Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Claudio Roberto Pieruccetti Marques

Justa causa no processo civil: um filtro legítimo ao direito de ação

Rio de Janeiro

2013

Claudio Roberto Pieruccetti Marques

Justa Causa no Processo Civil: um filtro legítimo ao direito de ação

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ / REDE SIRIUS / BIBLIOTECA CCS/C

M357 Marques, Claudio Roberto Pieruccetti.
Justa causa no processo civil: um filtro legítimo ao direito de ação / Claudio Roberto Pieruccetti Marques. – 2013.
295 f.

Orientador: Dr. Flávio Mirza Maduro.
Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Processo civil. 2. Justa causa (Direito). 3. Devido processo legal. 4. Direitos fundamentais. I. Maduro, Flávio Mirza. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

Autorizo apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução parcial ou total desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Claudio Roberto Pieruccetti Marques

Justa causa no processo civil: um filtro legítimo ao direito de ação

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovado em 9 de julho de 2013.

Banca examinadora:

_____

Professor Dr. Flávio Mirza Maduro (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Professor Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Professora Dra. Márcia Cristina Xavier de Souza

Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Paulo e Ilka, meu irmão, Luiz Paulo, e meus sobrinhos, que chegaram já no fim desta caminhada, Luiz Felipe e Luiz Gustavo

AGRADECIMENTOS

Durante os primeiros anos da minha a infância tive a graça de conviver diuturnamente com meus avós maternos, que compartilharam com meus pais a tarefa árdua de educar-me. Nascidos na segunda década do século passado, meu avô Welt, um rígido oficial do exército e minha avó Ilka, uma católica fervorosa deram-me sempre o exemplo de que se deve agradecer a todos, e por tudo. Este parece ser um bom momento.

Cresci diante do esforço dos meus pais em proporcionar o melhor possível a mim e ao meu irmão. A oportunidade que me deram de estudar no Colégio Santo Inácio não foi apenas a de receber uma formação acadêmica de excelência, mas sobretudo a de firmar laços de amizade que permanecem até hoje, 20 (vinte) anos após ter de lá saído. Esta formação me permitiu passar por dois vestibulares, o primeiro deles de Engenharia Química, até chegar à Faculdade de Direito da UERJ, onde conheci novas pessoas, fiz novos amigos (Rodrigo, Mari, Leo, Pedro, Bruno...), aprendi a conviver com algumas visões diferentes sobre a vida e aperfeiçoei-me como ser humano. Abençoado, minha vida profissional, desde o estágio num pequeno escritório na Rua da Quitanda, passando por um grande escritório na Rua da Glória e tornando a um pequeno escritório na Anfilófio de Carvalho deram-me muito mais que apenas conhecimento técnico, exemplos de vida e de profissionais. Quando tudo aparentava solidificado, o ingresso na Procuradoria Geral do Estado mostrou-me a generosidade da vida e agregou ainda novas pessoas ao meu círculo de amizades. E, neste “último” degrau, ainda mais. Nesse grande ciclo da vida, volto ao começo para lembrar que esta trajetória somente foi possível pelo esforço desmedido de meus pais, Paulo Roberto e Ilka Maria. Nenhum dos meus agradecimentos é suficiente para transmitir o que penso, muito menos o que vocês merecem. De todo modo, obrigado por tudo!

Ao Luiz Paulo, meu irmão e meu primeiro chefe. Lembro-me que suas conversas com meu pai sobre Direito me fizeram ter a certeza de que a Engenharia Química não era o meu lugar. Como irmão mais velho nunca hesitou em se colocar na minha defesa. Hoje, é amigo, conselheiro e colega de escritório. Obrigado por cada um desses momentos. E agora, mais do que

nunca, por colocar na família dois grandes motivos de alegria e união, meus sobrinhos, Luiz Felipe e Luiz Gustavo.

Aos meus avós maternos, Welt Luiz e Ilka, por todo o carinho e atenção a mim dispensadas não só na minha infância, mas até quando a vida lhes permitiu. Onde quer que estejam, tenho certeza de que estão felizes e orgulhosos por mais esta etapa cumprida.

Ao Carlos, claro! Deixou de ser apenas um chefe para se tornar um amigo ou, como ele mesmo diz ultimamente, um “pai”. Exemplo de profissional, de filho, de pai... . Viveu e compreendeu momentos difíceis da minha vida, incentivou-me em absolutamente todos os momentos, em especial para fazer a inscrição para o concurso da PGE. No momento da opção por iniciar o curso de mestrado, também lá esteve ele a incentivar. Não é possível agradecer por tudo o que se passou nesses mais de 15 (quinze) anos, muito menos por tudo o que ainda está por vir, mas deixo a ele um agradecimento especial.

Ao Renato, ao Davi, ao Sant’Anna, ao Rogério e a todos os outros companheiros de trabalho por terem compreendido minhas ausências e feito de tudo para supri-las. Em especial à Elisa, que é simplesmente incansável na tarefa de resolver os problemas do cotidiano, permitindo com isso mais tempo para os estudos.

À Marcela e ao Filipe por toda a ajuda durante o curso de mestrado, por compartilharem as angústias e, claro, por tornarem muito mais prazerosas as “viagens” até o centro da cidade depois de nossas aulas.

Ao André, pelas oportunidades que me deu de ser seu assistente, pelo exemplo de serenidade na solução dos problemas e, claro, por compreender todas as necessidades de um mestrando.

Ao Flavio. Não fazia ideia de que o amigo que fiz nas rampas da UERJ se tornaria Mestre e Doutor, muito menos que se tornaria meu professor no curso de mestrado. Orgulho pelo sucesso do amigo e gratidão pelas lições. Incentivador desde a publicação do primeiro artigo acadêmico. Ainda antes de ser escolhido como orientador teve a paciência de compartilhar as ideias sobre o tema da pesquisa até a decisão pela “justa causa no processo civil”, fruto da leitura de um livro do professor Leonardo Greco emprestado por ele. Disponível em todo e qualquer momento, mesmo agora às vésperas de seu casamento. A ele, também, um agradecimento especial.

Por fim, agradeço a Deus, por ter me proporcionado tudo isso e muito mais.

Outro dia ouvi que depois que os processualistas desenvolveram a tese de que o direito de ação é abstrato e autônomo ninguém mais poderia dormir tranquilo.

Cássio Scarpinella Bueno[1]

[1]BUENO, Cássio Scarpinella. O Procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). In: Cássio Scarpinella Bueno. *Improbidade Administrativa:* questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165.

RESUMO

MARQUES, Claudio Roberto Pieruccetti. *Justa causa no processo civil*: um filtro legítimo ao direito de ação. 2013. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Uma análise mais detida da Constituição Federal de 1988 denota que o modelo de Estado preconizado pelo legislador constituinte originário é o Estado de Justiça, no qual a jurisdição não se limita ao anúncio do direito aplicável ao caso posto à apreciação, sendo indispensável a busca pela efetiva pacificação do conflito mediante a realização da justiça no caso concreto, estando os magistrados, para tanto, com base no princípio do devido processo legal, autorizados a interpretar as normas já existentes e até mesmo a criar outras. Este modelo de Estado espraia suas influências também sobre o direito fundamental de acesso à justiça, cuja compreensão precisa, agora, ser contraposta aos direitos fundamentais do réu. Percebendo que os filtros reconhecidos expressamente pelo ordenamento não têm sido suficientes para impedir não apenas a violação ao patrimônio jurídico e moral deste, mas também o abuso do direito de ação, demonstrar-se-á que é não só possível, como necessário extrair do ordenamento processual um novo filtro legítimo ao direito de ação, a justa causa.

