

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À EFETIVIDADE E À SEGURANÇA EM PERSPECTIVA DINÂMICA

(Trabalho destinado à coletânea de ensaios em homenagem a Kazuo Watanabe)

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor Titular dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela USP. Professor-visitante na Universidade "La Sapienza", Roma, Itália. Advogado em Porto Alegre e Brasília-DF.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução do Problema. a) A Teoria dos Direitos Subjetivos Públicos; b) O Declínio do Normativismo Legalista; c) A Afluência dos Direitos Fundamentais; d) Conclusões Parciais. 3. Efetividade e Segurança em Perspectiva Dinâmica. 4. A Dimensão do Conflito entre Efetividade e Segurança e seu Equacionamento. O Papel da Adequação.

Resumo: O texto examina o direito fundamental ao processo justo e o direito fundamental a uma efetividade qualificada, a partir da superação da teoria dos direitos subjetivos públicos e do normativismo legalista. Aborda, igualmente, a dimensão e o equacionamento do conflito entre efetividade e segurança jurídicas, bem como a necessidade de tutelas jurisdicionais elásticas, diferenciadas e adequadas.

1. INTRODUÇÃO

A supremacia do direito fundamental, hoje reconhecida de forma praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência, acarreta inúmeras consequências no domínio do processo civil.

Nada obstante a regulação legal do processo, e o formalismo aí implicado, pode ocorrer defasagem em relação às necessidades sociais. Também é possível que, diante das peculiaridades do caso concreto, a aplicação da regra dificulte

a realização do direito material, conduzindo à situação injusta e não desejada pelo sistema constitucional e os valores imperantes na sociedade. O emprego de determinadas técnicas, previstas em lei, pode se revelar insatisfatório em termos de justiça, efetividade, segurança, igualdade e outras determinantes axiológicas e deontológicas de caráter constitucional.

Em todas essas hipóteses, os direitos fundamentais constituirão suporte importante para a integração e superação das dificuldades apresentadas pelo sistema, colaborando, assim, de forma decisiva para uma aplicação mais justa do direito.

Com base nessas premissas, partindo do plano axiológico, em que se situam segurança e efetividade, pretendo elaborar melhor, no plano deontológico, o *direito fundamental ao processo justo* e o *direito fundamental a uma efetividade qualificada*.

2. A EVOLUÇÃO DO PROBLEMA

Três aspectos são importantes para melhor compreensão do problema. Em primeiro lugar, a ascensão dos direitos do cidadão face ao Estado absolutista, fator determinante para o surgimento do Estado liberal, e de que é precursora no plano jurídico a teoria dos direitos subjetivos públicos de Jellinek (letra a). Depois, o declínio do normativismo legalista (letra b), com a formação do Estado democrático de direito e a elaboração da teoria das normas de princípio e o reforçamento dos direitos fundamentais constitucionais (letra c). Daí podem ser extraídas algumas conclusões parciais (letra d).

a) A Teoria dos Direitos Subjetivos Públicos

A teoria dos direitos subjetivos públicos mantém estreita conexão com a caracterização liberal dos direitos e a construção jurídica do Estado constitucional moderno, em sua busca de igualdade formal.

O desenvolvimento dessa concepção deve-se, principalmente, a Georg Jellinek (1892), que centrou a nota distintiva do Estado moderno no reconhecimento do indivíduo como pessoa e, assim, como sujeito de direito, apto a “reclamar eficazmente a tutela jurídica do Estado”. O simples fato de o indivíduo pertencer ao Estado, mostra-se relevante, do ponto de vista jurídico, nas relações mantidas entre ambos. Nessa perspectiva, “as

pretensões jurídicas que resultam de tais condições são o que se designa por direitos subjetivos públicos”. Esses consistem, assim, em pretensões jurídicas (*Ansprüche*) perante o Estado, resultantes diretamente de situações ou condições (*Zustände*) jurídicas ¹.

Acertadamente, observa autorizada doutrina que a teoria dos direitos subjetivos públicos revela-se indissociável da tutela jurisdicional dos direitos . Basta atentar em que a pretensão de outorga de jurisdição, dirigida contra o Estado como titular da soberania, não constitui um simples efeito reflexo do direito objetivo. E isso porque o dever do Estado de outorgar jurisdição habita não apenas no interesse geral, mas, especialmente, no interesse de quem busca a satisfação de seu (afirmado) direito perante o órgão judicial ².

Demais disso, a outorga de jurisdição não fica ao arbítrio do órgão judicial e é considerada, pelo contrário, como uma proteção imperativa (embora possa ser favorável ou desfavorável) e não meramente aleatória. O juiz atual não pode mais se eximir de prestar jurisdição com o *non liquet* (não está claro), como aconteceu em determinada fase do direito romano³.

