária (MARINONI, 1994, p. 91).

Para Bedaque (2003b, p. 26-27):

A expressão tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo. [...] O grande desenvolvimento de estudos a respeito revela a importância que particularmente duas medidas vêm assumindo no sistema processual: a tutela cautelar e a antecipatória. São modalidades de tutela jurisdicional que, com variações decorrentes das especificidades da relação de direito material ou de técnicas legislativas, podem ser classificadas numa categoria única, à qual se mostra adequada a denominação tutelas de urgência.

Destarte, dentre as tutelas adequadas para a realização concreta do direito substantivo, encontram-se as tutelas de urgência, tidas pela doutrina como espécies de tutelas diferenciadas, caracterizadas pela sumariedade da cognição.

Para Ragone (1996, p. 135): “A tutela de urgência é, na verdade, modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, cuja característica fundamental consiste no fator tempo, ou seja, é prestada de forma mais rápida, assegurando, com isso, a utilidade do resultado”.

Lembra Proto Pisani (1982, p. 322-323) que:

Três são os motivos que justificam, como técnica procedimental visando diminuir a duração do processo, a adoção da denominada tutela sumária *lato sensu*, a saber: 1º) o de evitar (às partes e à administração da justiça) o custo do processo de cognição plenária quando este não é presumivelmente justificado por uma contestação plausível: esta categoria engloba os títulos executivos extrajudiciais, o procedimento monitório etc.; 2º) o de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional nas situações de vantagem, que, tendo conteúdo e/ou função (exclusiva ou prevalentemente) não-patrimonial sofreriam

dano irreparável decorrente do longo tempo necessário para o desfecho da demanda plenária: esta compreende a tutela sumária antecipatória cautelar e não-cautelar determinada por razões de urgência; e, 3º) o de evitar o abuso do direito de defesa pelo réu (mediante o emprego dos instrumentos de garantia previstos no procedimento ordinário do processo de conhecimento), que, também, produziria dano irreparável ao demandante derivado da inerente duração da causa: esta encerra as medidas cautelares conservativas e a condenação com reserva de exceções.

As tutelas de urgência, que são de natureza diferenciada justamente porque se distinguem das modalidades tradicionais, quais sejam, a de conhecimento (declaratória, constitutiva e condenatória), de execução e cautelar, conforme classificação da teoria trinária ainda predominante entre os processualistas brasileiros, mostram-se mais idôneas à efetiva proteção dos direitos quando somente através delas se puder vislumbrar este efeito.

Baptista da Silva (2000, v. 3., p. 16), baseando-se na doutrina italiana, classifica a tutela urgente que se vale do processo cautelar em três espécies, “mesmo depois da introdução das medidas antecipatórias dos arts. 273 e 461 do CPC”, a saber: (a) tutela de urgência satisfativa autônoma; (b) tutela de urgência satisfativa interinal; e (c) tutela de urgência propriamente cautelar, acrescentando às mesmas, o poder geral de cautela do juiz, “a dar ensejo às chamadas medidas cautelares *ex officio*”.

Não constitui objetivo desse estudo a assunção de uma posição sobre a discussão doutrinária que parece interminável a respeito do conceito de satisfatividade da tutela jurisdicional, mas é útil e talvez ajude a aclarar a matéria a advertência de que não é único o entendimento acerca do que se deve entender por tutela satisfativa, pois que uma corrente doutrinária a concebe como sendo aquela que satisfaz a pretensão de direito material no plano fático, ainda que provisoriamente, ao passo que há uma outra corrente formada pelos

processualistas que entendem que a satisfatividade da tutela está necessariamente vinculada à sua definitividade e, sendo assim, somente os provimentos jurisdicionais definitivos, ou seja, proferidos depois de cognição exauriente, podem ser satisfativos, inclusive para possibilitar a produção da coisa julgada, ou seja, atribuem à satisfatividade um conceito unicamente jurídico. No primeiro grupo podem ser destacados Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio Araújo Baptista da Silva e Humberto Theodoro Júnior. De acordo com esse entendimento, de satisfazer a pretensão no plano meramente fático, a tutela urgente satisfativa é aquela que se confere ao jurisdicionado através de processo de cognição sumária, entregando-lhe parcialmente ou totalmente o bem da vida que é pretendido na demanda. Dito de uma outra forma, trata-se de medidas jurisdicionais que satisfazem no plano fático o interesse de um dos litigantes, ainda que provisoriamente.

Para Baptista da Silva (2000, v. 3, p. 83-105), a tutela urgente satisfativa autônoma é assim denominada porque é prestada através de um processo cautelar, ao passo que a tutela urgente satisfativa provisional é prestada no bojo do próprio processo de conhecimento ou de execução, isto é, não goza de autonomia processual. Em resumo, ambas satisfazem no plano fático o direito material do autor, se diferenciando em face da autonomia processual de uma, impresente na outra. Para este autor, as medidas antecipatórias interinais constituem espécie de tutela urgente satisfativa provisional. A tutela urgente satisfativa não se confunde com a tutela cautelar justamente porque esta última assegura, mas não satisfaz o direito material da parte, que deverá ser acertado no processo principal, em cognição exauriente.

Transportando a questão para o âmbito daqueles processualistas que reconhecem a satisfatividade apenas no plano jurídico, exigindo um provimento jurisdicional definitivo, a ser alcançado, via de regra, depois de uma cognição exauriente, conforme é a

doutrina de Armelin (1985, p. 114) e Belinetti (1996, p. 102), há que ser concluído que tutela urgente satisfativa somente haverá nos casos em que o provimento jurisdicional, em que pese a sumariedade da cognição, inexistir complemento posterior para confirmá-lo. Ou seja, satisfaz de modo definitivo e irreversível a pretensão de direito material manifestada pelo autor.

A prevalecer esse último entendimento, as medidas interinais, e com maior razão as medidas cautelares, não podem ser qualificadas de tutelas de urgência satisfativas, posto que sua concessão não tem o condão de esgotar a atividade jurisdicional, no sentido de atribuir definitivamente ao autor o bem da vida pretendido, sendo o provimento sempre provisório, passível de modificação ou de revogação, cuja manutenção de sua eficácia depende de confirmação na sentença final.

Bedaque (2003b, p. 258-259) classifica as tutelas jurisdicionais em dois grandes grupos: (a) as tutelas destinadas “a afastar definitivamente a crise verificada no plano das relações da vida pela não atuação espontânea da regra de direito material”; e (b) as tutelas cuja finalidade é a obtenção de soluções urgentes e provisórias, “a fim de que as primeiras possam servir como instrumento efetivo de aplicação das regras substanciais e de pacificação”, entendendo que são “instrumentos diretos das outras e só repercutem no plano substancial na medida em que isso seja necessário para assegurar provisoriamente o resultado definitivo”.

Afirma Bedaque (2003b, p. 259) que as tutelas jurisdicionais também comportam classificação em função do caráter de urgência e de profundidade da cognição, concluindo que as tutelas de urgência podem ser definitivas ou provisórias:

Existem, ainda, as tutelas de urgência, precedidas de cognição sumária, que podem ser divididas em definitivas e provisórias. Aquelas, como as de cognição exauriente, são aptas a definir o litígio,

no sentido de que representam a resposta final obtida no âmbito jurisdicional. Caracterizam-se, porém, pela sumariedade da cognição. As últimas, também precedidas de cognição sumária, são prestadas de forma urgente, mas constituem soluções provisórias, com função de mera segurança para o resultado final. Não são aptas a produzir esse resultado, mas contribuem para que ele possa se verificar com a maior dose de utilidade possível. Estas, apesar de especificidades quanto ao conteúdo, podem ser reunidas em uma única categoria, caracterizadas que são pela provisoriedade e pela instrumentalidade: são as tutelas cautelares.

As tutelas de urgência assim qualificadas pela doutrina, sem embargo dos aspectos objeto de acaloradas discussões entre os processualistas, mormente a respeito de sua satisfatividade, nos planos fático e jurídico, via de regra englobam a tutela cautelar própria e a tutela antecipatória.

Leciona Shimura (2005, p. 40-41):

Para nós, a *tutela de urgência* (ou, segundo alguns *tutela provisória* em contraposição à *tutela definitiva*) pode encerrar tanto uma *tutela cautelar* como uma *tutela antecipada*, prevista genericamente no art. 273 e, mais especificamente, no art. 461 (dirigido ao cumprimento de obrigação de fazer e não-fazer) e no art. 461-A (destinado a reger o cumprimento de obrigação de entrega de coisa). Tem se dito, e com razão, que a chamada garantia do *amplo acesso à Justiça* não pode se resumir apenas ao acesso formal ao serviço judiciário. Tal garantia deve envolver uma efetiva, eficaz e tempestiva solução para os problemas levados ao conhecimento do Poder Judiciário. A parte deve ter uma resposta jurisdicional como se não tivesse havido resistência à sua pretensão. A antecipação dos efeitos da tutela é reflexo do movimento de aproximação entre o serviço judiciário e as aspirações dos jurisdicionados. A tutela jurisdicional deve ser a mais rente possível à satisfação do direito material daquele que foi ou está preste a ser lesado.

Além das tutelas diferenciadas, que apresentam os traços da urgência e da sumariedade de cognição, quando se fala em tutela jurisdicional adequada há que se destacar, ainda, um dos princípios processuais que traduzem a necessidade de uma maior valorização do direito material em detrimento das formalidades do direito processual, priorizando o primeiro em vez desse último, notadamente quando se está diante de uma situação em que ambos se antagonizam, qual seja, o da instrumentalidade das formas, que preconiza que o ato processual é reputado válido desde que produza os fins que dele são esperados, ainda que não praticado na forma prescrita em lei, uma vez que não se vislumbre no caso concreto qualquer prejuízo atual ou potencial ao litigante, nem haja violação das garantias processuais – *due process of law* - consagradas pelo texto constitucional. Eis a razão pela qual, o artigo 244, do Código de Processo Civil, no qual se encontra esta regra, preconiza que a validade do ato subsiste desde que a lei não comine a pena de nulidade no caso de prática em desconformidade com a forma prescrita. É princípio fundamental que norteia o sistema processual brasileiro. Não havendo prejuízo, não há que se falar em nulidade do ato.

Partidários da concepção instrumentalista do processo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 41) entendem que a mesma não se esgota no reconhecimento de suas vinculações com o direito material, realçando o fato de que o Estado, enquanto responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem, utiliza-se do processo não apenas para resolver os conflitos (individuais e coletivos), mas também para restaurar a paz social, o que ocorre pela eliminação daqueles. Aduzem que o Estado, através do processo, no exercício da jurisdição, persegue a realização de três ordens de objetivos, de cunho social, político e jurídico. Sustentam que essas três ordens constituem os escopos da jurisdição.

O pleno acesso à justiça, pelo que se viu, depende em certa medida da garantia da tutela adequada, que muitas vezes somente pode ser prestada através dos

procedimentos de urgência, de cognição sumária, além de um olhar voltado para o direito material em primeiro lugar, e somente depois, para o processo.

As ondas renovatórias do processo, a que se referiu antes, estimularam a criação de sugestões doutrinárias aproveitadas pelo legislador pátrio, que promoveu a modificação da legislação processual, inclusive alterando profundamente o Código de Processo Civil, como se observa, a título ilustrativo, das Leis nº 8.455, de 24 de agosto de 1992; 8.637, de 31 de março de 1993; 8.710, de 24 de setembro de 1993; 8.718, de 14 de outubro de 1993; 8.898, de 29 de junho de 1994; 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13 de dezembro de 1994; 9.079, de 14 de julho de 1995; 9.139, de 30 de novembro de 1995; e 9.245, de 26 de dezembro de 1995, todas mencionadas por Dinamarco (2001).

Mais recentemente, nessa mesma linha reformista, simplificando procedimentos, dando novo disciplinamento aos recursos e introduzindo fórmulas processuais que têm o propósito de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, são dignas de nota as Leis nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001 (modificações do CPC em relação a matéria recursal e reexame necessário), 10.358, de 27 de dezembro de 2001 (modificação de disposições do CPC relativas ao processo de conhecimento) e 10.444, de 07 de maio de 2002 (modificação do § 3º e introdução dos §§ 6º e 7º, ao artigo 273, do CPC, relativos à antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional) (CAHALI, 2004, p. 624).

O § 6º, do artigo 273, do CPC, conforme determinado pela Lei 10.444/2002, permite a concessão da antecipação da tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados, total ou parcialmente, mostrar-se incontroverso, ao passo que o § 7º representa um enorme avanço no que concerne à tutela sumária de urgência, ao contemplar explicitamente a fungibilidade das medidas, autorizando o juiz a conceder a providência de natureza cautelar,

quando presentes os respectivos pressupostos, em caráter incidental, mesmo que o requerimento do autor seja o de antecipação da tutela.

Em conclusão, é de extrema importância haver consciência do aplicador do direito de que o acesso à justiça envolve garantia constitucional de obtenção do Estado de uma tutela jurisdicional adequada, muitas vezes somente possível se forem respeitadas as singularidades apresentadas pelo litígio, conforme sua natureza ou urgência, casos em que é recomendável que a tutela seja sumária, oferecendo efetiva e pronta proteção aos direitos violados ou ameaçados de violação. O legislador pátrio, sensível a esse estado de ineficácia das tutelas clássicas tem agido para introduzir alterações no Código de Processo Civil, objetivando aperfeiçoar o sistema legal de proteção de direitos.