Palavras-chave: Estado de Justiça. Jurisdição constitucional. Princípio do devido processo legal. Interpretação e criação de normas. Direito de ação. Conceito. Filtros legítimos. Direitos fundamentais do réu. Teoria da asserção. Insuficiência. Necessidade de comprovação dos fatos. Processo penal. Justa causa. Prova mínima. Legitimação da persecução penal. Condição da ação penal condenatória. Ordenamento processual civil. Condições da ação. Rol exemplificativo. Exigência de prova mínima. Interpretação. Justa causa no processo civil.

RÉSUMÉ

MARQUES, Claudio Roberto Pieruccetti. Motif légitime en procédure civile: un filtre légitime au droit d'action. 2013. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Une analyse plus détailléedela Constitution de 1988indique que le modèle d'Etat idealisé par le legislateur constituant originaire est l'Etatde la Justice,dontla juridiction ne se limite pasàindiquer laloi applicable à l'affaire à être évaluée, étant indispensablela recherche dela paixeffectivedu conflitpar la réalisationde la justicedans les litiges, étant les magistrats, par conséquent, basés sur leprincipe du contradictoire, autorisés à interpréter lesnormes existantesaussi bien qu'àcréer d'autres. Cemodèle d'Etatétend soninfluenceégalementsur ledroit fondamental d'accèsà la justice,dont la compréhensiondoit, maintenant, être opposéeaux droitsfondamentaux de l'accusé. Remarquantque les filtresexpressément reconnus parl'ordre juridiquen'ont pas été suffisantspour empêchernon seulementla violationde son patrimoinemoralet juridique, mais aussi l'abusdu droit d'action, il faudraconclure qu'il n'estpas seulement possiblemais nécessaireextraire de l'ordre procéduraleun nouveau filtre légitime au droit de l'action,le motif légitime.

Mots-clés**:** État à la Justice. La juridiction constitutionnelle. Principe du contradictoire. L'interprétation et la créationde normes. Le droit d'action. Notion. Filtres légitime des droits fondamentaux de l'accusé. Théorie d'assertion. Insuffisance. Nécessité de prouver les faits. La procédure pénale. Motif légitime. Peu de preuves. Légitimation des poursuite pénal. Condition de l'action de condamnation pénale. Le droit procédural en matière civile. Conditions de l'action. Liste poue moyen d'exemple. Exigence de peu de preuves. L'interprétation. Motif légitime en procédure civile.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CPC	Código de Processo Civil
J.J.	Jean-Jacques
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
Rel.	Relator

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	**UMA VISÃO DO ESTADO A PARTIR DO CONTRATO SOCIAL**	15
1.1	**Introito**	15
1.2	**O Estado Absoluto**	17
1.3	**O Estado Liberal**	21
1.4	**O Estado Liberal Democrático**	28
1.5	**O Estado Social**	33
1.6	**O Estado de Justiça**	37
1.7	**Primeira conclusão parcial**	43
2	**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**	44
2.1	**Intróito**	44
2.2	**Jurisdição constitucional no Estado de Justiça**	47
2.3	**O Processo, aquele que deve ser Constitucional**	71
2.4	**O devido processo: do legal ao constitucional**	84
2.5	**Segunda conclusão parcial**	107
3	**O DIREITO DE AÇÃO E SEUS FILTROS**	110
3.1	**Breve histórico do direito de ação**	110
3.1.1	O Monismo	110
3.1.2	Teoria Dualista: a polêmica entre Windscheid e Müther	112
3.1.3	A Teoria Concreta do direito de ação	115
3.1.4	A ação como direito potestativo (a ideia de Chiovenda)	117
3.1.5	A Teoria Abstrata do direito de ação	120
3.1.5.1	Os acréscimos de Betti e Carnelutti	125
3.1.6	O extremo da abstração (Eduardo Couture)	126
3.1.7	O juízo de ponderação feito por Liebman	130
3.2	**Direito de Ação: a visão tradicional**	135
3.3	**Direito de Ação: a visão mais abrangente**	145
3.4	**Direito de ação: a outra face da moeda**	150
3.5	**A ponderação, na prática, do direito de ação: os**	

pressupostos processuais e as condições da ação 158
3.5.1 O seu papel no ordenamento 158
3.5.2 Os pressupostos processuais 162
3.5.3 As condições da ação em espécies 164
3.5.3.1 Possibilidade jurídica do pedido 164
3.5.3.2 Interesse de agir 166
3.5.3.3 Legitimidade das partes 169
3.6 **A teoria – problemática – da asserção** 171
3.7 **Terceira conclusão parcial** 178
4 **A JUSTA CAUSA NO PROCESSO PENAL** 183
4.1 **Introito** 183
4.2 **O significado da expressão "justa causa"** 185
4.2.1 Comentário Inicial 185
4.2.2 Etimologia do vocábulo "causa" 186
4.2.3 Epistemologia do vocábulo "justo" 189
4.2.4 O significado da expressão "Justa Causa" 194
4.3 **Justa causa no Processo Penal** 196
4.3.1 A justa causa no direito brasileiro 196
4.3.2 A justa causa no Direito Processual Penal 200
4.4 **A justa causa como condição da ação** 217
4.5 **Quarta conclusão parcial** 228
5 **A PROPOSTA DO NOVO FILTRO LEGÍTIMO: A NOVA CONDIÇÃO DA AÇÃO** 230
5.1 **Introdução** 230
5.2 **As condições da ação não são taxativas** 240
5.2.1 O entendimento tradicional 240
5.2.2 A redação do artigo 267, inciso VI, do CPC 242
5.2.3 Existência de exigência de prova mínima do ordenamento processual civil 244
5.2.4 Um *plus:* impedir o abuso do direito de ação 252
5.2.5 A justa causa no processo civil brasileiro 259
5.3 Quinta conclusão parcial 268
CONCLUSÃO FINAL 270
REFERÊNCIAS 273

INTRODUÇÃO

O Iluminismo, a Revolução Industrial, as duas Grandes Guerras e outros fatos históricos marcantes da humanidade alteraram, e muito, o modo de viver dos povos e os seus respectivos modelos de governança. Basta constatar que, modernamente, o imaginário do *homo medius* não mais admite a escravatura e os sistemas em que não há a efetiva participação de todas as camadas sociais na vida política de uma nação, conquanto ainda subsistam modelos em que a opressão seja o meio de se manter um modelo excludente e arcaico, seja sob o ponto de vista político, seja mesmo pelo ponto de vista econômico.

Nem seria necessário dizer que todas essas mudanças alteraram substancialmente o Direito, afinal ele é “apenas e tão-somente” o reflexo dos influxos sociais em determinado tempo e lugar. Assim, se na antiga sociedade feudal o foco era o direito eminentemente privado, destacando-se o direito de propriedade, que tornou até mesmo o ser humano objeto de direitos -- e de comércio --, tem-se atualmente uma realidade bastante distinta, na qual, principalmente após o término da Segunda Guerra Mundial, com a edição da Declaração de Direitos do Homem, o cerne da grande maioria dos sistemas jurídicos é a previsão e a defesa dos direitos humanos. Esse movimento, aliado à internacionalização dos direitos, fez com que fossem criados órgãos cuja missão é zelar pela salvaguarda de tais direitos. Pode-se citar, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Haia.

Tais mudanças não surtiram seus efeitos somente no âmbito do direito material, que volta suas atenções para a dignidade da pessoa humana. Também o Direito Processual sofreu alterações significativas. Deixou de lado o papel de coadjuvante para assumir posição independente e de relevante importância. Especificamente em relação ao direito de ação, ele deixou de ser acessório do direito material para ganhar vida própria, ou seja, autonomia. E, na medida em que os marcos históricos se sucederam a amplitude desse direito também foi modulada até alcançar o patamar de direito fundamental, o direito de acesso à justiça.