Trata-se, não há dúvida, de momento assaz significativo do movimento cultural que buscava reagir contra os poderes extremados dos Estados absolutos, visando a não só defender com um adequado sistema de *garantias* as liberdades do cidadão como também criar um novo Estado de direito, em que vigorasse a igualdade formal ⁴.

Nesse panorama se insere a elaboração oitocentesca e dos primeiros anos do século passado do direito de ação, que, como categoria geral atípica, permitiu reconciliar, de forma automática e necessária, o direito material (todos os direitos materiais) e a tutela jurisdicional civil, colaborando, assim, para a superação dos limites intrínsecos da tipicidade das ações do direito romano clássico, num plano puramente de igualdade formal. Tal consequência, porém, embora tenha sido benéfica, não mais satisfaz. E isso porque, hoje, a constitucionalização do direito de ação — ocorrida em um contexto normativo

¹ Cf. G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, e a exposição e ponderações formuladas por Jorge Reis Novais, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 1987, separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 79-80.

² Reis Novais, *Contributo*, cit., p. 81.

³ Teichiro Nakano, *Das Prozessrechtsverhältnis*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 79(1966):99-113, esp. p.108.

⁴ Elio Casetta, *Diritti pubblici subbiettivi*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. 12, p. 792.

referenciado à superação da igualdade formal — impõe a necessidade de eliminar as conseqüências causadas pela fratura criada entre o direito material (direitos materiais individualmente considerados) e o processo, com o estudo de técnicas que permitam a este último desempenhar sua função institucional de instrumento vocacionado a “dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e próprio ch’egli ha diritto di conseguire”, no sentido do direito material ⁵.

Realmente, o problema do constitucionalismo dos dias que correm não é mais o de reivindicar uma posição formal de autonomia do cidadão nas suas relações com o poder estatal, tal como era exigido pela concepção de Estado liberal, nem incrementar somente a igualdade formal. Trata-se, agora, de assegurar ao cidadão a possibilidade de defender em concreto tais posições perante o Poder público, em busca de igualdade material, em consonância, aliás, com a idéia força do “welfare State”. O direito não pode mais ser concebido apenas como um sistema de imperativos postos pela vontade do Estado em defesa das esferas de liberdade do indivíduo. Numa ordem de valores muito diversa em comparação com a sociedade do Século XIX e à luz dos princípios constitucionais fundamentais de igualdade material, segurança e dignidade social, de solidariedade e de utilidade social, o direito vem, agora, considerado como fator institucional da vida econômica e social, vale dizer como instrumento de potencialização e de impulso da personalidade individual e de realização de relações sociais mais equânimes, para a tutela, não mais formal, mas substancial, da dignidade e do desenvolvimento do homem, no âmbito da comunidade ⁶.

Além disso, uma das limitações de tal concepção está no seu caráter essencialmente estático, em que a garantia serve apenas como mero direito de defesa do cidadão frente ao poder estatal.

No domínio do processo, a visão estática conduziu a uma simples “constitucionalização” formal dos princípios processuais preexistentes, cujos efeitos se exauririam em um enquadramento garantístico, mas sem chegar a interferir diretamente, de forma inovativa, sobre a realidade do processo. Sintomaticamente, nos anos 50 do século XX, quando começou de forma

⁵ Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Napoli, Jovene, 2006, p. 51-53.

⁶ Essas considerações de Marco Comporti, *Diritti reali in generale, Trattato di diritto civile e commerciale* (coord. de Cicu, Messineo e Mengoni), vol. VIII, t. I, Milano, Giuffrè, 1980, p. 16 e nota 33, com amparo em farta bibliografia, dirigidas ao direito material, encontram também ampla aplicação, mutatis mutandis, no campo do direito processual.

sistemática o estudo das relações entre processo e Constituição, pouco se falava, por exemplo, em garantia de efetividade.

Mais ainda, tal concepção circunscreveu o objeto das “garantias constitucionais” ao “devido processo legal” (com sua corte de garantias correlatas, contraditório, ampla defesa, juiz natural etc.), e este, por sua vez, estaria detalhado na legislação infraconstitucional. De tal modo, no fundo, a “garantia” do “devido processo legal” seria estabelecida a partir da legislação infraconstitucional, ponto de vista que obstaculizava ou pelo menos dificultava a releitura das normas infraconstitucionais a partir dos direitos fundamentais⁷. Ademais, tal modo de encarar o problema não dava abertura à construção de instrumentos capazes de preencher as lacunas da regra, também com base nas normas de princípio constitucionais.

b) O Declínio do Normativismo Legalista

O panorama passou a mudar com as profundas mudanças ocorridas na lógica jurídica, em meados do século passado, a partir das aportações de Viehweg, Giuliani, Peralman e outros, e ainda com o aparecimento da teoria dos princípios elaborada por Dworkin e o robustecimento dos direitos fundamentais, em face das necessidades do Estado-providência. Esses fatores foram determinantes para o declínio do normativismo legalista, bandeira assumida pelo positivismo jurídico, e fez com que as normas de princípio, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, passassem a assumir posição predominante na aplicação do direito.