### **8.5 Alternativas Não-Estatais de Solução de Conflitos**

Os mecanismos de solução de conflitos, numa visão sistemática, podem ser classificados em dois grupos: (1) autocompositivos e (2) heterocompositivos. No primeiro, o resultado a ser produzido pela atividade que tem por escopo a solução dos conflitos deriva do entendimento das partes, da autonomia de sua vontade, ao passo que na heterocomposição, o resultado é imposto por um terceiro. No primeiro grupo, podem ser citados como exemplos muito conhecidos do direito, a negociação direta pelos interessados, a conciliação e a mediação (nessa há a participação de um terceiro). No segundo grupo, a doutrina e o ordenamento jurídico indicam a arbitragem e a jurisdição estatal.

As principais alternativas não-estatais de solução de conflitos, mais comumente apontadas pela doutrina, são a arbitragem, a mediação e a conciliação, em que pese o silêncio da Constituição a respeito das mesmas. A arbitragem é tratada como meio alternativo, não-estatal, de solução de conflitos, pela qual a decisão tomada pelo árbitro eleito pelas partes põe termo ao conflito jurídico de interesses, sendo sustentado por prestigiosa doutrina que esta decisão tem aptidão para a produção dos efeitos da coisa julgada, sendo facultativa a sua instituição, e mesmo por isso, é sustentável a opinião de que a mesma não se choca com a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, prevista pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Quanto à mediação e à conciliação, não se trata verdadeiramente de meios que têm o condão de substituir a jurisdição estatal na solução de problemas jurídicos, mas sim, de métodos ou técnicas que podem ser empregados para facilitar a tarefa de se encontrar a solução mais adequada para o litígio, diretamente pelas partes ou com o auxílio de um terceiro (em relação aos envolvidos no litígio), tanto judicialmente como extrajudicialmente, trazendo como corolário a pacificação social, quando levam à eliminação do conflito de interesses.

A transação, que não deixa de ser uma forma conciliatória para prevenir ou terminar litígios, por exemplo, eis que importa em contrato bilateral, envolvendo concessões recíprocas, pode ser materializada em escritura pública, ou mediante termo nos autos quando se referir a direitos discutidos em juízo, revestindo-se de eficácia jurídica capaz de serenar os ânimos e restabelecer a paz entre os contendores.

A necessidade de estimulação dos meios alternativos, ou mesmo de técnicas que conduzam a esse resultado, isto é, objetivando a pacificação social, com a eliminação dos

conflitos, são bem vindas conforme as palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 25):

O extraordinário fortalecimento do Estado, ao qual se aliou a consciência da sua essencial função pacificadora, conduziu, a partir da já mencionada evolução do direito romano e ao longo dos séculos, à afirmação da *quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela*. A autotutela é definida como crime, seja quando praticada pelo particular (*'exercício arbitrário das próprias razões'*, art. 345 CP), seja pelo próprio Estado (*'exercício arbitrário ou abuso de poder'*, art. 350). A própria autocomposição, que nada tem de anti-social, não vinha sendo particularmente estimulada pelo Estado. A arbitragem, que em alguns países é praticada mais intensamente e também no plano internacional, é praticamente desconhecida no Brasil, quando se trata de conflitos entre nacionais [...] Vai ganhando corpo a consciência de que se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.

Tem sido recorrente na doutrina, como se vê do texto ora reproduzido, o reconhecimento das deficiências dos meios estatais de solução de conflitos, com propostas de estímulo, como uma necessidade das sociedades contemporâneas, das vias alternativas de pacificação social.

### **8.5.1 Arbitragem**

A arbitragem é um dos caminhos que já há algum tempo vem sendo apontado pela doutrina como meio alternativo eficaz de solução de litígios, geralmente

produzindo resultados de forma mais rápida e mais econômica que o processo jurisdicional, através de procedimento que, via de regra, é mais simples e menos formal que este último (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 25-29).

Carmona (2004, p. 27) vê na arbitragem uma técnica para a solução de litígios “através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”.

Rodrigues Pinto (1998, p. 269), de forma mais sucinta, define arbitragem, assim: "Arbitragem é um processo de solução de conflitos jurídicos pelo qual o terceiro, estranho aos interesses das partes, tenta conciliar e, sucessivamente, decide a controvérsia" .

Cappelletti e Garth (2002, p. 82), baseando-se no juízo arbitral previsto nos ordenamentos jurídicos de países europeus, ensinam que o mesmo é uma instituição antiga, que tem dentre suas características “procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes”. Trazem em nota de rodapé conclusões sobre o árbitro alemão, que existe em vários Estados desde o Século XIX, obtidas através de um trabalho no campo multidisciplinar, que merecem transcrição, pela importância que podem acrescentar ao entendimento da matéria:

- (1) Os árbitros preferem mediar casos em que as normas jurídicas sejam claras e eles possam compreendê-las facilmente;
- (2) os melhores acordos incluem acertos e compromissos para regular as relações futuras entre as partes, em vez de simplesmente estabelecer valores, declarar direitos ou conceder alguma indenização;
- (3) a freqüente convocação de testemunhas além das partes, parece correlacionada com o grande número de acordos obtidos;
- (4) os acordos eram mais facilmente obtidos quando o árbitro já conhecia as partes litigantes;
- (5) os árbitros que valorizavam adequadamente seu

papel e buscavam perquirir as causas do conflito eram mais eficientes que aqueles que procuravam apenas evitar os litígios; e (6) os acordos são mais viáveis quando as partes podem manifestar-se livremente, a ponto de levantar a voz, antes que o árbitro proponha uma solução (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 87).

No Brasil, a arbitragem está regulamentada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, sendo facultada às pessoas capazes de contratar, para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.<sup>86</sup> A arbitragem é também prevista pela Lei dos Juizados Especiais, de nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, nos artigos 24 a 26, como meio alternativo de solução da controvérsia depois de frustrada a conciliação a que aludem os artigos 21 e 22 dessa mesma lei, sendo facultada às partes optar pelo juízo arbitral, quando deverão escolher o árbitro dentre os juízes leigos. Respeitadas as restrições introduzidas pela própria lei sob comento e não se tratando de meio obrigatório, mas facultativo, não há que se falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, contemplado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

A constitucionalidade dos dispositivos da lei de arbitragem, de número 9.307, de 23 de setembro de 1996, restou evidenciada em julgamento em sessão plenária do Excelso Supremo Tribunal Federal, mesmo que em caráter incidental, por maioria de votos quanto a algumas partes desses dispositivos, ao apreciar Agravo Regimental interposto em processo de Sentença Estrangeira, realizado em 12 de dezembro de 2001<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

<sup>87</sup> STF-SE-5.206, AgR – EP – ESPANHA. Publicado no Diário Oficial da União de 30.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

Para Furtado (1995, p. 63), a finalidade pretendida com a instituição do juízo arbitral é precisamente a busca de uma justiça pronta e econômica. Entende que a possibilidade do recurso, ainda que seja uma garantia que visa eliminar o erro ou detectar a má-fé do julgador, traz delongas e protela o desfecho da lide. O que justifica a irrecorribilidade das decisões é a necessidade social de evitar a perduração dos litígios, e sendo o árbitro pessoa de confiança das partes dificilmente haverá má-fé. Quando o árbitro é técnico ou perito, mais raro é o erro. Lembra que a lei permite que seja convencionado pelas partes, na cláusula de compromisso, a possibilidade de recorrer, quando inconformadas com a decisão arbitral.

Nery de Oliveira (1999), embora não admita em sua plenitude a natureza jurisdicional da arbitragem, entende ser salutar o incentivo às vias alternativas de solução de conflitos, com recurso ao Poder Judiciário quanto à verificação da presença dos elementos que caracterizam a manifestação livre da vontade na instituição da cláusula compromissória e quanto ao cumprimento das condições estabelecidas nessa cláusula pelo árbitro eleito pelas partes, parecendo que, nesse aspecto, considerando o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição, assiste-lhe razão, pois que não se pode subtrair da apreciação jurisdicional o exame da legalidade dos atos praticados pelas partes e pelo árbitro.

Quanto à substância do julgamento, a arbitragem no sistema brasileiro não admite impugnação à decisão mediante recurso, sendo esta definitiva, não havendo controle estatal, sob pena de comprometimento dos seus fundamentos e objetivos, além de enfraquecer a sua respeitabilidade, enquanto meio alternativo livremente eleito pelos interessados.

Sobre esta questão, as palavras de Dinamarco:

Como é notório, no sistema brasileiro as decisões arbitrais jamais se sujeitam ao controle jurisdicional estatal no que se refere à substância do julgamento, ou seja, ao *meritum causae* e possíveis *errores in iudicando*; não comportam censura no tocante ao modo como apreciam fatos e provas, ou quanto à interpretação do direito material ou aos pormenores de sua motivação. A definitividade dos pronunciamentos dos árbitros é efeito do livre exercício da autonomia da vontade pelos litigantes, manifestada quando optam por esse meio alternativo. Essa singela e óbvia constatação vale como reflexão destinada a advertir contra os exageros em provocar o controle judicial das sentenças arbitrais. A liberalização desse controle pelos juizes estatais, quando levada a patamares de abuso, seria um perigosíssimo fator de esvaziamento do instituto da arbitragem, pois comprometeria os fundamentos e objetivos deste – alongando litígios no tempo, encarecendo a produção da tutela definitiva, conferindo publicidade a assuntos que se pretendia tratar com discricção, renunciando aos conhecimentos especializados dos árbitros [...].

Na arbitragem, embora a decisão seja imposta por um terceiro escolhido pelas partes, a opção por este mecanismo e a eleição do árbitro configuram-se como uma espécie de autocomposição, deixando de sê-lo, porém, quanto à decisão a ser tomada, de responsabilidade exclusiva do árbitro. Rodrigues Pinto (1998, p. 269) leciona que a arbitragem tem da heterocomposição “o elemento característico da intervenção de terceiro investido de autoridade decisória para a solução do conflito”. Não obstante, conserva da autocomposição “o elemento consensual da escolha do árbitro na busca dessa solução”.

Há, em doutrina, ainda, muitas discussões acerca da natureza jurídica da arbitragem, encontrando-se mais de uma teoria que cuida do tema, uma delas sustentando a natureza privatista, outra a natureza publicista e outra denominada de híbrida. A Lei 9.037 de 23.09.96 revogou os artigos 1072 a 1102 do Código de Processo Civil, passando a regular integralmente a matéria. Para os que defendem a *natureza privatista*, a arbitragem tem feição contratual, traduzindo-se numa convenção através da qual as partes concedem poderes ao árbitro e o laudo representa a manifestação das suas vontades. Para aqueles que sustentam a

*natureza jurisdicional*, a arbitragem se realiza em verdadeiro processo, e para amparar esse posicionamento, concebem a jurisdição como a atuação da vontade da lei, gerando decisões que não precisam ser editadas exclusivamente pelo Poder Judiciário, ou seja, cabe ao árbitro proferir a decisão que entender ser a mais justa. Por derradeiro, existe a corrente que compreende a arbitragem como procedimento que tem *natureza híbrida*, tratando-se de processo privado para a solução de litígios, cuja sentença, embora proferida por particular (o árbitro), se apresenta com a mesma força de uma solução estatal (jurisdicional). A despeito de se tratar de um acordo, pelo qual a solução da controvérsia é realizada por um terceiro escolhido pelas partes, a sentença arbitral põe fim à disputa, possibilitando sua exigência e cumprimento do mesmo modo que se dá com as sentenças condenatórias jurisdicionais (FERNANDES SILVA, 1998, p. 165).

Arenhart (2005), por exemplo, considerando as diversas teorias clássicas sobre o que deve ser entendido por jurisdição, especialmente as formuladas por Allorio, que enfatiza a produção da coisa julgada, Carnelutti, que fala da justa composição da lide, entendida como sinônimo de estabilidade e conforme o direito positivo, e Chiovenda, que destaca a atuação da vontade concreta da lei e a substitutividade da atividade das partes, afirma que parece ser difícil aceitar a natureza jurisdicional da arbitragem, inclusive anotando sobre a impossibilidade de o árbitro conceder medidas de caráter urgente, como as cautelares e as antecipatórias de tutela, porém, admite que diante de outra definição do que seja jurisdição, “hábil a explicar de forma coerente o fenômeno jurisdicional, diversa teria de ser a conclusão a respeito do caráter não-jurisdicional da arbitragem”.

Carmona (1993), por sua vez, defende o caráter jurisdicional desse meio não estatal de solução de litígios. No mesmo sentido, é a posição de Furtado (1995, p. 42-45):

Temos assentado como características da jurisdição: a) poder de aplicar o direito; b) autoritativamente; c) em caráter substitutivo; d) em caráter subsidiário; e) relativamente aos titulares de interesses em conflito. [...] ao proferir o laudo, outra coisa não faz o árbitro senão dizer o direito, e, portanto, autoritativamente. O caráter de substitutividade está, aqui, no Juízo Arbitral, tão presente como o é na jurisdição exercida pelos órgãos estatais. Em verdade, a atividade do árbitro substitui à dos particulares em conflito. É igualmente atividade subsidiária, porque completa, ou integra, algo que faltou, precisamente, a aplicação voluntária da norma. Uma das partes não concordou com a sujeição de seu interesse ao interesse da outra e, portanto, o conflito de interesses se dinamizou, reclamando solução. Quanto à última característica da jurisdição (interesses em conflito), nada mais presente no Juízo Arbitral. A lei rotulou de pendências *judiciais* e *extrajudiciais* esses conflitos, admitindo que as partes se louvem em árbitros para resolvê-las. Assim, é patente que a atividade do árbitro é verdadeira atividade jurisdicional, surgindo o Juízo Arbitral como substitutivo da jurisdição (como função estatal). [...] Consideramos, pois, assentado que a jurisdição arbitral é jurisdição contenciosa, embora exercida por particulares, surgindo apenas como substitutivo da jurisdição ordinária.