Entretanto, o maior acesso que se passou a ter à informação, decorrente dos movimentos de globalização e inclusão digital fez com que o grande feixe

de direitos hoje previstos nas legislações nacionais e supranacionais passasse a ser objeto de pedidos de sua concretização junto ao Estado-Juiz, hoje não mais obstados pelas barreiras que até então impediam o amplo acesso à justiça. A abertura das comportas, então, libertou a demanda que se encontrava represada pelos mais diversos motivos, o que resultou no assoberbamento do Poder Judiciário, tendo como consequência o uso desmedido do direito de acesso à justiça e o emperramento da máquina estatal.

Insta repisar, mesmo os filtros legítimos já existentes não foram – e continuam não sendo – suficientes para impedir o assoberbamento da máquina estatal e o ajuizamento de demandas manifestamente infundadas. Verifica-se, não raro, verdadeiro abuso do direito de ação.

Os estudiosos do direito têm buscado soluções para tais problemas, devendo-se destacar a proposta de meios alternativos de solução de controvérsias (mediação, conciliação e arbitragem) e, claro, a previsão de aplicação de penalidade para os casos em que se verifica abuso do direito de ação.

Todavia, em todos esses casos as soluções imaginadas e executadas até agora sempre guardavam relação com o direito de ação que cabe ao autor. Basta, novamente, atentar para a penalidade pelo abuso do direito de ação. Deixou-se à margem o direito de ação visto sob a ótica do réu, que, uma vez demandado, possui interesse de ver o pedido do autor julgado improcedente. Mais esquecido ainda ficou o direito dele de não ter o seu patrimônio jurídico e/ou moral violado por uma demanda manifestamente infundada, isto é, sem que haja um justo motivo para tanto.

O que se pretende com este estudo, então, é, preliminarmente, demonstrar que, no modelo constitucional brasileiro, o direito fundamental de acesso à justiça não possui um caráter absoluto, devendo ser confrontado e, consequentemente, balizado pelos direitos fundamentais do réu. Em seguida, voltar-se-ão as atenções para a demonstração de que é possível, mediante uma interpretação do ordenamento jurídico pátrio (constitucional e processual), orientada pelo princípio do devido processo legal, inferir a existência de mais um filtro legítimo pelo qual deve passar o direito de ação.

1 UMA VISÃO DO ESTADO A PARTIR DO CONTRATO SOCIAL

> A visão instrumental do Estado na tradição contratualista aponta para a instituição estatal como criação artificial dos homens, em contraposição a uma percepção naturalista da vida em sociedade proveniente da tradição, fazendo com que a ideia de Estado esteja vinculada a sua origem social e a sua destinação para atender os fins para os quais fora construído.
> Nesse sentido, a perspectiva aberta pela escola do jusnaturalismo contratualista – nas suas variantes particulares – é crucial para o entendimento da trajetória adotada pelo Estado em sua tradição moderna e sua estrutura institucional como Estado Constitucional em seus diversos aspectos assumidos ao longo dos últimos cinco séculos[2].

1.1 Introito

Lograr êxito em traçar de forma retilínea e precisa a definição de "Estado" mostra-se tarefa das mais árduas, na medida em que diversas são as conceituações que se lhe emprestam juristas, sociólogos e até mesmo filósofos. Colhe-se no Direito Público, por exemplo, o conceito de que Estado é o conjunto formado por três (três) elementos essenciais, quais sejam população, território e nação. Sob outro prisma, Georg Jellinek[3] sustenta ser o Estado um órgão que produz um ordenamento jurídico regedor da sociedade, a economia e as instituições políticas e, ao mesmo tempo, resultado das leis que o configuram de tal ou qual maneira. Tem-se, ainda, a concepção criada por Hans Kelsen[4], para quem o Estado é entidade distinta do ordenamento jurídico que circunda a sua existência e as suas atividades.

---

[2]BARRETO, Vicente. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 63.

[3] JELLINEK, Georg.*Teoría General del Estado*. Tradução: Fernando de los Rios. México: FCE, 2000, p. 168-172.

[4]"A doutrina tradicional do Estado e do Direito não poder renunciar a esta teoria, não pode passar sem o dualismo de Estado e Direito que nela se manifesta. Na verdade, este desempenha uma função ideológica de importância extraordinária que não pode ser superestimada. O Estado deve ser representado como uma pessoa jurídica diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quanto é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originaria natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em qualquer sentido. Assim, o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer o Direito." KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, p. 199.

Diante desse feixe de teorias a buscar a conceituação mais precisa de Estado, e até mesmo por não ser este o foco do estudo, é suficiente reconhecer que o Estado é, senão a maior, uma das complexas formas de organização social e política, e que tem no Direito apenas e tão-somente uma de suas facetas.

Diz-se ser o Estado esta instituição complexa a que se referiu anteriormente por ser fruto de um conjunto de fatores reinantes em uma dada sociedade em uma determinada época. Nesse sentido[5], alguns distinguem a existência de duas instâncias, a infraestrutura econômica e a superestrutura, que abriga as instituições políticas, e afirmam serem as relações existentes na infraestrutura aquelas determinantes para a definição da modelagem a ser seguida na superestrutura.

Mas, não é só a infraestrutura econômica aquela que influencia no resultado da superestrutura. Além de ser resultado do modelo econômico, o Estado igualmente é ligado às ideologias propagadas em determinada época. Tanto assim, que alguns modelos de Estado acabaram por ser identificados com jusfilósofos[6].

Por esta razão, sendo a complexidade das instituições políticas matéria "que tanto diz respeito à Ciência política e ao Direito, como à Sociologia, à Ideologia e à Filosofia Política"[7], reside aqui à pertinência de se debruçar, ainda que não amiúde, sobre as influências filosóficas nos modelos de Estado que comumente se verificaram na sociedade a partir dos contratualistas.

---

[5] A existência dessa visão é corroborada por Norberto Bobbio. BOBBIO, Norberto. *La teoria de las formas de gobierno em la historia del pensamento político*. Tradução: José F. Fernandéz Santillan. 2. ed. México: FCE, 2001, p. 169.

[6] "Por razões não difíceis de compreender, mas essencialmente pela grande dificuldade de recurso às fontes, a história das instituições desenvolveu-se mais tarde do que a história das doutrinas, de modo que muitas vezes o que se ficou a conhecer foram as normas de um determinado sistema político, ou as pessoas limitaram-se a conhece-las através da reconstituição, por vezes deformação ou até idealização, que delas fizeram os vários autores. Identificaram-se Hobbes com o Estado absoluto, Locke com a monarquia parlamentar, Montesquieu com o Estado limitado, Rousseau com a democracia, Hegel com a monarquia constitucional e etc.". BOBBIO, Norberto.Estado-Guerra. In: *Enciclopédia Einaudi.* Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1989, v. 14, p. 215.

[7] FILHO, Octaciano da Costa Nogueira. *Introdução à Ciência Política*. Brasília: Senado Federal,Edições Unilegis de Ciência Política, 2008, p. 94.

1.2 O Estado Absoluto

Durante a Idade Média, período marcado, sobretudo, por uma economia feudal, a sociedade vivenciou no âmbito das relações políticas um momento em que o poder achava-se diluído nos diversos territórios, liderados pelos respectivos suseranos que exerciam sua proeminência sobre os servos. Com o fim da Idade Média, época em que ocorreu a unificação desses diversos territórios sob "uma única bandeira", ou seja, quando sobrevieram os Estados Nacionais, os diversos suseranos foram substituídos por um só soberano, detentor do poder absoluto.

Relativamente à concentração de poder nas mãos de um único indivíduo, talvez a primeira das correntes filosóficas que tenha buscado explicar a concentração do poder nas mãos de uma única pessoa, tenham sido a dos teólogos, que justificavam a existência de tal poder em Deus. Para esta corrente, como se sabe, os soberanos tinham sido investidos em seus postos -- e respectivos poderes -- diretamente por Deus, e ocupavam aquele lugar de destaque para servir aos seus desígnios, sendo este simples fato suficiente para obrigar o respeito e a obediência do povo ao soberano. Os soberanos, então, eram verdadeiros objetos de culto e veneração. Este foi, por exemplo, o modelo de Estado seguido na França do *ancien régime*[8].