Essa nova visão contribuiu, obviamente, para que a decisão judicial seja elaborada não só a partir de um *prius* anterior ao processo, mas, também, com base nos próprios elementos que nele serão colhidos. Tal acarretou uma diminuição do valor da segurança, contribuindo para reduzir a

⁷ No mesmo sentido a crítica de Luigi Paolo Comoglio, *Lezioni sul processo civile* (em colaboração com Corrado Ferri e Michele Taruffo), 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 1999, p. 56. Deve ser observado que ao enfrentar essa problemática, exatamente em caso em que estava em jogo a cláusula do *due process of law*, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 194.295-9-RJ), rel. Ministro Marco Aurélio, j. em 07.11.2000, DJU de 17.08.2001, v. u., Revista dos Tribunais 799(mai/2002)174-176) adotou postura menos formalista, e conheceu e proveu o recurso para exame do texto constitucional, “muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum”. Esse novo entendimento entende insubsistente a tese de que, para o conhecimento do recurso extraordinário, a ofensa à Carta Política da República há de ser direta e frontal, adotando uma posição tópica: o exame deve ser caso a caso.

previsibilidade quanto ao desenvolvimento do processo e ao julgamento da lide, incrementando, por conseqüência, o perigo de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais, que estes ocupam no mundo atual. Tudo isso se potencializa porque os direitos fundamentais exibem grande força de irradiação sobre o direito legislado, a acentuar, ainda mais, o papel do juiz na “descoberta” do direito aplicável ao caso concreto.

c) O Papel dos Direitos Fundamentais

Realmente, já não mais se discute, na doutrina do direito constitucional, o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio — mesmo daquelas consideradas meramente programáticas — consideradas diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora⁸. Aliás, a mais importante fonte jurídica das normas de princípio são exatamente os direitos fundamentais.

Além disso, a concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico reveste-se de capital importância prática, não só teórica, para as tarefas do Estado. Por isso, qualquer poder do Estado tem uma obrigação (negativa) de se abster de ingerências no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, como também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não diga respeito a uma pretensão subjetiva dos cidadãos⁹.

d) Conclusões Parciais

Essas considerações mostram bem como nos distanciamos da concepção tradicional, que considerava os direitos fundamentais como simples garantias, instrumentalizados somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado e não, como os compreende a mais recente doutrina, como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte po-

⁸ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª. ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 132.

⁹ Konrad Hesse, *Significado de los derechos fundamentales*, in *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 95, número de margem 23.

tencialização. Realmente, os juízes e os demais operadores jurídicos têm o dever de aplicar os preceitos constitucionais, decorrendo daí a autorização para que sejam concretizados por via interpretativa ¹⁰, âmbito de atuação que ainda mais se elastece diante da moldura esmaecida da norma de princípio ¹¹.

A questão revela-se particularmente importante para o exercício da cidadania pela via jurisdicional, porquanto, dessa forma, atribui-se ao indivíduo o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa) ¹².

Do ponto de vista dos que exercem o Poder Jurisdicional, o aspecto relevante é que, nessa normatividade, de caráter essencialmente principial encontra-se contida autêntica outorga de competência para uma investigação mais livre do direito. A particularidade, aqui, em relação a outros tipos de normas jurídicas, é que a competência para a descoberta mesma do direito no caso concreto vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada ¹³. A constatação mostra-se deveras relevante, na medida que, sendo facultado expressamente, na Constituição, o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade criativa do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados.

Em face dessa linha evolutiva, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito,

¹⁰ Observa, acertadamente, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 256, que, na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”.

¹¹ Exame da evolução do problema no direito alemão por Robert Alexy, *Direito Constitucional e Direito Ordinário*. Justiça Constitucional e Justiça Especializada, trad. Luís Afonso Heck, *Revista dos Tribunais*, 799(mai/2002):33-51.

¹² J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 448.

¹³ Isaak Meier, *Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen*, in *Prinzipiennormen und Verfahrensmaximem*, em colaboração com Rudolf Ottomann, Zürich, Schulthess Verlag, 1993, p. 56-58.

seja material, seja processual. Aspectos incrementados pela constatação de que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas ¹⁴.