Dinamarco (2003b, p. 30) afirma ter simpatia pela doutrina que sustenta a natureza jurisdicional do juízo arbitral, afirmando que, independentemente da prevalência desse entendimento, sobre o processo arbitral incidem os princípios e garantias constitucionais relativas ao devido processo legal, inerentes à segurança interna do sistema processual, acrescentando:

Quando se pensa no *acesso à justiça*, que é a magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais. Quando se pensa no contraditório e na ampla defesa, deve-se pensar na participação dos sujeitos processuais no processo estatal e no arbitral também. Quando enfim se pensa no *due process of law* como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal *arbitral*, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado de pacificação social.

Dinamarco (2003b, p. 30) ressalva, porém, que “no juízo arbitral não preponderam os princípios da publicidade e do duplo grau de jurisdição – os quais, todavia, serão observados se e quando o resultado da arbitragem for posto *sub judice* (LA, art. 33, *caput* e § 3º)”.

Como principais características favoráveis da arbitragem, como meio não-estatal de solução de conflitos, em relação à tutela jurisdicional prestada diretamente pelo Estado, os processualistas têm apontado as seguintes, a exemplo do magistrado do trabalho Rodolfo Pamplona Filho (2005): a) celeridade; b) informalidade do procedimento; c) confiabilidade; d) especialidade; e) confidencialidade; e f) flexibilidade.

Para Arenhart (2005):

A arbitragem surge como forma alternativa de resolução dos conflitos, colocada ao lado da jurisdição tradicional. Sua tônica está na tentativa de ladear o formalismo – muitas vezes exagerado – do processo tradicional, procurando mecanismo mais ágil para a resolução dos problemas. Mais que isso, a arbitragem pode representar caminho para solução mais adequada para muitas situações concretas de litígio. Com efeito, o fato de que o árbitro pode ser pessoa de outra área, que não a jurídica, pode contribuir para que se obtenha decisão mais adequada e com maior precisão. Realmente, em temas que exigem conhecimento específico em determinada área, será em regra muito mais apropriada uma decisão proferida por um especialista naquele campo do conhecimento, do que por um juiz, que – ainda quando auxiliado por um perito – não detém o conhecimento aprofundado a respeito do tema, ou não conhece de particularidades e práticas de determinada situação concreta.

Também Dinamarco (2003b, p. 32), que, com base no pensamento de Kazuo Watanabe, concorda que à tutela arbitral devem ser associados três predicados: tempestividade (favorecida pela maior celeridade do procedimento e pela simplificação das formas), adequação (favorecida pelos vários modos do processo arbitral, incluindo a eleição

de árbitros que tenham conhecimento específico em determinada área profissional) e efetividade (menor custo e definitividade da decisão, não sujeita a recursos).

Independentemente da posição que se adote sobre a natureza jurídica da arbitragem, se tem ou não feição jurisdicional, aspecto que ainda não está suficientemente amadurecido, necessitando de maiores reflexões, certo é que em diversos conflitos jurídicos de interesses, considerando o escopo de pacificação social, constitui meio que pode ser empregado pelas partes, ou seja, estas podem voluntariamente optar pelo juízo arbitral, como via alternativa à tutela jurisdicional estatal, chegando-se a um resultado final de forma mais rápida, informal e econômica, além de diminuir a quantidade de demandas propostas perante os órgãos jurisdicionais, propiciando, nos demais casos submetidos a esses, maior celeridade, razão pela qual, deve ser incentivado e ampliado o seu uso.

### **8.5.2 Mediação**

A mediação, conquanto não possua o mediador os mesmos poderes que o árbitro, que através de sua decisão resolve o litígio, cujos efeitos são semelhantes aos de uma decisão jurisdicional, sem embargos da discussão travada em doutrina sobre a natureza jurídica dessa atividade, e sequer este é o escopo dessa técnica, age como fator de estímulo à negociação e à conciliação pelos próprios interessados, que poderão encontrar a solução para o conflito, evitando que haja um julgamento pelos órgãos jurisdicionais, depois de percorrerem um moroso, formal e custoso processo, como examinado nos itens precedentes.

A mediação tem sido por demais prestigiada no Direito de Família, em que a atuação dos advogados das partes, psicólogos e assistentes sociais, tem produzido resultados satisfatórios, como se observa do relato da obra de Rozane Rosa Cachapuz (2003), que, na sua apresentação, faz interessante explanação sobre o que vem a ser a mediação, situando-a mais particularmente no campo do Direito de Família:

Desde há muito se tem notícia da mediação nos conflitos familiares, no entanto, somente desde os idos de 1996 para cá ela vem sendo difundida. O mundo em que vivemos encontra-se cada vez mais conturbado, a violência passou a fazer parte de nossas vidas, e a família, célula “mater” da sociedade, é a principal prejudicada. Conflitos dos mais diversos têm assolado os lares, separações e divórcios ocorrem com uma frequência assustadora e o Judiciário cada vez mais abarrotado, sem a ferramenta necessária para resolver as questões que se originam no interior do ser. A mediação é o meio extrajudicial que possui a capacitação para corrigir tal exigência social, pois ela busca a verdadeira causa que deu origem ao conflito, caminhando junto com os envolvidos, direcionando-os para uma nova visão de suas vidas. A resolução é totalmente baseada na soberania da vontade das partes o que as leva a tomar em consciência suas próprias atitudes, pois serão as únicas responsáveis na decisão final. A mediação é menos onerosa. Quando contratada, já é estipulado o valor dos honorários, dispensando qualquer outro tipo de cobrança. É sigilosa, o que vem assegurar às partes que ninguém, além dos envolvidos, terá acesso ao discutido dentro das sessões, o que lhes dá maior segurança para que possam abrir realmente as suas vidas a fim de dar subsídios ao mediador para direcioná-los para o término do conflito. Enfim, a mediação é de extrema valia, haja vista ter sido o meio mais utilizado em todos os países do mundo. No Brasil ela vem sendo divulgada aos poucos, entretanto, já desperta a curiosidade, pois as universidades já se preparam para assumir os meios extrajudiciais de conflitos como uma das matérias de seus programas educacionais. Resolvem, com isso, o grande impasse que a envolve que é o desconhecimento e a formação adversarial dos operadores do direito. Tudo isso irá facilitar a sua utilização, o que virá colaborar sensivelmente na resolução dos conflitos, principalmente na esfera familiar.

A mediação – não regulada pela lei - não tem por finalidade a obtenção de um julgamento e de uma decisão por um terceiro imparcial, eleito pelas partes, como se

sucedem com a arbitragem, mas sim, a superação das divergências, visando alcançar solução negociada pelos próprios interessados. Aquele que desempenha o papel de mediador torna viável o encontro entre as partes em litígio, o debate civilizado e, num grau mais avançado, o consenso quanto à solução a ser adotada por eles. Evidente que a mediação para ter êxito depende da habilidade, bom senso e experiência de vida do mediador, requisitos imprescindíveis para a obtenção de concessões recíprocas e a superação da controvérsia, dos pontos de divergência.

O mediador é um facilitador no diálogo entre os contendores, propiciando ambiente e argumentação equilibrada para que possam resolver diretamente o conflito de que são partes, sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para ditar a sentença que traduza a decisão para aquela situação litigiosa.

Maria Battaglia (2006) concebe a mediação do seguinte modo:

A mediação é uma metodologia de resolução de conflito aplicável aos mais diferentes campos de atuação. [...] Na verdade, as soluções são criadas e encontradas pelas partes e não pelo mediador. O mediador tem somente o papel de facilitador das relações e da profusão de idéias criativas e exequíveis. A mediação é um instrumento de resolução de conflitos bastante utilizado em diversos países como Estados Unidos, Canadá, China, França, Inglaterra, Noruega, Espanha, Argentina [...].

Pelo que se viu até essa parte, a mediação não está contemplada no ordenamento jurídico como meio alternativo de solução de conflitos, como se sucede com a arbitragem, mas, tanto quanto a conciliação constitui método auxiliar na solução daqueles, envolvendo os litigantes e a figura do mediador, que através de aconselhamento e atuando

com serenidade, independência e imparcialidade, facilita o entendimento dos contendores na busca de solução negociada para o litígio.

Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei nº PL-4827/1998, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra<sup>88</sup>, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Este projeto foi modificado posteriormente, diante de anteprojeto de lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Escola Nacional da Magistratura (elaborado em conjunto por essas duas entidades), apresentado ao Ministério da Justiça em 2002, resultando numa versão consensuada<sup>89</sup>, datada de 17 de setembro de 2003, mais complexa, agregando as propostas de ambos, quando coerentes e compatíveis entre si.

A versão consensuada classifica a mediação de paraprocessual, dividida em prévia e incidental. O projeto declara que a mediação prévia é sempre facultativa, podendo ser judicial ou extrajudicial (artigo 2º). Quanto à incidental, sua tentativa é obrigatória no

---

<sup>88</sup> “Art. 1º. Para os fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual previnam ou solucionem conflitos. Parágrafo único – é lícita a mediação em toda a matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal. Art. 2º. Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito. § 1º. Pode sê-lo também a pessoa jurídica que nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências desse artigo. § 2º. No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo. Art. 3º. A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele. Art. 4º. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial, ou com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período. Parágrafo único – O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode recusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a numeração (sic) dos peritos. Art. 5º. Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser deduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria. Art. 6º. Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência”. Publicado no Diário da Câmara dos Deputados, edição de 03.12.1998, pág. 28075. Disponível em: <<http://www.imagem.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2006.

processo de conhecimento (artigo 6º), com as exceções indicadas no projeto (incisos I a IX). Além das modalidades da mediação e os procedimentos a serem adotados conforme cada espécie, o projeto também dispõe sobre os mediadores, que poderão ser judiciais ou instituições privadas ou mesmo mediadores pessoas físicas, independentes (artigo 5º).

Na exposição de motivos, há menção ao avanço de mecanismos extrajudiciais de prevenção e solução de controvérsias no Brasil, com exemplificação da arbitragem pela Lei nº 9.307/96 e a valorização dos poderes conciliatórios do juiz pela Lei nº 8.952/94, com a constatação de que “a conciliação judicial sofre atualmente uma série considerável de pressões adversas, de modo a tornar limitados seus resultados práticos”, indo além, para reconhecer que:

As pautas dos juizes estão lotadas, de tal sorte que estes não podem dedicar-se ao trabalho naturalmente lento da mediação; a atividade desenvolvida pelo juiz na conciliação não é reconhecida para efeito de promoção por merecimento; o juiz é voltado para a cultura da solução adjudicada do conflito e não para sua pacificação; as partes mostram a inibição e o receio de avançar posições, que podem posteriormente desfavorecê-las no julgamento da causa. Na realidade, sem estímulos, a práxis forense fez com que a tentativa de conciliação prevista no art. 331 do Código de Processo Civil ficasse reduzida a mera formalidade, o que levou até mesmo a seu recente dimensionamento legislativo, com a nova redação que lhe foi dada.<sup>90</sup>

Nota-se assim, que trabalhando em sintonia, existe verdadeira preocupação do Congresso Nacional e de entidades privadas relacionadas com o direito processual e com a magistratura, com a formalidade e a lentidão do processo jurisdicional, assumindo o compromisso em contribuir para a criação de método alternativo de prevenção ou solução de

---

<sup>89</sup> Versão consensuada, de 17.09.2003, que trata do projeto de lei sobre a mediação e outros meios de pacificação. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2006.

<sup>90</sup> Idem.

conflitos, pela via da mediação, compreendida como útil, necessária e eficaz para atingir esse propósito.

Respeitante à importância de se encontrar caminhos alternativos de prevenção ou resolução de conflitos, Warat (1999) presta homenagem à mediação, enquanto entendida como prática de pacificação social, situando-a externamente a qualquer demanda formalizada perante o Poder Judiciário ou Juízo Arbitral, examinando-a de forma genérica e abstrata, enquanto técnica apropriada à sociedade para identificar diferenças e superar divergências, ao ensinar:

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação a conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania.<sup>91</sup>

Em matéria publicada na rede mundial de computadores, a Câmara de Mediação da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo analisa a questão das soluções encontradas através do emprego da mediação, fornecendo informações estatísticas bastante animadoras quanto ao sucesso desse método aplicado no Estado de São Paulo, afirmando que houve redução em 75% da pauta de audiências e 30% dos processos distribuídos no Juizado Especial da Comarca de Serra Negra. Os resultados influenciaram na criação do Provimento nº 893/04 do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado em 10 de

---

<sup>91</sup> Disponível em: <<http://www.almed.org.br>>. Acesso em: 27 jan. 2006.

novembro de 2004 no Diário Oficial do Estado, que autoriza a criação e instalação do Setor de Conciliação ou de Mediação nas Comarcas e Foros de todo o Estado de São Paulo.<sup>92</sup>

Fica bastante claro por essas noções que a mediação, se bem entendida e praticada por pessoas preparadas para essa missão, é técnica por demais eficaz para desarmar os espíritos e levar à busca de alternativas civilizadas que evitem ou ponham fim ao litígio, pelos seus próprios atores, havendo fundamental distinção em relação ao processo jurisdicional, em que, via de regra, são os advogados que aconselham seus constituintes sobre a conveniência da solução negociada para o conflito, sendo que nem todos eles estão preparados ou têm verdadeira vocação, ou mesmo têm sinceridade de propósitos, para evitar uma demanda ou para terminá-la, pois que, muitas vezes, infelizmente, os interesses desse profissional se chocam com os interesses do seu constituinte.