O teísmo mecanicista proposto por Descartes, contudo, foi seguido do ateísmo materialista sustentado, dentre outros, por Thomas Hobbes. Contrariamente, ao que propunha aquele, defensor da obtenção do conhecimento pelo método dedutivo[9], o filósofo inglês tomou parte da corrente

---

[8] Esta corrente mais vigorosa da teocracia foi abrandada por São Tomás de Aquino, que adotou a doutrina da investidura providencial, onde admitia-se apenas a origem divina do poder. Em que pese a explicação para a origem do poder do soberano continuasse a ser Deus – o direito divino --, o uso que dele fazia o soberano era de direito humano. Esta, então, a explicação para a eventual participação do povo na escolha do soberano.

[9] O professor Vicente Barreto faz a seguinte observação sobre o legado de Renée Descartes: "Primeiramente, percebemos o projeto de uma renovação científica já em 1619 com as Cogitaciones private. Dois aspectos são fundamentais. Por um lado, a necessidade de amplos estudos empíricos, pois uma análise semântica não é suficiente para a compreensão da natureza, como muitos autores escolásticos admitiam. Nesse período, os interesses de Descartes se voltam ao estudo dos problemas da anatomia (dissecação de cadáveres), ótica, pesquisa sobre o arco-íris etc. A metodologia de Descartes se afasta do ocultismo, teoria bastante difundida no século XVI e recorrente no século XVII, que afirma que a compreensão

denominada de empirismo, segundo a qual o conhecimento somente poderia derivar da experiência[10]. No que concerne à política, a primeira consequência que decorre do empirismo é a negação ao modelo que se fundava no poder divino do soberano, o que, claro, atendia aos interesses da burguesia, que, enquanto classe economicamente dominante, nutria seus anseios por um modelo de Estado em que o poder não fosse tido como incontestável, tal como o era aquele justificado em Deus[11].

A par de defensor do ateísmo materialista, Thomas Hobbes não foi adepto da teoria organicista da Sociedade. Se, para esta corrente, a Sociedade é uma "entidade autônoma" e superior, se ela é o valor em si mesma[12], o filósofo britânico entendia ser o indivíduo o centro de tudo. Ao redor dele, indivíduo, desenvolver-se-ia todo o resto, sem ganhar ares de autonomia ou superioridade. Segundo a teoria mecanicista da qual foi seguidor, não se reconhecia na Sociedade nada além do que a mera soma das partes individuais nela inseridas[13].

---

da natureza se estabelece na medida em que se consideram propriedades e forças ocultas, que não são passíveis de investigação empírica. No mesmo sentido, as refutações contra o ocultismo nas Regras, ao afirmarem que o estudo da natureza não pode ser pautado em coisas sublimes e obscuras, mas em evidências. Por outro lado, Descartes critica e se distancia do método silogístico dos escolásticos que, não raro, já pressupõe em suas premissas o saber que será confirmado na conclusão. Ao constatar a insuficiência dessas duas metodologias, Descartes elabora uma nova que é exposta na II Parte do Discurso, cujo título completo é Discurso do método para bem conduzir sua razão e buscar as verdades nas ciências." BARRETO, Vicente. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos 2009, p. 203-204.

[10] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/amthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviata.pdf>. Acesso em 17-03-2013, Capítulo V.

[11] "Este poder soberano pode ser adquirido de duas maneiras. Uma delas é a sarça natural, como quando um homem obriga seus filhos a submeterem-se, e a submeterem seus próprios filhos, a sua autoridade, na medida em que é capaz de destruí-los em caso de recusa. Ou como quando um homem sujeita através da guerra seus inimigos a sua vontade, concedendo-lhes a vida com essa condição. A outra é quando os homens concordam entre si em submeterem-se a um homem, ou a uma assembleia de homens, voluntariamente, com a esperança de serem protegidos por ele contra todos os outros. Este último pode ser chamado um Estado Político, ou um Estado por instituição. Ao primeiro pode chamar-se um Estado por aquisição. Vou em primeiro lugar referir-me ao Estado por instituição." HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004, p. 61.

[12] VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 463-468.

[13] Nesse sentido, os escritos de Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 58-59.

Mesmo diante de tais premissas, diferentemente da maior parte dos demais adeptos da teoria mecanicista, Thomas Hobbes não concluiu pela legitimação do poder democrático[14]. Nesta época, em que já se difundia a doutrina do Direito Natural[15], já era a razão -- e não mais Deus -- a origem do direito. O Direito Natural não mais era visto como criação divina, nem mesmo como passível de alteração pela (in)existência de Deus. Nesse Direito Natural, em que Samuel Pufendorf[16] destaca a necessidade de o homem viver em sociedade, eis que fora dela, dizem Carlos Eduardo Bittar e Guilherme Assis de

---

[14] HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/amthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviata.pdf>. Acesso em 17-03-2013, Capítulo XVII.

[15] Sobre o Direito Natural, Eusebio Fernandes asseverou que "en definitiva, deseo, por um lado, reivindicar la importante función histórica del Derecho natural – la univocidad histórico-funcional del iusnaturalismo – como fundamento y valoración crítica del Derecho positivo. Por outro lado, propogno que el término Derecho natural sea entendido como ética jurídica material (em el sentido que le da a estas palabras H. Welzel), es decir, como valores superiores al Derecho positivo a los cuales éste debe estar subordinado. (...). Pienso que el iusnaturalismo deontológico (Derecho natural entendido como debe ser del Derecho o Derecho ideal) es uma teoria complementaria del positivosmo (conceptual o metodológico) y no su oposición, y que esta tercera via, superadora de la tradicional contraposición iusnaturalismo-positivismo, abre interessantes perspectivas para la Filosofia del Derecho." FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos*. Madri: Editorial Debate, 1984, p. 41-42. Na tradução livre tem-se: "em definitivo, disse, por um lado, reivindicar a importante função histórica do Direito Natural – a univocidade histórico-funcional do jusnaturalismo – como fundamento e valorização crítica do Direito Positivo. Por outro lado, proponho que o fim do Direito natural seja entendido como ética jurídica material (é o sentido que dá a estas palavras H. Welzel), isto é, como valores superiores ao Direito (Direito Natural entendido como dever ser do Direito ou Direito ideal) é uma teoria complementar do positivismo (conceitual ou metodológico) e não sua oposição e que esta terceira via, superadora da tradicional contraposição jusnaturalismo-positivismo, abre interessantes perspectivas para a Filosofia do Direito".

[16] "So then Man is an Animal very desirous of his own Preservation; of himself liable to many wants; unable to support himself without the help of other of his kind; and yet wonderfully fit in Society to promote a common good: but then he is malicious, insolent and easily provok'd, and not less prone to do mischief to his fellow than he is capable of effecting it. Whence this must be inferred, that in order to his Preservation, 'tis absolutely necessary, that he be sociable, that is, that he joyn with those of his kind, and that he so behave himself towards them, that they may have no justifiable cause to do him Harm, but rather to promote and secure to him all his interests." PUFENDORF, Samuel.*The Whole Duty Of Man*, *according to the law of nature*. Acesso em <http://books.google.com.br/books?id=Mrk8AAAAYAAJ&printsec-frontcover&dq=pufendorf+the+whole+duts&hl=en&sa=X&ei=9HRGUejsllu09gS_OoGgBg&ved=OCCOQ6AEwAA>. Acesso em 17-03-2013, p. 50-51. Na tradução livre: "Entãoo homem éum animalmuitodesejosode suaprópria preservação, deser capaz de muitos desejos, incapaz de se sustentarsem a ajuda deoutrosde sua espécie, e ainda, maravilhosamente, ajustar-se à sociedade para promoverum bem comum: mas então eleé malicioso, insolente ese irrita facilmente,e nãomenos propenso afazer malao seu companheirodo que eleé capaz deefetuá-lo. Onde deve ser inferidaque, parasuapreservação, éabsolutamente necessárioque eleseja sociável, isto é, que elese juntecom aqueles desua espécie,e que se comporteem relação a eles, que podem não ter uma causa justificável a lhe fazer mal, mas sim promover e garantira eletodos os seus interesses."