3. EFETIVIDADE E SEGURANÇA EM PERSPECTIVA DINÂMICA

As idéias, até agora, alinhadas evidenciam a necessidade de centrar o foco numa perspectiva de direito constitucional, visto que, nesse plano, se situa o núcleo duro tanto do direito fundamental de acesso à jurisdição, desde que o Estado chamou a si o monopólio de prestá-la, quanto do direito ao processo justo e à efetividade da tutela jurisdicional.

Com a constitucionalização da tutela jurisdicional dos direitos, a ponte entre o direito material e o processual dá-se por meio do direito fundamental constitucional de tutela, instrumentalizado pela outorga de jurisdição e respectiva pretensão (ambas situadas no plano do direito público). Por isso, as funções ordenadora e pacificadora do direito infraconstitucional dependem em grande medida de que se imponham, quando necessário, por via executiva, mediante coerção estatal. Sua observância, pois, sempre resulta garantida *desde fora* ¹⁵.

Na visão dinâmica, que decorre da teoria dos princípios, com sua inerente plasticidade, incumbe aos *direitos fundamentais* precisar os conteúdos mínimos do chamado “direito ao processo”. E esse direito fundamental não se limita tão-somente ao ato inicial do juízo, mas compreende todas as posições “ativas” das partes, ao longo de todo o procedimento, até o ato final.

A esse ângulo visual, compete ao processo a função primária de codificar a relação fundamental entre a iniciativa do indivíduo para a instauração do processo (princípios dispositivo e da demanda) e a possibilidade de

¹⁴ Assim, Robert Alexy, *Teoría general de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472, endossando entendimento nesse sentido do Tribunal Constitucional Federal alemão. Sobre o ponto, C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 65-66. De observar que um dos valores supremos da ordem constitucional brasileira é a Justiça, como ressaltado no Preâmbulo da Constituição de 1988.

¹⁵ Konrad Hesse, *Constitución y Derecho Constitucional*, in *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 8. Ocorre o contrário, prossegue, com as normas constitucionais, pois sua observância não é garantida nem por um ordenamento jurídico existente por cima delas, nem por uma coatividade supraestatal; a Constituição não depende senão de sua própria força e das suas próprias garantias.

se obter, em juízo, uma tutela jurisdicional adequada (adequação, ver-se-á depois, significa proporcionalidade entre efetividade e segurança). O importante é que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, LX, e LXXVIII), determina, também, uma garantia “de resultado”, ressaltando o nexó teleológico fundamental entre “o agir em juízo” e a “tutela” jurisdicional do direito afirmado.

Trata-se de um direito fundamental e inviolável por parte dos poderes estatais¹⁶, pois, assegurado o acesso à jurisdição, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (ainda que meramente afirmada), constituiria evidente incongruência não se compreendesse aí o exercício do direito de invocar e obter tutela jurisdicional adequada e efetiva¹⁷. A situação subjetiva assegurada ao longo do art. 5º da Constituição brasileira se traduz, portanto, no poder de exigir do órgão judicial, em tempo razoável, o desenvolvimento completo de suas atividades, tanto instrutórias, necessárias para a cognição da demanda judicial, quanto decisórias, com emissão de um pronunciamento processual ou de mérito sobre o objeto da pretensão processual, e que possa ser realizado efetivamente do ponto de vista material¹⁸. Daí decorrem o direito fundamental a um processo justo e o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada¹⁹.

¹⁶ F. Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, in *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, p. 85-86. De notar, contudo, que sua elaboração doutrinária partiu de uma interpretação extensiva do art. 103 da Lei Fundamental de Bonn, dispositivo que só garante o princípio da audição jurídica, o que lhe valeu a crítica de Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione — Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 170-171. O direito constitucional brasileiro, no entanto, não se sujeita a essa censura porque se mostra, no ponto, superior ao sistema alemão, visto que de forma expressa garante o acesso à jurisdição e ao devido processo legal.

¹⁷ Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, cit., p. 86-87.

¹⁸ Idéia defendida por Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, cit., p. 91, em relação ao direito alemão, e com muito maior razão aplicável no sistema jurídico brasileiro, em face da maior amplitude deste, como antes explanado.