Na mediação, o que se verifica é a valorização das partes, enquanto protagonistas e geradoras do conflito a ser solucionado, mantendo sempre o controle sobre ele, detectando as questões que estão envolvidas e encontrando o modo de resolvê-las.

O acordo que pode ser fruto da mediação satisfaz verdadeiramente as pretensões e as necessidades das partes, pois, as demandas judiciais muitas vezes tiveram por nascedouro singelas – e legítimas – pretensões, derivadas do descumprimento do pactuado com a outra parte, e é esse compromisso anteriormente assumido que se quer ver satisfeito, independentemente do que está contemplado pelo ordenamento jurídico, mas, quando a parte contrata advogado para ingressar em juízo, esse, até por dever de ofício e zelo profissional, conhecedor que é do ordenamento jurídico, acaba por identificar no relato de seu cliente outros direitos violados, que são incluídos na demanda, embora esse não tenha sido o motivo

---

<sup>92</sup> Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2006.

principal pelo qual aquele procurou esse profissional, inviabilizando, em grande parte dos casos, qualquer possibilidade de solução negociada.

Em resumo, pela mediação, independentemente do que diz a lei ou do que pode vir a ser reconhecido em juízo, as partes acabam por encontrar a solução que sob sua ótica e de conformidade com o que fora vivenciado pelas mesmas, mostra-se como justo naquele caso particular. A mediação propicia alternativas que muito dificilmente poderiam ser encontradas dentro de um processo jurisdicional ou arbitral, face aos aspectos ora mencionados, além das limitações oferecidas pelo próprio sistema legal de proteção de direitos.

### 8.5.3 Conciliação

Outra forma de solução dos conflitos pelas próprias partes, sem a necessidade da intervenção de terceiros, é a conciliação, que pode ser judicial ou extrajudicial. Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 28) expõem algumas experiências em terras brasileiras a respeito da conciliação extraprocessual, assim:

A conciliação extraprocessual, tradicional no Brasil mediante a atuação dos antigos juízes de paz e pela obra dos promotores de justiça em comarcas do interior, ganhou especial alento com a '*onda renovatória*' voltada à solução das pequenas causas. Foram inicialmente os *Conselhos de Conciliação e Arbitramento*, instituídos pelos juízes gaúchos; depois, os *Juizados Informais de Conciliação*, criados em São Paulo para tentar somente a conciliação de pessoas em conflito sem nada julgar em caso de não conseguir conciliá-las. A Lei dos Juizados Especiais recebeu em seu sistema a atuação desses e de outros órgãos conciliadores extrajudiciais (Ministério Público

inclusive), ao considerar como título hábil à execução forçada os acordos celebrados perante eles (art. 57, *caput* e par. ún.). na Constituição de 1988 é prevista a restauração da antiga *Justiça de Paz*, ‘com atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional’ (art. 98, inc. II).

Embora o auxílio de uma outra pessoa ou autoridade não seja essencial ao instituto da conciliação, isso pode ocorrer sem que a mesma seja descaracterizada como tal, como se sucede nos ajustes realizados perante a autoridade judiciária, depois de instaurado o processo, em que esta, antes da instrução da causa, ou mesmo depois dessa fase, mas antes da prolação da sentença, age como mediador, com a inestimável contribuição dos advogados das partes.

Em outras situações, as partes, mesmo sem a atuação do magistrado ou de seus procuradores, podem chegar a um consenso sobre o objeto do litígio. A conciliação pode ser alcançada em momento diverso da audiência, caso em que será informada por petição ao juízo, para efeito de homologação, atribuindo segurança aos litigantes relativamente ao conteúdo, quitação dos pedidos e extensão da avença. O que se quer ressaltar com este esclarecimento é que a intervenção de um terceiro não é requisito caracterizador da conciliação, que pode ou não contar com a sua ajuda.

Cappelletti e Garth (2002, p. 83-84), no tópico em que dissertam sobre a conciliação nos juízos arbitrais, reconhecem na possibilidade de solução do litígio sem um julgamento vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, destacando a sobrecarga dos tribunais, que acarreta demora na solução dos litígios, e as despesas processuais, muitas vezes excessivamente altas. Entendem, ainda, que as decisões que independem de julgamento têm maior aceitação entre as partes em comparação com as

decisões judiciais, isto é, proferidas de forma unilateral, uma vez que aquelas “se fundam em acordo já estabelecido entre as partes”. Lembram que o processo jurisdicional geralmente declara uma parte vencida e outra vencedora, ao passo que o juízo arbitral se instaura mediante processo dirigido para a conciliação, sendo, então, significativo que “ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado”. Depois de examinarem os sistemas japonês, norte americano e francês, em relação aos procedimentos de conciliação, fazem uma advertência, digna de nota:

À medida que a conciliação cresceu em importância, os métodos e estilos de conciliação tornaram-se temas de estudos mais acurados. Já há indicadores acerca dos tipos de comportamento por parte dos conciliadores que se prestam melhor a obter a resolução efetiva dos conflitos. Aqui, novamente, precisamos ser cuidadosos. A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos cientificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que podem ter outras soluções (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 86-87).

No âmbito do processo jurisdicional civil as normas processuais privilegiam essa forma de extinção do processo com julgamento de mérito, como prevê o artigo 269, inciso III, do CPC, quando importar em transação, evitando-se o desgaste que toda demanda, em menor ou maior grau, acarreta aos litigantes, uma demorada instrução probatória e o pronunciamento jurisdicional acerca do mérito das pretensões deduzidas em juízo, uma vez presentes todos os requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito, particularmente a regularidade da petição inicial, as condições da ação e os pressupostos processuais.

O artigo 125, do Código de Processo Civil, ao regular os poderes, deveres e responsabilidade do juiz, impõe a esse em seus incisos II e IV, o dever de “velar pela rápida solução do litígio” e “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”, respectivamente.

No procedimento ordinário, não se tratando de extinção do processo em razão dos casos indicados nos artigos 267 e 269, incisos II a V, do Código de Processo Civil, e nem de julgamento antecipado da demanda, nas hipóteses do artigo 330, incisos I e II, do mesmo diploma legal, a audiência preliminar é obrigatória quando os direitos versados na causa comportarem transação, como reza o artigo 331, *caput*, do referido Código. Os §§ 1º a 3ª, desse artigo, deixam claro que a finalidade dessa audiência é justamente a tentativa de conciliação das partes e, se esta não for obtida, caberá ao juiz fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas, inclusive com a designação de audiência de instrução e julgamento, se esta for necessária, a depender da natureza das provas que deverão ser produzidas. Excluem-se da obrigatoriedade da tentativa de conciliação as causas em que os direitos não admitem transação ou quando as circunstâncias do processo demonstrarem que a mesma é improvável, caso em que o juiz poderá fazer o saneamento do processo e ordenar a produção de provas.

Como se observa dos artigos 277 e 278, do Código de Processo Civil, no procedimento sumário a conciliação também é obrigatória, e somente não sendo alcançada o réu apresentará resposta, na forma oral ou escrita, acompanhada de documentos e rol de testemunhas, além de formular os quesitos em caso de requerimento de perícia, sendo-lhe facultado indicar na mesma oportunidade o assistente técnico, com a designação pelo juiz de nova audiência caso seja necessária a produção de prova oral, salvo nos casos já mencionados dos artigos 329 e 330, incisos I e II, do apontado Código.

O Capítulo VII, do Título VII, do Código de Processo Civil, que regula o processo e o procedimento, dispõe sobre a audiência, repetindo nos artigos 447 a 449, a importância da conciliação, impondo ao juiz a obrigação de tentá-la, antes do início da colheita das provas orais.

No procedimento nos Juizados Especiais, instituídos pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, o instituto da conciliação é, igualmente, valorizado, sendo obrigação do juiz esclarecer as partes sobre as suas vantagens, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, por expressa disposição nesse sentido nos artigos 21 a 26, da referida lei, além de facultar aos Estados, através de normas de organização judiciária estender a conciliação para outras causas não abrangidas pela lei sob comento.

Outras leis processuais esparsas, tanto quanto o Código de Processo Civil, priorizam a conciliação em detrimento do julgamento, sendo exemplos a serem destacados os artigos 9º, da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos) e 3º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio).

Mesmo nas causas sujeitas ao Juízo Arbitral, quando houver necessidade de demanda judicial, no caso de resistência de uma das partes quanto à instituição da arbitragem prevista em cláusula compromissória, o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, prevê a tentativa de conciliação prévia pelo juiz. Ainda, estipula que o árbitro ou tribunal arbitral, no início do procedimento, tentará a conciliação entre as partes.

Na Justiça do Trabalho, tanto quanto na Justiça Comum, a conciliação é instituto de observância obrigatória em todas as causas que a admitem, sob pena de nulidade, conforme entendimento tranqüilo da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. Sua previsão explícita encontra-se no artigo 764, cuja redação

é a seguinte: “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”, cujo § 1º, impõe aos juízes e tribunais do trabalho o dever de empregar sempre “os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos”.

Nas demandas individuais a conciliação deverá ser proposta pelo juiz antes da apresentação da resposta pelo réu (artigo 846, da CLT) e, não sendo obtida, também depois de encerrada a fase instrutória do feito e concessão de oportunidade às partes para formulação de razões finais (artigo 850, da CLT). Do mesmo modo, nos dissídios coletivos deverá ser designada audiência para se tentar a conciliação entre as partes (artigo 860, da CLT) (CARRION, 2003, p. 557, 667, 669 e 683).

Todas as disposições legais que são mencionados nesse item, sem esgotá-las, têm por escopo unicamente demonstrar a importância e a valorização da conciliação no sistema estatal de solução de controvérsias, quando já instaurado o processo jurisdicional. Porém, os litígios, quando se referem a direitos patrimoniais de caráter privado, podem ser prevenidos ou encerrados extrajudicialmente através do instituto da transação, que pode traduzir uma conciliação, como uma de suas modalidades, conforme regulado pelos artigos 840 a 850, do novo Código Civil (DINIZ, 2002, p. 498-504).

Diniz (2002, p. 499) conceitua transação como “um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”.

Na forma dos dispositivos mencionados, essa forma de solução de litígios, sem a necessidade de intervenção dos órgãos jurisdicionais, pode ser feita por instrumento público, quando a lei assim exigir, ou por instrumento particular nos demais casos e,

referindo-se a direitos objeto de contestação em juízo, além da forma tradicional (termo nos autos), poderá ser feita por escritura pública, e nos dois casos caberá homologação judicial (artigo 842, do Código Civil) (DINIZ, 2002, p. 500).

Quanto aos resultados da atividade conciliatória, Dinamarco (2002, v. II, p. 963) ensina que podem ser de natureza jurídico-material (transação, reconhecimento do pedido, renúncia ao direito), ou podem ser meramente processuais, a exemplo da desistência da ação e o acordo sobre os fatos (reconhecendo-os um dos litigantes e eliminando a controvérsia), e ainda, sobre a prova, convencionando a modificação das regras sobre o ônus de produzi-las ou no que concerne aos meios probatórios a serem desencadeados no processo.

Não remanesce dúvida, portanto, de que a conciliação, quanto aos direitos disponíveis, nos casos e circunstâncias em que a lei a admite, é instituto que goza de prestígio tanto no sistema processual quanto nas lições doutrinárias, como forma de solução do conflito, sem a necessidade do julgamento da demanda pelo órgão jurisdicional, podendo ser alcançada diretamente pelas partes ou com o auxílio de terceiros, judicialmente ou extrajudicialmente, formalizada pelos instrumentos oferecidos pelo ordenamento jurídico (escritura pública ou instrumento particular, conforme dispuser a lei, quando se tratar de transação, ou mediante termo nos autos, quando houver processo jurisdicional tramitando), sendo que, se alcançada extraprocessualmente, enseja homologação judicial, desde que se cuide de direitos discutidos em demanda já proposta perante o Poder Judiciário.

## 8.6 Obrigatoriedade das Súmulas de Jurisprudência

Durante muito tempo houve acirrada discussão, não só em doutrina, mas entre os advogados, magistrados e membros do Ministério Público, inclusive mobilizando a opinião pública, o que é fato notório e amplamente divulgado pela mídia<sup>93</sup>, acerca da viabilidade de se adotar a obrigatoriedade do entendimento sedimentado nas súmulas de jurisprudência dos tribunais superiores, nos julgamentos dos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição. Para essa súmula, de observância imperativa a todos os magistrados, convencionou-se empregar o termo “súmula vinculante”.