Almeida, estará ele "reduzido a pouco mais que um animal", sendo certo que "só, ele é mudo, desprovido de proteção, está em luta com outros animais, sem auxílio, entregue a um autoabastecimento rudimentar, até que a morte advenha[17]".

Desenvolvendo pensamento assemelhado, Thomas Hobbes dizia que o estado de natureza do homem lhe permitia o gozo irrestrito de sua liberdade, o que tem como consequência a invasão e mesmo lesão aos direitos dos demais[18]. A diferença entre ambos reside no fato de que para Hobbes o homem não era por excelência um animal político, que necessitava viver em sociedade. Ao revés, é um ser egoísta, que vive em estado latente de guerra, também reconhecido por Pufendorf. Seu pensamento pode ser reduzido à expressão *homo homini lupus* (lobo do próprio homem).

Diante disso, Thomas Hobbes[19] passou a defender que a preservação da espécie está condicionada à celebração do pacto social[20]. Por meio deste pacto, os homens -- e aqui está a sua semelhança com a doutrina da igreja católica, admitindo a participação do povo -- abrem mão da liberdade gozada no estado de natureza, transferindo a um terceiro, a autoridade superior, o poder de evitar a guerra e, por conseguinte, a extinção da raça. Segundo esta filosofia, a igualdade existente entre os homens é um dos males, quando não o mal maior que gera o estado latente de guerra identificado enquanto o homem se encontra no estado de natureza, o que os obriga a buscar a solução de criar um ente com poderes hierarquicamente superiores que seja capaz de afastar ou ao menos reprimir este estado de violência. É o momento em que Hobbes

---

[17] BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 287.

[18] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/amthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviata.pdf>. Acesso em 17-03-2013, Capítulo XIV.

[19] HOBBES, op. cit., nota 17, Capítulo XVIII.

[20] Segundo Vicente Barreto, "a concepção orgânica contrapõe-se à versão contratualista vendo a sociedade como natural ao homem. Nesta, por outro lado, a Sociedade/Estado é vista como criação artificial da razão humana por meio do consenso, acordo tácito ou expresso entre a maioria ou a unanimidade dos indivíduos, o qual promove o fim do Estado Natural e o início do Estado Social e Político." BARRETO, Vicente. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 163.

sugere a superação do estado de natureza com a criação da sociedade civil, do Estado.

Sua origem, portanto, não se encontra no estado de natureza, mas sim em uma convenção dos homens, uma vez que a sua criação tem seu nascedouro na necessidade de atendimento de uma exigência básica, a ordem, que, ameaçada pela "liberdade como não impedimento, que leva a guerra de um contra o outro, deve ser abdicada em favor de um pacto de sujeição[21]". Em razão disso -- e talvez até em nome disso --, pensa-se que, ao invés de um estado de natureza onde todos os homens detêm a faculdade de agir segundo seus próprios desígnios e, portanto, onde há um governo de todos, que acarreta a insegurança, a desordem, e porque não mesmo dizer o caos, melhor seria renunciar à liberdade, impedindo o conflito entre as várias vontades. Deve-se permitir que um, e tão-somente um, seja o detentor de tal poder. É dele que emanarão as leis civis que deverão ser obedecidas pelos homens que celebraram o pacto social, como forma de evitar o caos a que se fez referência anteriormente. E, para Thomas Hobbes, o Estado Absolutista é aqui capaz de impedir a barbárie humana.

1.3 **O Estado Liberal**

A decadência do modelo econômico feudal levou também à derrocada do sistema político então vigente. Já detentora do poder econômico, a ascendente classe burguesa não mais queria submeter-se ao jugo do poder absoluto. A liberdade, principalmente de comércio, não mais poderia encontrar-se ameaçada pelo poder absoluto do soberano, tornando-se esta a nova meta a ser conquistada. A tomada do poder, portanto, mostrava-se imperiosa para a defesa de seus interesses.

Para tanto, mostrava-se necessário pensar numa forma de Estado que servisse aos novos interesses da classe. Vê-se, então, uma vez mais, que a razão primeira da elaboração de modelos de Estado que atendessem aos

---

[21] JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Estudos de Filosofia do Direito*: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003 p. 99.

interesses da classe dominante era, antes de tudo, como adverte Octaciano da Costa Nogueira Filho[22], “recursos utilizados pela Política e pelo Direito, como forma de limitar a ação, os poderes e as prerrogativas dos detentores dos diferentes Poderes do Estado”.

Nesta senda é que exsurge a importância de John Locke, com veias notadamente contra-absolutistas[23], que tiveram origem no individualismo, na defesa dos direitos naturais do homem que deveriam ser oponíveis ao Estado[24]. Assim como Thomas Hobbes, Locke aderiu à corrente empirista, segundo a qual o conhecimento somente adviria com o emprego da razão, a partir do conhecimento adquirido com a experiência[25]. Assim, em sendo a experiência, como dito, um fenômeno eminentemente individual, estava feita a defesa, ainda que parcial, da liberdade de o indivíduo ter suas experiências e refletir sobre elas.

Também adepto da teoria contratualista, Locke encontra aqui um pequeno desvio em relação ao pensamento manifestado por Thomas Hobbes. Enquanto que para este o homem em seu estado de natureza encontrava-se em estado latente de guerra, Locke, manifestando já aqui o seu otimismo, afirma justamente o oposto[26]. O Estado de natureza do homem é o de paz, que somente é quebrado pela ausência de um terceiro capaz de resolver os conflitos originados a partir da introdução do dinheiro e a consequente disputa pela propriedade e pelo capital, donde surge a necessidade do contrato social

---

[22] FILHO, Octaciano da Costa Nogueira. *Introdução à Ciência Política*. Brasília: Senado Federal,Edições Unilegis de Ciência Política, 2008, p. 101.

[23] “A liberdade natural do homem deve estar livre de qualquer poder superior na terra e não depender da vontade ou da autoridade legislativa do homem, desconhecendo outra regra além da lei da natureza. A liberdade do homem na sociedade não deve estar edificada sob qualquer poder legislativo exceto aquele estabelecido por consentimento na comunidade civil;” LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Tradução: Magda e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes, p. 41. Disponível em <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

[24] LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Tradução: Magda e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes, p. 37 *et seq*. Disponível em <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

[25] LOCKE, op. cit., nota 23, p. 57 *et seq*.

[26] LOCKE, op. cit., nota 23, p. 40, item 19.

como forma de garantir os direitos naturais que se encontravam em risco por estarem desprotegidos[27], especialmente a liberdade civil[28].

Se, de um lado, defendia a liberdade individual, de outro lado, não descuidou da ameaça do poder estatal. Temendo o desrespeito aos direitos naturais por parte do Estado, que foi criado justamente para defendê-los, idealizou os primeiros passos na direção da divisão dos Poderes. Portanto, além de fortalecer ideologicamente a necessidade da liberdade individual, atacou também a "concentração" do poder nas mãos do soberano. Para tanto, atribuía ao soberano, além do Poder Executivo, a representação externa, a celebração de tratados e alianças, dentre outras competências, o que se justificava para evitar a desordem, destinando as outras competências aos demais Poderes[29].