¹⁹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 276, falando sobre o princípio da garantia da via judiciária, preconiza que “Isso pressupõe que, ao lado da criação de processos legais aptos para garantir essa defesa, se abandone a clássica ligação da justiciabilidade ao direito subjetivo e se passe a incluir no espaço subjectivo do cidadão todo o círculo de situações juridicamente protegidas. O princípio da proteção jurídica fundamenta, assim, um alargamento da dimensão subjectiva, e alicerça, ao mesmo tempo, um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições jurídicas

Ante a constitucionalização das normas fundamentais sobre o acesso ao processo e o agir em juízo, bem como sobre o resultado da atividade jurisdicional, perde consistência teórica a velha e superada categoria da “ação”.

Com efeito, impõe-se desmistificar tanto a ação processual quanto a possibilidade de reação do demandado — que nada mais são do que o agir ou reagir em juízo, pelo exercício dos poderes (abstratos) e dos atos (concretos) realizados no decorrer do procedimento —, pois a desejável *efetividade* do processo depende, no essencial, da dimensão dos poderes das partes e dos poderes/deveres do órgão judicial, da conformação e adequação do procedimento, de técnicas mais apropriadas, e das formas de tutela jurisdicional, na medida que todos esses elementos é que se mostram realmente significativos para uma melhor realização dos valores fundamentais do processo.

Ademais, impossível esquecer alguns fatores extraprocessuais, entre os quais o excesso de causas no sistema (a determinar as chamadas etapas mortas do processo), a composição numérica adequada dos quadros que administram justiça (juízes e serventuários em geral), a formação técnica e ética de juízes, advogados, promotores de justiça, procuradores, funcionários da justiça, peritos etc. e, principalmente, de uma mentalidade que não seja apenas técnico-burocrática, mas empenhada na realização dos valores fundamentais do processo e da Constituição.

Portanto, para o efeito de uma efetividade qualificada, não basta apenas readequar a ação processual²⁰, atípica por definição, mas, sim, estabelecer meios e procedimentos adequados, de conformidade com técnicas melhor predispostas à realização dos direitos, e, principalmente, tutelas jurisdicionais seguras e eficientes, além de adequadas. O agir, a ação (ou a reação), será muito mais a consequência disso tudo do que o seu pressuposto. Além do mais, tal modo de pensar esquece os atos próprios do ofício do juiz, aspecto que escapa ao simples agir das partes. Tudo somado, considero muito mais correto falar no direito a um processo adequado e a uma tutela adequada do que numa ação adequada, mormente porque só assim será possível levar

ilegalmente lesadas (...)”.

²⁰ Alvitre louvável, mas insuficiente a meu ver, de Luiz Guilherme Marinoni, Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos, in Polêmica sobre a ação — A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo, orgs. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 197-252.

em consideração os valores e garantias próprios de cada sociedade, com atendimento às normas de princípio da segurança e da efetividade e emprego de técnicas que visem a uma realização do direito mais apropriada ao caso concreto.

A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito ²¹, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a “necessidade de tutela” manifestada na demanda. Para tanto, é altamente desejável sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto. Essencial, ainda, que outorguem o máximo de efetividade, desde que preservados outros direitos fundamentais, a exemplo do direito ao processo justo, que é a concretização deontológica do valor da segurança no Estado constitucional ²². Significa isso não só afastar na medida do possível a tipicidade das formas de tutela, como também elastecer o seu leque para abarcar todas as formas de direito material e as crises por ele sofridas (direito individual ou coletivo, condenação, constituição, declaração, mandamento e execução), bem como assegurar formas repressivas ou preventivas, com ou sem receio de lesão, de modo a preencher totalmente a exigência de adequação ²³. Também é indispensável que a tutela possa se refletir efetivamente no mundo social. Não basta apenas declarar a existência do direito, mas realizá-lo faticamente quando necessário.

O legislador da mini-reforma do processo civil, inspirado, suponho, na doutrina inovadora de Pontes de Miranda, com a consciência de uma efetividade virtuosa, adotou de modo expresso duas formas ignoradas pela doutrina européia, a tutela mandamental (art. 461) e a tutela executiva *lato sensu* (art. 461-A). Constituem elementos diferenciadores do sistema jurídico

²¹ A necessidade de serem afastados os óbices formais para a prolação de uma decisão de mérito é examinada com grande acuidade por José Roberto dos Santos Bedaque, em sua tese de titularidade, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, São Paulo, Malheiros, 2006, *passim*.

²² Sobre o significado de Estado constitucional e especialmente as peculiaridades do sistema brasileiro, Daniel Mitidiero, *Processo civil e Estado constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado ed., 2007, p. 15-30.

²³ Na mesma linha de entendimento, observa com razão Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 30-31, que o juiz deve estar atento aos direitos fundamentais e “assim não pode cruzar os braços diante da primeira impressão de insuficiência da lei processual, ainda que deva sempre considerar o direito de defesa”.

brasileiro no confronto do direito do *civil law*, aspecto que, de modo nenhum, pode ser negligenciado quando se lê doutrina estrangeira, condicionada por outras determinantes normativas e diversas realidades culturais.