O tema durante muito tempo despertou o interesse da comunidade jurídica, estimulando debates e a elaboração e publicação de artigos, a maioria deles contra este mecanismo, porém, teoricamente existem aspectos também favoráveis à adoção da súmula imperativa, contendo orientação que obrigue não apenas aos órgãos jurisdicionais a se

---

<sup>93</sup> A título ilustrativo, destacam-se as seguintes matérias publicadas pela Folha de São Paulo, edições *on line*: **OAB-SP divulga nota contra súmula vinculante**, sobre nota da OAB paulista criticando a adoção desse instrumento, edição de 18.03.2004; **Presidente do STJ (Nilson Naves) critica quarentena de três anos para juízes**, em entrevista que aborda vários assuntos, criticando a aprovação da súmula vinculante também, porque o STF passaria a editar súmulas sobre matéria infraconstitucional, cuja competência é exclusiva do STJ, edição de 19.03.2004; **Governo passa a aceitar súmula vinculante**, noticiando que o governo para selar a paz com o STF abandona luta histórica do PT e passa a aceitar a instituição da súmula vinculante como uma das medidas integrante do *pacote* de reformas do Judiciário, então em gestação no Congresso Nacional, edição de 20.03.2004; **Novo presidente do STJ (Edson Vidigal) toma posse defendendo controle do Judiciário**, com entrevista do Ministro que, entre outras defesas, sustenta a essencialidade da súmula vinculante, edição de 05.04.2004; **Governo age no Senado para tirar Súmula da Reforma do Judiciário**, sobre manobra do Ministério da Justiça para reverter a proposta de aprovação da súmula vinculante, que havia sido aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, edição de 23.04.2004; **Súmula vinculante “engessa” julgamentos, criticam juízes**, sobre reação contrária dos presidentes da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, AJUFE – Associação dos Juizes Federais e OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, subsecção da cidade de São Paulo, edição de 09.07.2004; **Fórum de juízes vai discutir obrigatoriedade de seguir STF**, sobre matéria em pauta no Fórum Mundial de Juízes, que antecedeu o Fórum Social Mundial 2005, realizado em Porto Alegre, edição de 19.01.2005; **STF discute em fevereiro pautas polêmicas**, noticiando a posição favorável do Ministro Presidente do STF, Nelson Jobim, como mecanismo que

posicionarem de acordo com entendimento consolidado perante o Supremo Tribunal Federal, como também a administração pública em geral, no tocante a essas mesmas matérias para as quais já exista súmula tratando das disposições jurídicas que sobre elas incidem, seja quanto à interpretação, validade ou eficácia das mesmas, reduzindo sensivelmente o número de recursos para os tribunais superiores, o que talvez não fosse do agrado da administração pública, ante sua absurda litigiosidade, como foi desenvolvido em outro tópico desse trabalho, o que se percebe, por exemplo, de notícias veiculadas pelos meios de comunicação, conforme algumas já mencionadas abaixo em nota de rodapé.

Uma das mais expressivas causas de desconfiança da magistratura e da advocacia com a eficiência da súmula obrigatória é justamente com a sua aptidão para diminuir recursos nos tribunais superiores, sendo relevantes os argumentos que levantam em prol de uma resposta negativa, pelo menos em princípio, pois, afirmam que de qualquer sorte os processos chegarão aos tribunais, seja para que haja pronunciamento sobre ser ou não igual a situação discutida em cada caso concreto em cotejo com aquela que deu origem à súmula, seja para alegar a inconstitucionalidade da própria emenda constitucional na parte em que instituiu a obrigatoriedade da mesma.

A Ordem dos Advogados do Brasil, subseção de São Paulo, é uma das entidades que assumiu posição contrária à adoção da súmula vinculante nos julgamentos de primeiro e segundo grau de jurisdição, conforme pode ser visto de nota oficial de 18 de março de 2004, divulgada e publicada nos principais jornais da época<sup>94</sup>, da qual se destacam os seguintes trechos:

---

daria agilidade ao Judiciário, edição de 01.02.2005. Disponíveis em: <<http://www.folha.com.br>>. Acesso em: 27 jan. 2006.

<sup>94</sup> Idem.

As súmulas decorrem da reiteração de julgamentos de situações similares, no mesmo sentido, realizados pelos tribunais. Os entendimentos das cortes, consignados nas súmulas, são alterados com o decorrer do tempo, quer pelo fato de as partes apresentarem novos argumentos, quer pelo próprio desenvolvimento doutrinário do Direito, como ainda pelas mudanças sociais ou pela alteração da composição dos tribunais. [...] Pretender que as súmulas se tornem vinculantes para os juízes é querer engessar o que era fluído e dinâmico. É querer fechar as portas dos tribunais aos anseios de modernidade e das mudanças exigidos pela sociedade. Os juízes apreendem a realidade diuturnamente. [...] Mais do que engessar, a súmula vinculante fossiliza a interpretação do Direito. [...] O desenvolvimento judicial do Direito é que responde aos anseios da justiça e modernidade da sociedade. [...] A súmula vinculante vai na contramão desse entendimento, engessando a interpretação do Direito e, com ela, o juiz e o Judiciário. Por todas essas razões, somos de entendimento contrário à adoção da súmula vinculante.

Garcia (1996, p. 49-53) adverte que a eficácia do regime legal que impõe aos magistrados decidir conforme entendimento já sedimentado pelos tribunais superiores, para assegurar celeridade processual, certeza e segurança jurídica e a própria credibilidade do Judiciário - pela previsibilidade das suas decisões em casos iguais -, marcadamente o Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil, é questionável, como se dá nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, em face de que aos juízes é conferida a liberdade de examinar o caso e concluir que não é ele igual a outro já julgado, razão pela qual, acrescida do reconhecimento de que decisões injustas podem se constituir em entraves ao desenvolvimento do direito, a doutrina do *stare decisis* já não é mais aplicada rigidamente em referidos países, tornando-se mais flexível.

Há, ainda, esclarecimento a ser feito sobre essa confusão entre a súmula com efeito vinculante e a doutrina do *stare decisis*, como bem lembra Ferreira Filho (1996, p. 32-33):

Justifica-se isto com o **stare decisis** do direito norte-americano. Há todavia, uma profunda diferença entre a súmula vinculante e esse referido instituto. Este impõe respeito ao **precedente** da Corte superior. Ora, na determinação de qual seja este, entram em linha de conta as circunstâncias de fato, de modo que freqüentemente os debates judiciais nos Estados Unidos são um afrontamento de precedentes que cada uma das partes invoca como próprio para a questão em debate. Ora, por levar em consideração as circunstâncias, o **stare decisis** enseja uma flexibilidade que não permitirá o texto, seco, normativo como de uma lei, de uma súmula à moda da proposta. Esta, na verdade, faz do tribunal um legislador.

Acresça-se que o sistema norte-americano não obriga os juizes a aplicarem os precedentes da Suprema Corte, que impõem respeito pela autoridade moral desta, como explica Dallari (1996, p. 28):

A confusão do *stare decisis* com súmula vinculante demonstra evidente desconhecimento do sistema judiciário norte-americano e nenhuma familiaridade com seus princípios e suas praticas. Antes de tudo, seria contraditório que o sistema que consagrou o Judiciário como Poder do Estado e desde o início deu extraordinário valor à independência dos juizes, considerada requisito de uma sociedade democrática, admitisse um mecanismo judiciário que impusesse aos juizes a obrigação de acolher, obrigatoriamente, a jurisprudência de um tribunal, julgando contra sua consciência. Além disso, a doutrina e a prática ensinaram que o *stare decisis* tem alcance bem mais limitado, indicando apenas que determinada orientação é pacífica no tribunal. O que se tem, pelo *stare decisis*, é a indicação de que certa jurisprudência se tornou estável, o que não impede o mesmo tribunal de modificá-la nem obriga qualquer juiz ou tribunal a aplicá-la. Na prática, é comum o acolhimento geral dessa jurisprudência pacífica, pela *autoridade moral da Suprema Corte*. Os juizes aderem livremente, com independência, à jurisprudência estabilizada, o que é completamente diferente de serem coagidos a aplicá-la.

Gonzalez (1997, p. 22-23) entende que o efeito vinculante da súmula fere a independência do juiz e a sua própria dignidade enquanto órgão de Poder, entendendo que são naturais as divergências nos julgamentos de casos iguais ou semelhantes, porque cada

jugador tem formação, percepção e convicção diversas, sendo o juiz oriundo das mais diversas camadas sociais, e ao julgar não abandona a ideologia, sua forma de ser, ver e sentir a sociedade e seus conflitos e, portanto, terá sua particular maneira de interpretação da legislação, da prova, do direito e da justiça. Completa, aduzindo que “é por essa razão que existem diferentes interpretações sobre uma mesma lei e sobre a mesma matéria de modo que há sentenças de primeiro grau díspares e, nos tribunais, há votos vencidos”.

A sociedade é pluralista, abrigando várias tendências e ideologias, para atender os mais diversos interesses e, além disso, os juízes têm diferentes formações acadêmicas ou de outra natureza (derivada de sua vivência em sociedade), vindos de diversas classes sociais, com tábuas de valores variáveis e com experiências que não são exatamente as mesmas para todos eles, fatores externos ao julgador e interno à sua pessoa, enquanto ser no mundo, dotado da capacidade de percepção, que é algo muito singular a cada ser humano, de modo que não é de causar espécie que tenham formas plurais de identificar a realidade social e de compreender os conflitos jurídicos, o que influencia sobremaneira a interpretação dos fatos, das provas e do próprio direito e conceito de justiça, acarretando julgamentos que até por uma questão de coerência vão refletir esse quadro de aparente conflito e contradição causado pelos fatores internos e externos à pessoa do julgador.

A atividade jurisdicional é exercida por homens e não por máquinas, sendo utópico o pensamento da igualização dos julgamentos dos casos supostamente iguais, mostrando-se salutar essa diferenciação que aqueles que defendem a súmula com efeito vinculante lutam para não ver. É através desse processo de inegável caráter dialético que o direito evolui e oferece novas soluções, mais justas e harmônicas com a carga axiológica atual da sociedade, num constante construir e desconstruir, oxigenando os tribunais e colorindo

com outras tintas o que parecia terminado, ainda que nunca se chegue à perfeição que todo esse processo parece sugerir (GONZALEZ, 1997, p. 24).

Semelhante concepção tem Nocchi (1996, p. 37):

É preciso ter em mente que o Direito está a serviço da sociedade e assim, as pessoas, protagonistas do processo, não são meras abstrações jurídicas. Cada decisão judicial deve ter sua necessária inserção social, levando em conta todos os fatos – e não apenas as teses – ali envolvidos. Nesse sentido, a diversidade de decisões é que legitima a função judicial. A lei deve ser constantemente interpretada e esse exercício de criação de cada julgador, diante da situação concreta que lhe é posta à apreciação com base na lei, nos princípios que informam o sistema jurídico e com vistas à realização do bem comum, é que habilita o Judiciário como Poder autônomo e independente. Já se afirmou que o Direito está a serviço da sociedade. Esta, por sua vez, sofre constantes mudanças que devem ser levadas em conta pelo Juiz. Desse modo, a autonomia e liberdade de interpretação são necessárias como elementos propulsores das transformações sociais, inclusive no que tange à modificação ou edição das leis. Não se justifica, portanto, a padronização das decisões judiciais, através da vinculação ao julgamento dos Tribunais Superiores, que representaria verdadeira estagnação da criação do Direito.

Araújo (1996, p. 43) entende que na proposta de adoção do efeito vinculante das súmulas dos tribunais superiores há embutida uma “visão extremamente conservadora e rígida da atividade jurisdicional”, conferindo, na prática, aos tribunais superiores, o poder de legislar, interferindo no princípio da separação dos poderes, usurpando a competência do Poder Legislativo. Informa que nenhum tribunal do mundo julga tantos processos como o Supremo Tribunal Federal, mas torna-se necessário indagar se algum país no mundo tem um sistema de recursos tão flexível quanto o brasileiro. Lembra que mais de 50% dos recursos existentes nas cortes superiores são do próprio Estado, ilustrando com o Instituto Nacional do Seguro Social, campeão incontestado das protelações judiciais.

Dallari (1996, p. 25) também entende que a súmula com efeito vinculante fere a independência dos juízes e tribunais, além de conferir ao Supremo Tribunal Federal poderes para legislar, de forma absoluta e incontestável, acima da Constituição e das leis, anulando a independência de juízes e tribunais. Diz que se o Supremo Tribunal Federal “incluir numa súmula um absurdo jurídico, errado e injusto, isso passará a ser obrigatório para todos os juízes e tribunais, sem qualquer possibilidade de discussão”. Por derradeiro, não admite a súmula com esse efeito, ainda que os ministros do referido Tribunal “fossem homens perfeitos e os melhores juristas do país [...], por seu caráter absolutista, que é a negação de mais de duzentos anos de constitucionalismo”.

Dallari (1996, p. 28) vai mais além, para afirmar que a súmula vinculante obriga os juízes a decidirem contra sua consciência, mesmo quando estiverem convencidos de que a decisão é inconstitucional e injusta, para profetizar, com veemência:

Na verdade, eles não serão mais juízes e sim meros agentes burocráticos, obrigados a, simplesmente, apor um carimbo em processos sob sua jurisdição, o que poderá ser feito por qualquer funcionário sem formação jurídica e sem preocupação com a justiça. [...] A reforma deve buscar o reforço da real independência dos juízes, assegurando-lhes os meios para que tenham papel ativo na proteção dos direitos, na defesa da dignidade humana e na promoção da justiça social.