No duelo de ideologias travado com os absolutistas, Locke parece encontrar maior eco na limitação que o poder encontra pelo direito natural à liberdade[30], que foi transferida ao Estado no momento da celebração do pacto social, bem como na virtude dos governantes. Mas, especificamente neste particular, o otimismo que levou John Locke a praticamente ignorar a natureza negativa do poder dá ensejo a uma crítica, esta consubstanciada no fato de que haveria olvidado da máxima de que o poder corrompe o homem, que acaba por dele abusar.

Além do Poder Executivo e dos demais Poderes necessários ao impedimento da desordem, Locke ainda defende que deve ser atribuído ao soberano a prerrogativa, instrumento necessário para suprir as lacunas legais, mas que somente deve ser utilizado nos estritos limites do interesse público.

---

[27] JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz., *Estudos de Filosofia do Direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 98.

[28] LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Tradução: Magda e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes, p. 59, item 91. Disponível em <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

[29] LOCKE, op. cit., nota 27, p. 58-59, itens 89 e 93.

[30] Para John Locke, ao entrar na sociedade o homem abandona a liberdade, a igualdade e o poder, que são transferidos ao Estado. Mas, ainda como forma de garantir a supressão da liberdade, Locke defende que com a celebração do pacto social o homem desenvolve a capacidade de manter intacta a substância da liberdade que gozava no estado natural, razão pela qual admite o direito de rebelião em caso de violação. JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Estudos de Filosofia do Direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 99.

Quanto à prerrogativa, esta somente pode ser corretamente compreendida dentro do sistema idealizado por Locke[31] ao se destacar que, na hipótese de abusos por parte do soberano, vale dizer, de sinais de absolutismo, poderia o povo – em reforço ao argumento da participação popular – retomar o poder antes conferido no momento da celebração do pacto social[32].

Contudo, em Locke o ideal da separação de Poderes ainda era tímido, somente ganhando força em Montesquieu[33]. Não estando de acordo com o otimismo que impediu Locke de vislumbrar na sua teoria grandes portões abertos ao retorno do absolutismo[34], aquele filósofo preconizou, nos dizeres de Paulo Bonavides, uma "distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem[35]".

O pensamento de Montesquieu, no entanto, não era o de salvaguardar a participação popular, muito menos a isonomia entre os homens, mas unicamente negar o poder absoluto do soberano mediante a decomposição[36] do poder[37] em grau mais acentuado do que aquele preconizado por John

---

[31] LOCKE, op. cit., nota 27, p. 76-77, itens 149 e 153.

[32] LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Tradução: Magda e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes, p. 37 *et seq*. Disponível em <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

[33] A ideia da tripartição de Poderes é delineada no Livro Décimo Primeiro de sua principal obra, "O Espírito das Leis". MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164-196.

[34] "Há excerto assaz importante na descrição do que Montesquieu denomina de "estado de guerra": "Assim que os homens estão em sociedade, perdem o sentimento de fraqueza; a igualdade que existia entre eles finda, e o estado de guerra começa. Cada sociedade particular começa a sentir sua força; o que produz um estado de guerra de nação a nação. Os particulares, em cada sociedade, começam a sentir sua força; procuram colocar a seu favor as principais vantagens desta sociedade; o que cria neles um estado de guerra*."* MONTESQUIEU, op. cit., nota 32, p. 15.

[35] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 49.

[36] Esta parece ter sido a influência para o texto empregado na redação do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem.

[37] Na obra de Paulo Bonavides encontra-se referência a Jellinek, que diz haver a obra de Montesquieu sofrido desvio por parte de seus intérpretes. Para Jellinek, o que foi preconizado não foi a divisão do poder, que é uno, indivisível, inalienável e imprescritível, mas, no máximo, o objeto do poder ao qual se dirige a atividade estatal, a competência, jamais o poder. BONAVIDES, op. cit., nota 34, p. 78

Locke[38], o que impediria o cometimento de novos abusos contra a liberdade natural do homem. E a sua teoria não ficou restrita ao fracionamento do poder do soberano em 3 (três) diferentes faces. Além disso, Montesquieu fincou bandeira no equilíbrio de tais Poderes distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) e a faculdade de impedir (*faculté de d'empêcher*), que, posteriormente desenvolvidas, originaram o sistema de freios e contrapesos. Segundo ele, "para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder"[39]. Sobre isso, destacou Paulo Bonavides que:

> Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento – lembra o pensador – são eles compelidos a atuar "de concerto", harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos checks and balances, dos pesos e contrapesos[40].

Complementando a fundamentação filosófica do Estado Liberal, não se pode deixar de mencionar, por óbvio, a influência de Immanuel Kant. Correligionário do criticismo, este filósofo abandona os questionamentos até então elaborados a respeito do que são as coisas, de que é o mundo. Sua preocupação volta-se ao "como" é possível obter o conhecimento sobre as coisas, sobre o mundo[41]. Versando especificamente sobre o tema que envolve a liberdade do homem, sobre o qual se debruçou detidamente, Kant não questiona mais a existência da liberdade. Esta é uma premissa fixada e sobre a qual aparentemente não restam dúvidas[42]. A nova indagação diz respeito unicamente acerca de como é possível obter/garantir a liberdade[43].

---

[38] Vozes há que sustentam não haver Montesquieu cometido um equívoco ao "interpretar" o pensamento de Locke. Pensa-se que ele foi deliberadamente alterado para conformar-se à realidade francesa, bastante distinta da inglesa vivenciada pelo último. BONAVIDES, op. cit., nota 34, p. 69.

[39] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

[40] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 150.

[41] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 96.

[42] "Assim, se o princípio de liberdade externa limitada pela lei não estiver presente em qualquer dessas três formas possíveis de condição jurídica, a estrutura de todas as outras será inevitavelmente solapada e terá, finalmente, que desmoronar." KANT, Immanuel. *A Metafísica*

Este filósofo também acabou por aderir à teoria do pacto social[44] como fonte do poder político outorgado ao Estado[45]. Todavia, fixando como conceito de Direito o meio onde é possível a coexistência da vontade de um com a vontade dos demais sob a égide de uma lei geral de liberdade[46], nega a origem histórica do pacto social. Segundo o racionalismo de Kant, o pacto não é um fenômeno sociológico, mas normativo. Ele se destina justamente a regular a convivência da universalidade de vontades, da imensidão de liberdades[47].

Na verdade, a sensação é a de que Immanuel Kant vai um pouco adiante na teoria do contrato social. Enquanto que para os contratualistas tradicionais o Estado natural é um momento pré-direito, em Kant tal estado já vivia sob a égide de uma normatividade[48]. Logo, a função do Estado instituído a partir do pacto social era conferir segurança à liberdade individual. O real intento do homem ao celebrar o pacto social era criar uma vontade perfeitamente delimitada e hierarquicamente superior que pudesse, em nome do bem estar coletivo, controlar as liberdades que antes não conheciam qualquer limitação.

---

dos Costumes. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edições Profissionais Ltda, 2003, p. 154.

[43] Em Kant a discussão sobre o tema da liberdade encontra um traço marcante de seu dualismo, aquele que cerca o homem enquanto ser empírico, que recebe as leis (inclusive psicológicas) e homem como fenômeno, que lançando mão de seu racionalismo, intervém nas suas próprias ações. BONAVIDES, op. cit., nota 40, p. 107.

[44] "O ato pelo qual um povo se constitui num Estado é o contrato original. A se expressar rigorosamente, o contrato original é somente a idéia desse ato, com referência ao qual exclusivamente podemos pensar na legitimidade de um Estado. De acordo com o contrato original, todos (omnes et singuli) no seio de um povo renunciam à sua liberdade externa para reassumi-la imediatamente como membros de uma coisa pública, ou seja, de um povo considerado como um Estado (universi)." KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2003, p. 158.