Na perspectiva do direito fundamental de efetividade, é preciso interpretar esses dispositivos com vistas largas, aplicando as formas de tutela aí previstas a outras situações análogas. Por exemplo: o art. 461 do CPC deve incidir, também, na proteção dos direitos absolutos, em que inexistente obrigação de fazer ou não-fazer, e, sim, *dever* por parte de todos os membros da comunidade (exemplo: respeito aos direitos de personalidade). Por igual, o *dever* de restituição do bem de que se terceiro apropriou indevidamente, embora não configure obrigação de dar, está ao abrigo da tutela executiva *lato sensu* assegurada no art. 461-A do CPC (exemplo: a chamada ação reivindicatória).

Também não pode ser afastada, *a priori*, a aplicação da técnica das *astreintes* na execução de obrigação de pagar, ainda no silêncio da lei processual, se necessário o seu emprego no caso concreto para assegurar o núcleo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva²⁴. Essa conclusão é reforçada, ainda, pela máxima da proibição de insuficiência, que autoriza o juiz a preencher as lacunas de proteção²⁵.

Interessante é constatar, presente a concepção do direito fundamental, a linha evolutiva no âmbito da tutela jurisdicional ocorrida a partir da idéia de ação de direito material, de que era exemplo no plano normativo o art. 75 do Código Civil de 1916, segundo o qual “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”.

O art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, ao estatuir que “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” já representa uma concepção não só ligada à ação abstrata como também antecipa, em certa medida, a idéia defendida no presente ensaio.

²⁴ Adotei esse entendimento em voto vencedor no julgamento da Ação Rescisória 599263183, TJRS, 6ª Câmara Cível, j. em 26.4.2000, rel. Des. Osvaldo Stefanello. No mesmo sentido, pronuncia-se Luiz Guilherme Marinoni, Técnica processual e tutela dos direitos, cit., p. 216-217, mencionando o acórdão e ressaltando com propriedade que “a omissão do legislador em dar efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como é óbvio, não pode ser interpretada em seu desfavor”.

²⁵ Pedro Scherer de Mello Aleixo, O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira (A caminho de um “devido processo proporcional”), separata de Direitos fundamentais e direito privado — uma perspectiva de direito comparado, Coimbra, Almedina, 2006, p. 432-433, referindo, em abono da tese, decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, a alertar que o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser atingido “quando for jurídico-processualmente impedido de ser efetivado de modo eficaz”.

Esta poderia ser representada normativamente pela seguinte prescrição: “Para a efetiva realização dos direitos são assegurados um processo justo e as tutelas jurisdicionais adequadas”. Trata-se de norma constitucional que pode ser extraída de textos presentes no sistema constitucional brasileiro, vinculada a uma compreensão de tutela jurisdicional comprometida tanto com a efetividade quanto com a segurança; daí a menção à “efetiva realização dos direitos”, “processo justo” e “tutela adequada”.

Com essa referência introduzo no discurso a questão da segurança.

Observo, em primeiro lugar, que a mudança de paradigma decorrente da passagem do normativismo legalista para o direito fundamental principiológico afeta igualmente a segurança jurídica, que deixa de ser estática, na medida em que passa a conviver com um direito muito mais flexível e menos rígido.

De tal forma, hoje, a segurança jurídica de uma norma deve ser medida pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, visto que deve estar a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade do direito fundamental a um processo equânime ²⁶. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às peculiaridades do caso, pois, às vezes, mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto.

Realmente, a visão estática assentava a segurança na garantia do “devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, parece mais correto falar em direito fundamental a um processo justo. Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos “meios processuais”, mas, também, um “resultado” qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a consequência de

²⁶ Cf., a respeito, a excelente elaboração doutrinária de Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003, nº 679, p. 408.

que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o “direito ao processo” não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (“processo” *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (“direito ao justo processo”), que é exatamente a face dinâmica do “devido processo legal”²⁷. Em semelhante contexto, à estrita óptica de um “devido processo legal”, correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se à visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais²⁸.

De tal modo, o conceito de processo justo decorre, em primeiro lugar, da compreensão concreta de certos direitos fundamentais expressos, a exemplo a proibição de juízos de exceção e do princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), e do direito fundamental à decisão fundamentada (art. 94, inciso IX). Além disso, a visão principiológica, ao contrário da puramente estática e garantística, não se limita aos direitos fundamentais expressos e pode elaborar normas a partir de outros direitos fundamentais principiológicos, contidos na Constituição, com vistas à concretização de um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva. Um exemplo emblemático é o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), que permite estabelecer a noção de processo equitativo, e, em consequência, a norma de princípio ou o direito fundamental da paridade de armas²⁹.