Souto Maior (1997, p. 52-53) questiona o efeito vinculante das súmulas sob o prisma do regime democrático e da interpretação do direito de acordo com os valores eleitos pela sociedade ao instituir seu ordenamento constitucional. Sustenta que não apenas a certeza jurídica e a celeridade processual, que dizem respeito à efetividade do processo, não podendo ser tratados isoladamente, mas outros valores e garantias também são importantes e devem ser preservados, como “a busca da justiça, a plenitude de defesa e, mais relevante ainda, diante de

uma visão mais ampla dos escopos do processo, o próprio exercício da democracia”. Para ele, a concepção instrumentalista do processo e a compreensão do direito como “o conjunto axiológico ou teleológico de regras e princípios”, que exige uma atividade que comporta juízos de valor e uma atuação política, “a imposição de um único valor” e o “direcionamento político, que diriam qual a interpretação correta para determinada lei” configuram uma situação que está em oposição “à democracia, entendida como liberdade de expressão e de oportunidade para formação e convencimento valorativos”.

As manifestações publicadas por magistrados e juristas, ora examinadas, e a defesa feita pelos ministros dos tribunais superiores publicadas pela imprensa, bem demonstram que os partidários da súmula com efeito vinculante alegam a seu favor, dentre outras razões, a certeza e segurança jurídica, a celeridade processual, a retomada da credibilidade do Judiciário (igual solução para casos iguais), a diminuição do número de recursos e maior agilidade do Poder Judiciário. Aqueles que repugnam esse mecanismo, que constituem a imensa maioria da magistratura, a seu desfavor apontam a interferência externa no sistema judiciário, forma de pressão e controle das decisões jurisdicionais, exclusão do dinamismo da justiça tolhendo-lhe novas interpretações do direito, concessão de poder para legislar ao Supremo Tribunal Federal e o *engessamento* dos juizes, que seriam obedientes ao direito interpretado pelos tribunais superiores.

Parece cristalino, à míngua de outros argumentos, que os ministros dos tribunais superiores, notadamente seus presidentes, são movidos pela preocupação quase que exclusivamente com a diminuição dos recursos e da carga desumana de trabalho dos seus integrantes, desafogando o Judiciário, como costumam alegar. O Poder Executivo, por sua vez, que se manifestou contra a instituição desse mecanismo, cedendo posteriormente, apesar do discurso afinado com os opositores da súmula com efeito vinculante, preocupa-se com a

diminuição de sua própria litigiosidade, talvez a maior responsável pelo excesso de processos nos tribunais superiores, pois, a súmula com esse efeito, obriga não apenas aos juizes e tribunais, mas à própria administração pública, o que de certo modo reduziria drasticamente o volume de serviço nos mencionados órgãos jurisdicionais. Por derradeiro, a magistratura demonstra maior preocupação com o regime democrático, com os valores da sociedade, com a evolução do direito e com a escolha da decisão que pareça mais justa aos juizes e tribunais, em cada caso concreto, enfim, com a independência dos seus integrantes na formação do seu convencimento ao julgar uma demanda.

Não resta dúvida de que a súmula vinculante obsta aos magistrados julgar com independência, conforme a sua consciência, obrigando-os a seguir jurisprudência que nem sempre é a mais correta e adequada, levando-os a desprezar os aspectos particulares das causas sob sua responsabilidade, como se determinada orientação jurisprudencial expressasse em qualquer tempo e para todos os casos, em que idêntica matéria fosse discutida, mormente num país de dimensões continentais, como o Brasil, de diversidades culturais, econômicas, políticas e sociais tão acentuadas, a melhor decisão a ser tomada. Compromete a evolução do direito e essa estagnação, depois de algum tempo, pode dar causa a injustiças inomináveis.

De qualquer sorte, mesmo contrariando a magistratura em sua esmagadora maioria, além de advogados e membros do Ministério Público, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 45, em 30 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004, instituindo o mecanismo da súmula com efeito vinculante.

No tocante às decisões do Supremo Tribunal Federal, relativamente às ações diretas de inconstitucionalidade e às ações declaratórias de constitucionalidade, a Emenda

Constitucional 45/2004 deu a seguinte redação ao artigo 102, § 2º, da Constituição da República:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No que se refere à súmula vinculante, a indigitada emenda constitucional introduziu o artigo 103-A e seus §§ 1º, 2º, e 3º à Constituição, com o seguinte teor:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

---

<sup>95</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 jan. 2006.

A súmula vinculante somente poderá ser editada depois de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre matéria exclusivamente constitucional, tendo por objeto a validade, interpretação e eficácia de normas jurídicas determinadas, desde que haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante repetição de processos sobre idêntica matéria. Seu âmbito de aplicação ficou bastante restrito, além de a obrigatoriedade não alcançar as súmulas de jurisprudência de outros tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar. Apenas o tempo, depois de alguns anos de experiência com esse mecanismo, poderá demonstrar se haverá efetivamente diminuição de recursos, maior segurança jurídica e celeridade processual e maior agilidade nos julgamentos pelos tribunais.

Antes da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, aprovada pela Emenda Constitucional 45/2004, apresentava-se como alternativa à mesma a súmula impeditiva de recursos, ou seja, se a sentença estiver em consonância com entendimento consolidado em súmulas de tribunais superiores (STF, STJ, TST), não caberá recurso para o segundo grau de jurisdição, sendo sua instituição sustentada inclusive por algumas associações de magistrados, como a AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros e ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, como pode ser visto de suas páginas na rede mundial de computadores. Há, no Congresso Nacional, em fase de discussão, proposta de emenda constitucional, que, dentre outras matérias, prevê a instituição da súmula impeditiva de recursos, editada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Superior do Trabalho.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> PEC nº 00358/2005. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2006.

Em 08 de fevereiro de 2006 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, introduzindo alterações no Código de Processo Civil, entre elas, acrescentando o § 1º ao artigo 518, desse diploma legal, cuja redação é a seguinte: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.<sup>97</sup>

Assim, perdeu atualidade a discussão acerca da adoção das súmulas vinculantes (STF) e impeditivas de recursos (STF e STJ), diante da Emenda Constitucional nº 45/2004 e da Lei nº 11.276/2006, cabendo mencionar que a Consolidação das Leis do Trabalho possui dispositivo que obsta o seguimento de recurso de revista contra decisão dos Tribunais Regionais do Trabalho para o Tribunal Superior do Trabalho, quando a mesma estiver em consonância com súmula desse Tribunal (CLT, art. 896, *caput*, alínea “a” e § 5º). Não há, porém, dispositivo legal que obste o recurso ordinário para os Tribunais Regionais do Trabalho contra sentença do juízo de primeiro grau, quando está em conformidade com súmulas dos tribunais superiores ou do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>97</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2006.

## 9 CONCLUSÕES

1. Os direitos fundamentais devem ser compreendidos com esta característica somente se assim estiverem contemplados pela ordem jurídica de determinado Estado, pois, antes disso, não são mais que aspirações do homem, para atender às suas necessidades mais prementes, muitas vezes vitais, embora essas possam igualmente ensejar a criação daqueles, como se dá com a necessidade humana ao descanso periódico, o que levou o ordenamento jurídico a criar direitos trabalhistas nesse sentido (descanso, pelo menos em um dia por semana e em um mês por ano a título de férias, além da limitação da jornada de trabalho), ou, ainda, a necessidade da amamentação durante certo período, o que levou à instituição do direito da mulher de ter um tempo destinado a esta finalidade durante sua jornada de trabalho.

2. No Estado moderno, os direitos fundamentais (reconhecidos em declarações de direitos ou pela Constituição) refletiam, num primeiro momento, à necessidade do homem em ter assegurada sua liberdade contra a exacerbada intervenção do Estado, limitando os poderes deste, bem como contra as investidas dos demais indivíduos e, numa segunda etapa, à necessidade de participação, controle e limitação política, constituindo ambos o que a doutrina denomina de direitos fundamentais de primeira geração (civis e políticos); depois, correspondiam à necessidade de maior proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais, em quantidade diferenciada de um Estado para outro, atendendo às singularidades de cada sociedade (segunda geração); e, finalmente, visavam atender à proteção dos grupos sociais ou da coletividade como um todo, não mais sendo individuais,

estando associados à solidariedade e a fraternidade, caracterizados como difusos ou coletivos (terceira geração).

3. O acesso à justiça é direito fundamental, desfrutando de proteção constitucional, e assim, é dever do Estado prestar jurisdição, quando provocado na forma legal, assegurando aos jurisdicionados meios e instrumentos, do início ao fim do processo, além de organizar e manter eficiente e amplo serviço de assistência judiciária integral e gratuita, destinado aos desprovidos de condição econômica que não lhes permitam demandar sem prejuízo próprio ou da família.

4. O acesso à justiça implica não apenas na garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais, mas também a uma ordem jurídica justa, assim entendida aquela capaz de realizar os valores consagrados pela Constituição, incluindo as condições materiais necessárias para o custeio e o desenvolvimento do processo, desde a propositura da demanda até o julgamento final, devendo ser reconhecido que a pobreza é um dos maiores óbices ao exercício desse direito.

5. Diversos são os fatores que provocam transformações sociais e clamam pelo aperfeiçoamento e por um maior dinamismo do Direito para dar conta dos novos conflitos, marcadamente o avanço científico e tecnológico, especialmente nas áreas da eletrônica, comunicação, informação, biologia e medicina, modificando a todo instante as relações sociais e econômicas, acarretando novas necessidades e propiciando a permanente construção e desconstrução de modelos de relações jurídicas, gerando novos conflitos, que para serem solucionados exigem elevado grau de criatividade na busca da decisão mais adequada à proteção dos direitos.

6. A violação de direitos ou de interesses juridicamente protegidos, a cada dia, atinge com maior intensidade toda a população ou parte expressiva dela, como se sucede, por exemplo, com os danos ao meio ambiente, ao consumidor e à saúde pública, ou com os delitos cometidos por organizações criminosas, como se dá com o tráfico de drogas e de armas e com os crimes contra a administração pública em grande escala, causando conseqüências revestidas de gravidade superior às lesões a direitos e interesses individuais, pelo maior número de vítimas e pelos efeitos deletérios à sociedade e ao próprio poder público, porém, não apenas a legislação processual, mas o próprio sistema estatal de solução de conflitos jurídicos continua estruturado para resolver as contendas individuais, pecando por sua maior ineficiência e inefetividade quando se trata de prevenir ou restaurar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e nos casos de delitos, falhando na punição dos culpados e, conseqüentemente, deixando de auxiliar no combate ao crime organizado.

7. Os integrantes do Poder Judiciário, em número expressivo, têm uma formação acadêmica excessivamente conservadora. Predomina uma preocupação exagerada com a dimensão formal do Direito, muito mais do que com o seu conteúdo ético-social e sua função, sobressaindo o apego incondicional à lei estatal. Nem sempre se dedicam à difícil tarefa de submeter as normas legais ao crivo da Constituição. Demonstram grandes dificuldades de adaptação às modificações, com pouca ou nenhuma disposição para acolher as novas concepções, interpretação e aplicação do Direito. Esta postura prejudica a busca de soluções criativas e apropriadas às mais variadas formas de conflitos de interesses, sejam individuais, sejam transindividuais, gerados pelas novas e crescentes necessidades das pessoas e da sociedade, situação que desfavorece a escolha da melhor resposta aos litígios que lhes são submetidos. Os magistrados brasileiros devem interpretar e aplicar o direito sem esquecer da Constituição, com sua preocupação voltada para a realização concreta dos valores eleitos pela sociedade, condensados naquela.

8. A tutela jurisdicional aos direitos e ações lícitas deve ser a mais ampla possível, e quando se trata de procedência da pretensão, não deve se contentar em apenas dizer o direito, a qualquer custo e sem compromisso com uma razoável duração do processo, mas sim, deve haver preocupação em solucionar os conflitos de forma econômica e célere, mas ainda assim é insuficiente, pois de quase nada adianta ao autor apenas ter o direito reconhecido, a ele devendo ser entregue o bem da vida postulado com a maior brevidade possível, ou seja, satisfazer sua pretensão não apenas no plano jurídico, mas também no plano fático. Da perspectiva do usuário do sistema judiciário, para o litigante que tem razão, se este for o autor, a sentença de procedência sem a satisfação concreta do direito é quase nada, pois, reparação terá havido somente quando o bem perseguido lhe for efetivamente entregue.

9. Os custos do processo, no Brasil, são elevados, notadamente quando em cotejo com a expectativa de êxito na demanda. O primeiro óbice para quem, sendo pobre, necessita propor uma demanda, é a contratação de advogado, pois que, com exceção da Justiça do Trabalho e dos Juizados Especiais, além de uma ou outra situação especial ressaltada pela lei, esta é uma exigência do sistema processual brasileiro, outorgando àquele a capacidade postulatória. Na maioria das localidades, mesmo naquelas unidades da federação em que foi instalada a Defensoria Pública, não há defensores públicos em número suficiente para atender a população pobre. Vencida esta barreira e proposta a demanda, o segundo óbice é identificado na ineficiência dos serviços auxiliares do juízo, notadamente as serventias judiciais e extrajudiciais, os oficiais de justiça e os peritos, pela falta do incentivo financeiro, priorizando os processos em que as despesas processuais são pagas;

10. No Brasil, a prestação jurisdicional é excessivamente demorada, o que pode ser explicado, como principais causas, pela existência de leis arcaicas, mal elaboradas ou desprovidas de eficácia social; pelo excesso de demandas submetidas ao Judiciário, incluindo

situações em que não há litígio a ser resolvido, a exemplo da jurisdição voluntária ou mesmo em procedimentos que poderiam ser realizados fora do âmbito do Judiciário, como na maioria dos casos de adoção, separação de casais, retificações de registros civis (nascimento, casamento e óbito), interdições, arrolamento de bens, inventário e expedição de alvará para movimentações bancárias em caso de morte do titular; pela elevada litigiosidade do poder público; pelo excesso de oportunidades para recorrer; pela insuficiência da estrutura dos órgãos jurisdicionais; e pela carência de servidores e magistrados.