[45] Neste tema, preconiza, assim como Montesquieu o princípio da separação dos poderes, apenas que com o diferencial de que, aqui, restou enaltecido o aspecto ético, onde os poderes executivo, legislativo e judiciário foram elevados à categoria de "pessoas morais", que também se achavam em relação de coordenação. BONAVIDES, op. cit., nota 39, p. 150-151.

[46] Isto pode ser lido na obra de Eduardo C.B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (*Curso de Filosofia do Direito*)

[47] KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2003, p. 158.

[48] KANT, op. cit., nota 46, p. 161.

Nesse contexto filosófico é que se tem a consolidação de um Estado que possui a finalidade de preservar, tutelar os direitos, mormente o direito de liberdade[49]. É o momento em que se inaugura a doma do *Leviatã*, com a sua submissão ao princípio da legalidade[50]. Está aí a gênese do Estado de Direito, ou, na linguagem de alguns, "somente de direitos"[51].

[49] Este o pensamento de Giorgio Del Vecchio. VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 139.

[50] Nesse sentido, os dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. In*: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro, 1992, n. 45, p. 41.

[51] BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 293.

1.4 O Estado Liberal Democrático

Diz-se que Jean Jacques Rousseau fundou a teoria[52] contratualista, sendo a partir de suas ideias que surgiram as demais que justificaram a criação do Estado com fundamento na celebração do pacto social. Diz-se mais, que segundo o seu pensamento, o pacto social era origem não só do Estado[53], mas da própria sociedade[54], numa vertente que se denominou de contratualismo total[55]. Interessante, então, mostra-se uma incursão, ainda que breve, nos seus fundamentos filosóficos.

Pois bem, sendo o ponto de partida dos demais que aderiram, cada um da sua maneira, ao movimento contratualista, J.J. Rousseau tem na defesa da liberdade a grande mola mestra de sua teoria. Jusnaturalista confesso, e vivenciando uma conjuntura marcada pela ascensão da burguesia ao poder, momento no qual, portanto, imperava a necessidade de se negar o poder absoluto do soberano, voltou suas forças para a garantia do estado de natureza do homem, aquele em que havia o pleno gozo do direito de liberdade[56]. Talvez o grande reconhecimento que se possa fazer da teoria deste filósofo francês seja não vislumbrar uma necessária antinomia entre

---

[52] Sobre isso, afirma Miguel Reale que: "O contratualismo não é uma doutrina, mas um movimento que abrange várias doutrinas muitas vezes conflitantes." REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 546.

[53] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 22-24. Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Acesso em 17-02-2013.

[54] Para Paulo Bonavides, Rousseau entendeu como sociedade "o conjunto daqueles grupos fragmentários, daquelas "sociedades parciais", onde, do conflito de interesses reinantes só se pode recolher a vontade de todos (volonté de tous), ao passo que o Estado vale como algo que se exprime numa vontade geral (volonté générale), a única autêntica, captada diretamente da relação indivíduo-Estado, sem nenhuma interposição ou desvirtuamento por parte dos interesses representados nos grupos sociais interpostos." BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 64.

[55] A expressão é utilizada por Miguel Reale ao dissertar que "contratualismo total é aquele que, como acontece na obra de Hobbes ou Rousseau, refere-se tanto à origem da sociedade como à do Estado." REALE, op. cit., nota 51, p. 648.

[56] "Se eu considerasse tão-somente a força e o efeito que dela deriva, diria: Enquanto um povo é constrangido a obedecer e obedece, faz bem; tão logo ele possa sacudir o jugo e o sacode, faz ainda melhor; porque, recobrando a liberdade graças ao mesmo direito com o qual lha arrebataram, ou este lhe serve de base para retomá-la ou não se prestava em absoluto par subtraí-la." ROUSSEAU, op. cit., nota 52, p. 10.

poder e direito, (entendido este como a garantia legal, jurídica do estado natural), o que ele fez com maestria ao preconizar a detenção do poder pelo povo[57] como um direito inalienável[58] e indivisível[59], no que o diferencia de Montesquieu, defensor da divisão do poder.

Tornando à questão do pacto social, por ser esta a grande contribuição de Rousseau para a proposta de uma modelagem de Estado, a primeira importante observação que deve ser feita é concernente ao estado de natureza do homem. Diferentemente do que apontado por Hobbes, por exemplo, o homem, em seu estado natural, não vive num estado latente de beligerância. Para ele o homem não é o lobo do próprio homem. Ao revés, a bondade é intrínseca à natureza humana. Dessa forma, a conclusão a que chega é a de que a abdicação dessa liberdade somente pode se dar em nome de algo que lhe garanta a idêntica situação. Eis aí o objeto do pacto social[60]. Eis aí a

---

[57] "Portanto, para que um governo arbitrário fosse legítimo, seria preciso que o povo, em cada geração, fosse senhor de o admitir ou rejeitar; mas então tal governo já não seria arbitrário".ROUSSEAU, op. cit., nota 52, p. 147. Elucidativas também são as palavras de Paulo Bonavides: "No Estado jurídico, que se compôs das idéias de Rousseau e Montesquieu, temos, de acordo com Jellinek, a engenhosa preservação da unidade de poder.
(...)
A unidade era salva teoricamente, em termos democráticos, e em oposição ao despotismo, com a doutrina da soberania de Rousseau, apoiada na volonté générale.
Daí haver dito Jellinek que o filósofo genebrês se apresenta admiravelmente coerente com aquela tradição política do jusnaturalismo, que concentrava o poder estatal em uma só vontade, e se inclinava para o absolutismo, como sucede na doutrina de Hobbes.O senhor absoluto mudou apenas de nome, e não de essência, conforme se lê nas páginas que a este respeito escreveu Jellinek. Antes se chamava rei, com Hobbes, agora se chama povo, com Rousseau." BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 77.

[58] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 36-37. Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

[59] ROUSSEAU, Jean-Jacques, op. cit., nota 57. Esta indivisibilidade, segundo Rousseau, era necessária como meio de impedir o enfraquecimento do Estado, que poderia colocar em risco a sua soberania. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social* 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 72.

[60] "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social. As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; de sorte que, conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes, tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou. Todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando *por*

intenção do homem ao celebrar o contrato social, manter o seu estado natural[61].

Dito isto, pode-se questionar que razão teria o homem para celebrar o pacto social. Mas, colocando à mostra novamente sua faceta de filósofo jusnaturalista, dissociado do teísmo, Rousseau enxerga na necessidade de moralização dos atos, na prevalência da força racional sobre a força física a motivação da celebração do pacto. Reside nessa circunstância a passagem do estado de natureza para o estado cívico[62]. Diante da identificação da liberdade no estado de natureza como uma liberdade na qual há a proeminência da vontade do mais forte, em razão da inexistência de limites que façam desaparecer as desigualdades físicas[63], a solução proposta é a de celebração de um pacto social que tem também como um de seus objetivos estabelecer a igualdade dos pactuantes[64]. Como argutamente observam Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida, "é essa igualdade que deverá governar o

---

completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros." ROUSSEAU, op. cit., nota 57, p. 24-25.

[61] "Nesse pormenor, vale citar outra passagem do Contrato Social, na qual o conteúdo do legítimo pacto social é descrito como "a forma de encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes". Acrescenta Jean Jacques que este seria o problema fundamental cuja solução o contrato social ofereceria. A liberdade à qual se refere o autor nesta passagem não implica um retorno à liberdade perdida, perfeita (ausência de impedimentos externos), que corresponderia ao homem enquanto animal solitário, no estado de natureza, e sim uma verdadeira liberdade (moral e política), recém-conquistada pelo indivíduo mediante seu ingresso na sociedade, no momento da realização do pacto. Assistir-se-ia, assim, à perda da liberdade natural/total, ao benéfico preço de uma nova liberdade, que corresponderia por sua vez à metamorforse operada no homem, que, de indivíduo isolado, solitário do estado de natureza, passaria à condição de cidadão virtuoso no estado civil, isto é, à passagem de um indivíduo que, enquanto ser razoável, movido por um sentimento de justiça, estaria disposto a abnegar ou conter o seu interesse pessoal em favor do bem comum." BARRETO, Vicente. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 748.