²⁷ A respeito, Comoglio, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 58-60.

²⁸ No mesmo sentido, Pedro Scherer de Mello Aleixo, *O direito fundamental à tutela jurisdicional*, cit., p. 428.

²⁹ Compreendido, na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, como a possibilidade razoável de as partes apresentarem sua causa em condições tais que não se coloquem em situação de desvantagem em relação à outra; v.g., *arestos Dombó Beheer B.V vs. Países-Baixos*, de 27.10.1993, série A, nº 274, § 33, *Bulut v. Áustria*, de 22.2.1996, *Recueil* 1996, II, § 47, *Foucher vs. França*, de 17.3.1997, § 34, *Kuopila vs. Finlândia*, de 27.4.2000, apud Silvio Marcus-Helmons, *Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme)*, in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 68.

4. A DIMENSÃO DO CONFLITO ENTRE EFETIVIDADE E SEGURANÇA E SEU EQUACIONAMENTO. O PAPEL DA ADEQUAÇÃO

Não se pode concluir este trabalho sem falar nas linhas de confluência entre efetividade e segurança.

A aceleração do processo (uma das variáveis do valor efetividade) implica sempre risco ao resultado qualitativo pretendido alcançar. Portanto, incrementar a segurança pode comprometer a efetividade, e, em contrapartida, incrementar a efetividade pode comprometer a segurança. De tal sorte, o grande desafio do legislador ou do aplicador do direito processual é compor de maneira adequada esses dois valores em permanente conflito, e, nada obstante, complementares. Com efeito, os valores *se implicam reciprocamente*, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, nos demais. O mundo da cultura é sempre um mundo *solidário*, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica dos interesses, que é um ideal a ser atingido³⁰. O ideal é que a efetividade virtuosa e qualificada não prejudique o direito ao processo justo (à segurança, em suma). Estou falando de adequação, que, nessa perspectiva, constitui um conceito básico.

Do ponto de vista da lógica jurídica, a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim, visto que o meio deve ser capaz de levar à realização do fim. Para que se possa estabelecer qual o meio adequado para um determinado fim, é preciso analisar as espécies de relação existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover. Essa análise pode ser realizada por três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza). Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro fim. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza do que outro meio³¹.

No caso do processo, o fim é a justiça do caso concreto; o processo justo e a

³⁰ Miguel Reale, Filosofia do direito, vol. 1, 5ª ed., revista e aumentada, São Paulo, Saraiva, 1969, n° 83, p. 173.

³¹ Reproduzo as ponderações realizadas por Humberto Ávila, Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 165, com base na obra de Ota Weinberger, Rechtslogik, a respeito da adequação no exame inerente ao postulado normativo aplicativo da proporcionalidade.

tutela jurisdicional efetiva são os meios de que dispõe o Estado Democrático de Direito, essencialmente constitucional, para a realização daquele fim.

Diante do caráter normativo dos direitos fundamentais da efetividade e da segurança, penso que, no âmbito do processo, é possível definir a adequação da tutela jurisdicional como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior *efetividade* e *segurança* possíveis. Portanto, em regra, a adequação resulta da ponderação desses dois valores ou direitos fundamentais, com vistas ao resultado que se quer obter diante da espécie de direito violado. Essas diretivas comprometem o legislador, a doutrina, e a aplicação prática do direito processual pelo órgão judicial, respeitada, é claro, a dispositividade assegurada à parte, pois esta pode escolher a forma de tutela que mais lhe convém, salvo as exceções consignadas expressamente em lei.

Cumpra advertir, ainda, que, normalmente, o conflito entre os direitos fundamentais da efetividade e da segurança está resolvido previamente pelo texto legislativo, presumivelmente em consonância com o sistema constitucional em que se insere. O desrespeito ao texto só será possível se a sua aplicação conduzir a uma flagrante injustiça ou em vista de conflito com outro direito fundamental, que mereça ser potencializado em função das características especiais do caso concreto. Na aplicação dos direitos fundamentais, apenas em espécies excepcionais, poderá o juiz, com o auxílio de regras hermenêuticas, a exemplo da proporcionalidade, da razoabilidade, e da igualdade, criar uma norma que destoe flagrantemente do texto legal.

Mesmo assim, algumas precauções devem ser tomadas, sob pena de ser violado o direito fundamental à segurança, cuja essência é a previsibilidade.