11. O processo jurisdicional brasileiro ainda não goza de grau satisfatório de efetividade. A falta de um ponto de equilíbrio entre certeza/segurança jurídica e celeridade/efetividade processual gera inconformismo e insatisfação dos usuários do sistema judiciário. As técnicas processuais, acompanhadas das formalidades que lhes são pertinentes, em benefício da preservação das garantias do devido processo legal, são importantes, mas o apego exagerado a elas não pode sobrepor-se ao direito material, devendo ser empregadas na medida suficiente para viabilizar a efetiva e célere tutela jurisdicional, sem perder de vista que esta, para ser adequada, nem sempre deve ser prestada através do procedimento ordinário, muitas vezes devendo ser diferenciada, pelo seu caráter de urgência, justificando a cognição parcial e sumária.

12. A solução dos conflitos jurídicos de interesses, além de adequada, econômica e célere, deve priorizar a pessoa humana, não sendo de se admitir preocupação exagerada com os reflexos dos recursos financeiros destinados pelo poder público à atividade jurisdicional na economia, mas sim, devem ser vistos como investimento em atividade essencial para a pacificação social e para a manutenção da normalidade das instituições, considerando-se que não é função do Poder Judiciário atuar de modo a contribuir para aumentar os lucros e a competitividade das empresas e investidores ou se preocupar com o

crescimento do Produto Interno Bruto, como às vezes é sugerido por economistas e políticos e pela imprensa.

13. Os recursos orçamentários destinados ao Poder Judiciário devem ser majorados e melhor aplicados, com a ampliação da autonomia financeira dos tribunais, sem condicionamento à vontade e aos interesses dos poderes legislativo e executivo, mostrando-se fundamentais e urgentes a formação e o preparo, através de escolas voltadas para este escopo, dos administradores públicos que atuam nos tribunais brasileiros.

14. As reformas estruturais e o aumento do número de magistrados e servidores não resolvem todos os aspectos do problema do acesso à justiça, mas apenas uma parte, sendo de quase nenhuma repercussão se não forem adotadas em conjunto outras medidas, como maior cuidado na elaboração das normas jurídicas, atendendo-se à realidade social em que deverão ser aplicadas; redução do número de demandas, em particular os casos que não justificam a intervenção do Judiciário, mas que podem ser resolvidos por órgãos do Executivo; reformulação do sistema de recursos; melhor formação de magistrados e servidores; diminuição da litigiosidade do poder público; incentivo ao emprego de meios alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem, e adoção de técnicas voltadas a este escopo, como a mediação e a conciliação; implantação de medidas, procedimentos ou de quaisquer outros meios lícitos que possam importar na prevenção de litígios, gerando o comportamento conforme a ordem jurídica pela administração pública e pelos particulares.

15. O Estado deve organizar e manter de forma abrangente e eficiente os serviços de assistência jurídica e integral aos que não podem suportar as despesas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família, com a imediata instalação da Defensoria Pública nas unidades da federação que ainda não o fizeram, e nos demais, deve ser dotada de melhor

estrutura e maior número de servidores e defensores públicos, e, ainda, deve alcançar em quantidade suficiente todas as localidades do território nacional.

16. O direito processual, necessário não apenas para assegurar aos litigantes as garantias do devido processo constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas, a imparcialidade do juiz, o juiz natural, a vedação de tribunais de exceção, a igualdade de oportunidades e de tratamento às partes e a vedação de meios ilícitos de provas, dentre outras, regulando o processo e a própria atividade jurisdicional, abrangendo os atos das partes, dos órgãos jurisdicionais e de terceiros, deve servir para a realização do direito material da melhor forma possível, de preferência com economia, celeridade e efetividade, mas não pode ter um fim que se esgota em si mesmo, a ponto de ser lhe dado maior importância que àquele.

17. O processo jurisdicional brasileiro ainda não está totalmente adaptado às exigências de tutela dos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos. O conceito clássico de relação jurídica, que envolve dois sujeitos pelo menos, um titular do direito subjetivo e outro titular do dever jurídico a ele correspondente, ligados entre si por uma relação jurídica-base, não se aplica com propriedade à tutela dos interesses transindividuais, em que nem sempre há relação jurídica-base e nem sempre é possível a identificação do titular do interesse ou direito lesado ou ameaçado de lesão, muitas vezes sendo conhecido somente o titular do dever jurídico, como ocorre com o dano ao meio ambiente causado por uma indústria, em que é possível identificar apenas o titular do dever jurídico não cumprido, mas não há uma relação-base anterior formada entre ele e os titulares do direito ao meio ambiente saudável (dentre os quais pode estar incluído o próprio causador do dano). Os chamados direitos fundamentais de terceira geração, que envolvem os interesses coletivos e difusos, implicam em normas de proteção, que geralmente não são atributivas de direitos, nos mesmos

moldes que se dá com os direitos individuais, mas sim, impositivas ou proibitivas de condutas, e por isso, devem ser alvo de proteção através de tutelas jurisdicionais apropriadas, como a tutela inibitória ou a tutela de remoção do ilícito.

18. O despreparo técnico do advogado, sua atuação negligente ou a falta de habilidade ao manejar o processo, podem contribuir negativamente para o resultado da prestação jurisdicional, a ponto de comprometer o objetivo de uma prestação jurisdicional justa, célere e efetiva. Não são raros os casos de inépcia profissional, constatados diariamente nas lides forenses.

19. O juiz deve ser necessariamente imparcial, tratando-se de garantia constitucional dos litigantes, mas jamais deve ser neutro, impassível, sob pena de, sob certas circunstâncias, comprometer o escopo de se produzir decisões justas (leia-se: conforme os valores da Constituição), sendo certo que se não há uma decisão que contemple plenamente os direitos da parte que tem razão, consagrados pela lei e pela Constituição, sendo incompleta, reveladora de uma verdade meramente formal, porque o magistrado não foi até onde poderia ter ido, deixando de se inteirar com serenidade e responsabilidade da verdade real, inclusive recusando-se a tomar a iniciativa de determinar a produção de certos meios de provas para bem formar seu convencimento, a pretexto de não quebrar sua imparcialidade, não se pode falar que a parte que tem razão teve acesso a uma ordem jurídica justa, pois, não bastasse o não cumprimento espontâneo do dever jurídico pelo seu adversário na demanda, depois de percorrer um penoso, custoso e demorado itinerário, não recebeu do Judiciário tudo aquilo a que tem direito.

20. A adoção da súmula vinculante até poderá reduzir a quantidade de recursos nos tribunais superiores, mas, de outro lado, poderá engessar a magistratura,

contribuindo para diminuir o ritmo do processo de evolução do pensamento jurídico e, assim, a depender das mutações axiológicas da sociedade, negar a finalidade de se interpretar e aplicar corretamente o direito. A súmula impeditiva de recursos talvez não reduza o número de recursos nos tribunais, em proporção significativa para a diminuição da morosidade processual, o que somente com a experiência poderá ser diagnosticado, mas certamente constitui mecanismo que, a par de não permitir o processamento de recursos contra as sentenças e acórdãos que estão em consonância com entendimento consolidado nos tribunais superiores, não oferece o risco de estabilizar negativamente o direito, mas, pelo contrário, propicia o prosseguimento do processo evolutivo-interpretativo, atendendo-se às novas necessidades e às transformações da sociedade.

21. As pesquisas realizadas para viabilizar o estudo do tema e que resultaram nesse trabalho, mostram a necessidade de implementação de um conjunto de medidas que possam tornar possível o acesso à justiça como uma realidade, abandonando a sua condição de mero discurso acadêmico ou enunciado formal, para se fazer como ser, adquirindo concretude. Pouco se acrescenta, mas pelo contrário, torna o trabalho quase inteiramente inútil, se o seu objetivo se limitar a unicamente investigar as causas da ineficiência do sistema estatal de solução de conflitos de interesses, identificando e criticando os pontos de estrangulamento, mas não apresentando propostas acerca do que se pode fazer para tornar efetivo o acesso à justiça. Dentre as possíveis soluções, *ad referendum* do Congresso Nacional e das autoridades administrativas competentes para impor as mudanças que se apresentam como imprescindíveis, de modo coerente com a explanação feita em relação ao acesso à justiça, sem embargo de que algumas medidas exigem alterações legislativas e até mesmo emendas constitucionais para sua implementação, podem ser apontadas como as principais delas:

21.1 melhor distribuição dos órgãos jurisdicionais e dos magistrados no território nacional, conforme as necessidades de cada região, observando-se suas singularidades, inclusive a natureza dos litígios, estabelecendo-se uma estimativa com base nas experiências já realizadas, dos tipos de litígios de maior frequência (direito do trabalho, direito de família, direito penal, direito previdenciário, direito tributário etc.), para efeito de aprimoramento na prestação jurisdicional em cada localidade;

21.2 informatização dos serviços, em todos os ramos do Judiciário e em todas as localidades, criando-se um sistema de integração entre eles, para obtenção de informações e agilização de prática de determinados atos processuais, a exemplo de cumprimento de intimações, notificações e cartas precatórias, e ainda, buscando-se fórmulas que priorizem o processo eletrônico, eliminando o quanto possível o registro de atos processuais em papel;

21.3 preenchimento urgente das vagas existentes nos quadros da Magistratura, do Ministério Público e das Defensorias Públicas;

21.4 aumento do número de servidores e magistrados nas regiões em que a lentidão processual se mostra mais crítica, por esta razão;

21.5 criação da Defensoria Pública nos Estados da Federação que ainda não a possui;

21.6 aumento do quadro de servidores e de defensores públicos, de modo a serem oferecidos a toda população necessitada os serviços de assistência judiciária integral e gratuita, em todos os ramos do Judiciário e em relação a todas as modalidades de demanda;

21.7 imediata oficialização dos cartórios e serventias judiciais e extrajudiciais na Justiça Comum dos Estados, com a criação de quadros administrativos compostos de servidores remunerados pelo poder público, inclusive peritos e oficiais de justiça, com a instituição de um sistema de custas processuais em valores moderados,

proporcional ao valor da causa, sem exigência de antecipação de seu pagamento, que deverá ser feito somente depois do trânsito em julgado da sentença, sempre pelo vencido na causa, com isenção a ser concedida aos beneficiários da assistência judiciária gratuita, a exemplo do que já ocorre na Justiça do Trabalho;

21.8 ampliação da autonomia financeira dos tribunais, para que possam elaborar seus orçamentos sem a necessidade de concordância dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como a instituição de mecanismos que lhes garantam o repasse das verbas orçamentárias, sem diminuições, para atender às suas necessidades, tornando mais rigorosos os processos de controle e fiscalização de sua aplicação;

21.9 criação de escolas e cursos de formação e aperfeiçoamento de administradores públicos, de frequência e aproveitamento obrigatórios para todos os magistrados de segundo grau de jurisdição, como requisito indispensável ao exercício de cargos de dirigentes dos tribunais que integram, bem como aos servidores dos tribunais que exerçam ou venham a exercer cargos de direção ou chefias de secretarias e departamentos;

21.10 reformulação do sistema de recursos, racionalizando seu emprego, com diminuição das oportunidades de impugnação aos provimentos jurisdicionais, aplicando-se sanções mais severas e adequadas aos recorrentes, quando ficar demonstrado o uso de recursos com fins meramente procrastinatórios;

21.11 instituição de meios coercitivos eficientes para o cumprimento das ordens judiciais, além de multas em quantias elevadas, admitindo-se também a prisão por desobediência, por determinado prazo, mediante certas circunstâncias e preenchimento de requisitos previamente fixados em lei;

21.12 revisão da legislação brasileira, com a revogação das normas anacrônicas e em descompasso com a Constituição Federal, adaptando-as às necessidades e a carga axiológica atual da sociedade;

21.13 aprovação de um código brasileiro de processos coletivos, tornando o processo meio adequado à solução dos problemas relacionados com os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

21.14 implantação e efetivação de políticas públicas, com adoção de medidas adequadas - políticas e econômicas - com o escopo de diminuir os graves problemas sociais brasileiros, como a fome, o desemprego, a insegurança, a falta de moradia e de saneamento básico e as deficiências dos sistemas públicos de saúde e educação, promovendo a inclusão social;

21.15 estímulo ao cumprimento espontâneo do ordenamento jurídico pelos particulares e pelo poder público, mediante campanhas publicitárias institucionais voltadas para a população, informando-lhe não apenas da existência dos direitos, mas igualmente dos deveres, e dos meios postos à sua disposição para solução dos litígios, objetivando convencimento de que é importante para a convivência social pacífica e harmoniosa o respeito à lei, e do mesmo modo, mediante disciplina obrigatória nas escolas públicas e privadas a partir do quinto ano do ensino fundamental, além de punição rigorosa para os delitos praticados contra a administração pública e pelos agentes públicos em geral, incluindo os integrantes dos três poderes da República;

21.16 diminuição dos casos de jurisdição voluntária e de outros procedimentos de obrigatória apreciação pelo Poder Judiciário, em que não haja litígios a serem resolvidos, com atribuição de competências a agências ou órgãos administrativos; e

21.17 incentivo à arbitragem, à conciliação e à mediação, valorizando e legitimando as soluções encontradas pelos interessados, diretamente ou através de terceiros, a exemplo do árbitro e do mediador.