Estamos, aqui, no âmbito da interpretação e criação do direito, no plano jurisdicional, matéria que vem sendo objeto de acentuada atenção por parte da filosofia do direito atual. Cada vez mais, se firma o entendimento de que o intérprete, o aplicador do direito, entre eles o juiz, o chamado intérprete autêntico (Kelsen), interpreta não normas, mas textos normativos e representações fáticas. O produto da interpretação é a norma, a norma de decisão, no caso do juiz³².

Acentue-se, ainda, que, além do intérprete autêntico, também os demais integrantes do mundo produzem norma, a partir de elementos colhidos no

³² Impossível aprofundar o exame do tema nesta sede. Ver, a respeito, Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, passim, com ampla indicação bibliográfica.

texto normativo (mundo do dever-ser) e de elementos do caso ao qual será ela aplicada, a partir de dados da realidade (mundo do ser). E, com base nessa interpretação, aplicam a norma produzida fora do processo, exercendo as posições simples ou complexas concernentes ao direito subjetivo, embora não criem normas de decisão, tarefa exclusiva do órgão judicial³³.

Nesse contexto, a interpretação (= aplicação) do direito “tem caráter constitutivo — não meramente declaratório, pois — e consiste na produção, pelo intérprete, a partir dos textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. *Interpretar* é, assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida”³⁴.

Todavia, a transformação do texto em norma e com muito maior razão o afastamento da regra não podem ser efetivados de forma arbitrária pelo órgão judicial.

Em primeiro lugar, a atividade do juiz é controlada pela rede de direitos fundamentais processuais que compõem o “processo justo” (v.g., contraditório, dever de motivação, juiz natural, igualdade etc.). Em segundo, a aplicação deve encontrar encaminhamento dentro do discurso jurídico, proferido este com a linguagem que lhe é própria. Não se esqueça de que a apreensão hermenêutica da realidade, inclusive a jurídica, só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela empregada³⁵. E o discurso jurídico só obriga até onde conduza a sua força de intrínseca persuasão, força vinculante que há de assentar no sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), nas valorações e princípios dele emanantes, e nas valorações sociais e culturais dominantes no seio da coletividade, enfim no direito como totalidade, para que tudo não redunde, afinal, em puro arbítrio³⁶.

³³ Eros Roberto Grau, Ensaio, cit., p. 85.

³⁴ Eros Roberto Grau, Ensaio, cit., p. XIII, que refere, nesse passo, a exposição de Gadamer sobre o pensamento de Aristóteles.

³⁵ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed. (1975), p. 250 e ss., apud A. Menezes Cordeiro, Introdução ao livro de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Gulbenkian, 1989, p. LIV.

³⁶ Ver a respeito o excelente prefácio do tradutor português, J. Baptista Machado, à obra de Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 2ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1968, quando trata da

peso no caso concreto. Tendo-se em conta as circunstâncias específicas da hipótese, é possível estabelecer entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*, com precisa indicação das condições em que um preceito deve preceder ao outro. Pode ocorrer, por isso, que, em outras condições, a precedência se inverta ³⁷.

Mesmo a eventual superação do conflito entre regra e princípio deve ser efetivada com prudência, sob pena de violação do direito fundamental à segurança jurídica, essencial ao Estado democrático de direito.

A regra exhibe uma “eficácia de trincheira”, que só pode ser superada por razões extraordinárias e mediante um ônus e fundamentação maior, com atendimento dos seguintes requisitos: a) justificativa condizente; b) fundamentação condizente; c) comprovação condizente ³⁸.

Só com essas precauções, poderá ser realizada a justiça do caso. Não é possível endossar decisões que, parca ou incorretamente fundamentadas, ou com falsas motivações, a pretexto de fazer justiça, desrespeitem direitos fundamentais do cidadão. Esse aspecto é por demais relevante no Estado democrático de direito, que é tributário do bom uso pelo juiz de seus poderes, cada vez mais incrementados pelo fenômeno da incerteza e complexidade da sociedade atual e da inflação legislativa, com aumento das regras de equidade e aplicação dos princípios. Exatamente a lealdade no emprego dessa liberdade nova atribuída ao órgão judicial é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na construção do direito justo ³⁹. E a confiança constitui elemento fundamental para a legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil.

descoberta do direito *praeter legem* e *contra legem*, esp. p. LVII e LVIII.

³⁷ Cf. Roberto Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 90-95, mencionando interessante exemplo de conflito na hipótese de realização de uma audiência em que o acusado no processo penal estaria impedido de comparecer por correr o risco de sofrer um infarto do coração.

³⁸ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, cit. p. 119-120.

³⁹ Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté em droit processuel*, cit., p. 372-377, *passim*.