**BIBLIOGRAFIA**

AFONSO DA SILVA, J. **Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004b.

ALENCAR, F. **História da sociedade brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1984.

ANDRADE, L. R. de. **Juiz alternativo e Poder Judiciário**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

AQUINO, F. V.; AGOSTINHO, G.; ROEDEL, H. **A Sociedade Brasileira: uma história através dos movimentos sociais**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2000.

ARAGÃO, E. D. M. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

ARAGÃO, S. R. **Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de hoje**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. O Estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício). **Revista Brasileira de Direito Processual**. V. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. O processo civil no limiar de um novo século. **Revista de Direito Processual Civil**. V. 16. Curitiba: Gênese, 2000.

ARAÚJO, F. R. de. O efeito vinculante das súmulas: um perigo para a democracia? **Revista da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho**. Ano 8, nº 26. Brasília: abr.-maio/1996.

ARENHART, S. C. Breves observações sobre o procedimento arbitral. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 25 jan. 2006.

ARISTÓTELES. **Política**. L. I. São Paulo: Martin Claret, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARMELIN, D. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. V. 1, nº 23. São Paulo: jun./1985.

ARRUDA ALVIM, J. M. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, P. F. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983.

\_\_\_\_\_. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Aplicação do direito**. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996a.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996b.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. V. 3. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_.; GOMES, F. **Teoria geral do processo civil**. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. V. 1. 7ª ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBI, C. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **Temas de direito processual civil**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual civil**. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984a.

\_\_\_\_\_. Tendências contemporâneas no direito processual civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**. V. 42. Rio de Janeiro: Forense, 1984b.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA, R. **República: Teoria e Prática** (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República). Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. reform. de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

\_\_\_\_\_; MARTINS, I. G. da S. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. II. São Paulo: Saraiva, 1989b.

BATTAGLIA, M. do C. L. Mediação. Disponível em: <<http://www.rogeriana.com>>. Acesso em: 26 jan. 2006.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003b.

BELINETTI, L. F. **Sentença civil**: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional satisfativa. **Revista de Processo**. Nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BELINETTI, L. F. Ações coletivas: um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro: a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. Estudos em

homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**. Nº 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BEZERRA, P. C. S. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIELSA, R. A.; GRANA, E. R. El tiempo y el proceso. **Revista del Colegio de Abogados de La Plata**. Nº 55. La Plata: 1994.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Comp. por Nello Morra. Trad. e notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e liberdade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 2ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. V. 1. Trad. De Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luiz Gerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 12ª ed. Brasília: UNB, 2004.

BONAVIDES, P. **Ciência política**. 10ª ed. rev. atual. 10ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, G. de M. (coord.). **Novo código civil brasileiro**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição da República, legislação codificada e extravagante. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRESSER PEREIRA, L. C. Consenso do atraso. **Folha de São Paulo**, ed. de 19 jul. 1994.

BRÜGGEMANN, S. M. **Um caminho para a justiça**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

CABRAL DE MONCADA, L. **Filosofia do Direito e do Estado**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1950.

CACHAPUZ, R. R. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CAHALI, Y. S. (org.) **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição da República**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CALAMANDREI, P. **Instituições de direito processual civil**. V. I e II. 2ª ed. Trad. de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CALDEIRA, J. **História do Brasil**. Rio de Janeiro: Cia. das Letras, 1997.

CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 abr. 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CÂMARA, A. F. **O acesso à justiça no plano dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito processual civil**. V. I. 11ª ed. rev. atual. segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**. V. II. 8ª ed. rev. atual. segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CAMPO, H. M. **Assistência jurídica gratuita**: assistência judiciária e gratuidade judiciária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, M.; Garth, B. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARMONA, C. A. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, A. G. **Da antecipação de tutela**. 5ª ed. atual. em conform. com as Leis nº 10.352, de 26.12.2001, nº 10.358, de 27.12.2001 e nº 10.444, de 07.05.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual civil**. V. I. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria geral do processo**. 9ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARRION, V. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 28ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTRO, C. A. P. de. **Sociologia do direito**: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CHAUÍ, M. **O que é ideologia?** 19ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. V. I e II. 3ª ed. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

CICHOCKI NETO, J. **Limitações do acesso à justiça**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2004.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 20ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CLÈVE, C. M. **Temas de Direito Constitucional e teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. V. IV. São Paulo, 2002.

COELHO, L. F. **Teoria Crítica do Direito**. 3ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA, M. O. G. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTURE, E. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

CRUZ, P. M. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. ampl. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004.

DALLARI, D. de A. Independência vinculada. **Revista da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho**. Ano 8, nº 29. Edição especial. Brasília: 1996a.

\_\_\_\_\_. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996b.

\_\_\_\_\_. **Elementos de teoria geral do estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DARWIN, C. **A origem das espécies por meio da seleção natural ou a preservação das raças favorecidas na luta pela vida**. Tomos I, II e III. Trad. de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2004.

DAVID, R. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DESASSO, A. **Juizado Especial Cível: um estudo do caso**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINAMARCO, C. R. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**. Nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. V. I e II. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 11ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003a.

\_\_\_\_\_. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003b.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. V. I. 3ª ed. rev. atual. com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2003c.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. V. II. 4ª ed. rev. atual. com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2003d.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. 20ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DINIZ, M. H. **Código Civil anotado**. 8ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 16ª ed. à luz da Lei nº 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIA, J. E. **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática editora, 1999.

FERNANDES DA SILVA, L. Arbitragem: a Lei nº 9.307/96. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**. Ano 2, nº 4. São Paulo: 1998.

FERRARA, F. **Interpretação e aplicação das leis**. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987.

FERREIRA FILHO, M. G. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. Nº 29. São Paulo: 1988.

\_\_\_\_\_. A reforma do Judiciário. **Revista da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho**. Edição especial. Brasília: 1996.

FIALHO MOREIRA, H. D. R. **Poder Judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Juruá: Curitiba, 2004.

FURTADO, P. **Juízo arbitral**. 2ª ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995.

GARCIA, B. de S. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos tribunais superiores. **Revista Tribuna da Magistratura**. Caderno de doutrina. São Paulo: Agos./1996.

GILISSEN, J. **Introdução histórica ao direito**. Trad. por Antonio Manuel Espanha e Manuel Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, R. **Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989.

GOMES, S. A. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONZALEZ, C. A propósito das súmulas vinculantes. **Revista da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho**. Ano 9, nº 31. Brasília: abr.-jun./1997.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**. 1º v. 17ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994a.

\_\_\_\_\_. O Poder Judiciário e a administração dos conflitos sociais. **Revista do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Série Eventos. Nº 4. São Paulo: 1994b.

\_\_\_\_\_. **O Processo em Evolução**. 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

GUSMÃO, P. D. de. **Introdução ao estudo do direito**. 34ª ed. rev. com alter. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HÄBERLE, P. **Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de los derechos fundamentales**: Alemanha, Francia, España e Itália. Madri: 1991.

HART, H. L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HARVEY, D. **A condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 12ª ed. São Paulo: Loyola, 2003.

HERKENHOFF, J. B. **Curso de Direitos Humanos**: gênese dos direitos humanos. V. 1. São Paulo: Acadêmica, 1.994a.

\_\_\_\_\_. **Como aplicar o Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994b.

HESPANHA, A. M. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Lisboa: Public Europa-América, 1997.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

IANNI, O. **A idéia de Brasil moderno**. 2ª reimpr. São Paulo: Brasiliense, 1996.

JACQUES, P. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Versão condensada pelo próprio autor. Trad. de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KUMAR, K. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

LAFER, C. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LARA, R. **Acesso à justiça**: o princípio constitucional e a contribuição prestada pelas faculdades de direito. São Paulo: Método, 2002.

LASSALLE, F. **O que é uma Constituição?** Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LEONEL, R. de B. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, E. T. **Manual de direito processual civil**. V. I. 2ª ed. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, J. B. de S. **As mais antigas normas de direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LOEWENSTEIN, K. **Teoria de la constitución**. 2ª ed. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, J. B. **A prova no direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUÑO, A. E. P. **Delimitación conceptual de los derechos humanos**. Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

LUÑO, A. E. P. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 5ª ed. Madri: Tecnos, 1995.

MAGALHÃES, J. L. Q. de. **Direito constitucional**. T. I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARINONI, L. G. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000a.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000b.

\_\_\_\_\_. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. [2001?].

MARINONI, L. G. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **A antecipação da tutela**. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b.

MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. V. I. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINEZ, V. C. Estado de direito social. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 09 fev. 2006.

MARTINS NETO, J. dos P. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESQUITA, E. M. **As tutelas cautelar e antecipada**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MICHELI, G. A. **Curso de derecho procesal civil**. V. 1. Buenos Aires: EJEJA, 1970.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTESQUIEU, B. de. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MOTTA, M. P. **Interpretação constitucional sob princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

NADER, P. **Filosofia do direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NALINI, J. R. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NEGRÃO, T; GOUVÊA, J. R. F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 37ª ed. atual. até 10.02.2005. São Paulo: Saraiva, 2005.

NEQUETE, L. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência**. Porto Alegre: Sulina, 1973.

NERY DE OLIVEIRA, A. Reforma do Judiciário (IX): meios alternativos de solução de conflitos e outras discussões para a devida tutela judicial. 1999. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição da República**. 7ª ed. rev. atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOCCHI, B. R. A. S. P. Súmula vinculante: avanço ou retrocesso? **Revista da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho**. Ano 8, nº 27. Brasília: Jun.-jul./1996.

OLIVEIRA, L. J. de. **Direito do Trabalho: organização de trabalhadores & modernização**. Curitiba: Juruá, 2003.

PACHECO, J. da S. **Evolução do processo civil brasileiro**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAMPLONA FILHO, R. Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

PARDO, D. W. de A. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PECES-BARBA, G. **Derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Biblioteca Universitária Guadiana, 1976.

PEDROSA, V. A lentidão do Judiciário brasileiro. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 16 fev. 2006.

PEIXOTO, J. C. M. **Curso de direito romano**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Haddad Ed., 1955.

PERROT, R. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. de José Carlos Barbosa Moreira. **Revista Forense**. Nº 342. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PIMENTEL GOMES, D. G. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005.

PINHEIRO CARNEIRO, P. C. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIOVESAN, F. C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PROTO PISANI, A. **Appunti sulla giustizia civile**. Bari: Cacucci, 1982.

QUEIROZ, R. A. S. de. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

QUEIROZ, C. C. A legitimidade da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 24 abr. 2006.

RAGONE, Á. J. D. P. Introducción al estudio de la tutela anticipatoria. **Revista de Processo**. Nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1996.

RAMOS, G. G. **Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, J. C. V. dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REZENDE FILHO, G. J. R. de. **Curso de direito processual civil**. V. III. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

ROBERT, C.; SÉGUIN, E. **Direitos humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROCHA, J. de A. **Teoria geral do processo**. 7ª ed. 3ª tir. São Paulo: Atlas, 2004.

RODRIGUES, H. W. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES PINTO, J. A. **Direito Sindical e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

ROSS, A. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. 1ª reimp. Bauru: EDIPRO, 2003.

RUSCHEL, R. R. A eficácia dos direitos sociais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Nº 58. Porto Alegre: 1993.

RUSSOMANO, R. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

SABADELL, A. L. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SADEK, M. T. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SAKO, E. S. A. **Para além do determinismo genético do direito**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial). Universidade Estadual de Londrina. Londrina-Pr.

SALDANHA, N. **Sociologia do direito**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SAMPAIO, J. A. L. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO VAZ, T. S. Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos). **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**. Nº 55. Lisboa: 1995.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004b.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SCHMITT, C. **Teoria de la constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.

SCURO NETO, P. **Sociologia geral e jurídica**: manual dos cursos de direito. 5ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2004.

SHIMURA, S. **Arresto cautelar**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. V. 23. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SIQUEIRA CUNHA, L. G. **Acesso à Justiça e assistência jurídica em São Paulo**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SOARES, F. C. (organiz.). **Acesso à justiça**. Segunda série. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SOUSA SANTOS, B. de. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SOUZA, S. C. B. **Assistência jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003.

SOUTO MAIOR, J. L. Súmula com efeito vinculante. **Revista “O Trabalho”**. Nº 178. Curitiba: Decisório Trabalhista, maio/1997.

STOCKLER, M. L. S.; BARBOSA FILHO, M. B. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Scipione, 1993.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, J. H. M. **Curso de direito constitucional** (organizado a partir de apostilas de suas aulas e atualizado pela Professora Maria Garcia). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, S. de F. A formação do juiz contemporâneo. **Revista Cidadania e Justiça**. Ano 2, nº 4. São Paulo: 1998.

TELLES JUNIOR, G. **Iniciação na ciência do direito**. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. V. I. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORNAGHI, H. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

TUCCI, J. R. C. e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos tribunais, 1997.

ULHOA CINTRA, G. de. **História da organização judiciária e do processo civil**: Da antiguidade à época moderna. V. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Jurídica e Universitária, 1970.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

VILLALON, P. C. Formación y evolución de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Nº 25. Madri: 1989.

WARAT, L. A. A mediação. 1999. Disponível em: <<http://www.almed.org.br>>. Acesso em: 27 jan. 2006.

WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. **Da cognição no processo civil**. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005.

WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

YARSHELL, F. L. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros editores, 1993.

ZAFFARONI, E. R. **Estructuras judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 1994.

ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da tutela**. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.