[62] BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 301.

[63] JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Estudos de Filosofia do Direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 98.

[64] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 45-46. Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

pensamento comum dos pactuantes, pois é ela que garante a realização do interesse comum dos membros”[65].

De todo modo, se, segundo Rousseau, o pacto social foi estabelecido com o objetivo de, mediante o estabelecimento de regras destinadas a manter o estado natural, garantir o direito à liberdade, bem como promover a igualdade[66] entre os homens -- o que não seria possível sem esta intervenção, já que as forças isoladamente entendidas agiam desagregadamente -- vê-se aí claramente delineada a limitação imposta ao Estado[67]. O limite de sua atuação são justamente os direitos naturais que o homem detinha no estado de natureza, agora com a adjetivação de cívicos, por derivarem do ente Estatal.

Exsurge vigoroso, nesta seara, o princípio da legitimidade como norte de atuação do Estado, uma vez que ela:

> (...) não responde aos fatos, à ordem estabelecida, aos dados correntes da vida política e social, segundo o mecanismo em que estes se desenrolam – o que seria já do âmbito da legalidade – mas inquire acerca dos preceitos fundamentais que justificam ou invalidam a existência do título e do exercício do poder, da regra moral, mediante a qual se há de mover o poder dos governantes para receber e merecer o assentimento dos governados[68].

Seja como for, o que se há de reconhecer na formação do pacto social tal como concebida na teoria rousseauniana é que ele tem origem na vontade deliberada do homem de criar um ente moral capaz de suprir as deficiências existentes no estado natural, mormente no que concerne ao desequilíbrio de forças[69]. Está-se a tratar aqui não da vontade isolada de cada um, nem do simples somatório das vontades individualmente consideradas, mas de uma

---

[65] BITTAR; ALMEIDA, op. cit., nota 61, p. 297.

[66] “Pode-se afirmar que qualquer sistema político e jurídico atual que tenha uma preocupação com sua própria legitimidade tem em alta consideração a ideia de igualdade e os problemas que dela decorrem. Por isso pode-se concluir, desde já, que os estados democráticos dispensam atenção especial ao princípio da igualdade e atuam de modo que suas ações estejam impregnadas com a ideia de isonomia.” BARRETO, Vicente. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 456.

[67] ROUSSEAU, op. cit., nota 63, p. 42 *et. seq.*

[68] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 124.

[69] Pode-se dizer, portanto, que a teoria rousseauniana retoma a doutrina da investidura providencial defendida por São Tomás de Aquino, que também preconizava a participação popular na escolha do soberano.

vontade maior e diversa daquela resultante da soma das individualidades. Tendo em vista que o homem, racionalmente, somente deveria ceder na hipótese de o poder haver sido constituído pela vontade de adesão dos indivíduos, decidem eles, intencionalmente, abdicar de sua individualidade em prol da formação de uma vontade geral (*volonté générale*), aquela que se destina exclusivamente à obtenção do bem comum e público, e que deve nortear a atuação do Estado[70]. Exatamente nesse sentido, Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida asseveram que o pacto social é:

> (...) uma deliberação conjunta no sentido da formação da sociedade civil e do Estado. Trata-se de um acordo que constrói um sentido de justiça que lhe é próprio; a justiça está no pacto, na deliberação conjunta, na utilidade que surge do pacto. Trata-se de um verdadeiro escambo: liberdade natural x utilidade comum[71].

Decorre daí, isto é, do desejo de formação de uma vontade geral, diferente -- e por que não mesmo dizer maior -- da vontade individual de seus membros, a base filosófica da participação do povo na formação do Estado, ao menos na formação/manutenção de um modelo de Estado legítimo, onde a democracia é um de seus pilares. Cabe aqui, apenas para apor um fecho na ideia que se desenvolve neste tópico, trazer à lume as palavras de Paulo Bonavides a respeito do Estado Democrático:

> Evolveu, com clareza, para acentuar a solidariedade íntima das instituições políticas e demonstrar que o Estado jurídico moderno, revitalizado por princípio democrático mais extenso e profundo, que reconcilia a personalidade humana com o poder, não é o velho Estado liberal-democrático em que o indivíduo ficava quase inteiramente à margem do Estado, por temê-lo como aparelho compressor e condená-lo como “mal necessário”, mas aquele Estado no qual se sente já seguro, para colocar-se dentro em seu âmbito, e sem receio do desempenho de responsabilidades mais amplas, fora do pesadelo de lidar com um Leviatã, pronto a devorá-lo ao menor descuido ou a oferecer-lhe a desagradável surpresa de destruição súbita da liberdade[72].

---

[70] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

[71] BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 293

[72] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 76.

Em resumo, o que se verifica neste momento é a sujeição do Estado à vontade da sociedade. É aqui, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que:

> O segundo importante triunfo foi o submetimento do Estado à vontade da sociedade: o princípio da legitimidade logrou afirmar-se universalmente, à custa de grandes sacrifícios, entre os quais os flagelos de três longas e desumanas guerras e da escravização de inúmeros povos e ideologias totalitárias, consolidando-se o Estado Democrático como conceito vitorioso nas sociedades contemporâneas[73].

1.5 O Estado Social

A teoria defendida por Jean Jacques Rousseau, que contemplava a participação popular na escolha do soberano e, via de consequência, nos objetivos a serem seguidos pelo Estado, que somente poderia agir em conformidade com a *volonté générale*, teve o grande mérito de inserir, ao menos em níveis teóricos, o povo na direção de suas próprias vidas, eis que integrantes desse ente moral maior. Este já é um signo de destaque no sentido de reconhecer na teoria de Rousseau um passo para fora do sistema puramente capitalista, eis que serve de embasamento para a distribuição do poder por todas as classes e não para a sua concentração nas mãos de uma única.

Não se pode perder de vista, contudo, que a mesma tese que se mostra voltada ao resguardo da liberdade e da igualdade serviu, na aurora, como instrumento de mantença do poder nas mãos da burguesia. Isto porque, a teoria de Rousseau deixou de considerar um aspecto sobremaneira importante, qual seja, o de que a situação concreta da sociedade colocava em relevo a desigualdade entre duas classes sociais, a burguesia, detentora dos meios de produção e o proletariado, a ela subordinado enquanto mão-de-obra empregada na produção. Não bastasse essa escravização de ordem

---

[73] NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro, 1992, n. 45, p. 41.

econômica, Rousseau ainda advertia, quando da formulação da teoria do contrato social, que, apesar de o homem haver nascido livre, achava-se por toda parte escravizado. E fez tal assertiva entendendo que a organização política, a criação do Estado, era a verdadeira causa da restrição da liberdade do homem[74].

Karl Marx, por sua vez, também identifica o cerne da questão do Estado Liberal (ainda que democrático) na supressão da liberdade do homem. Mas, se no pensamento de Rousseau a limitação da liberdade derivava da constituição do Estado, isto é, de um fenômeno de ordem política – e porque não dizer teórica --, Marx enxerga, na prática, a escravização do homem pelo homem como consequência da dominação dos meios de produção e, por conseguinte, do capital, por uma única classe social que se vale disso para explorar a força de trabalho do restante das classes.

Dessa forma, o que pretendem ambos os pensadores é a libertação, seja ela política, no caso de Rousseau, seja ela econômica, no caso de Marx, podendo a doutrina do Estado Social, assim, valer-se de um ou de outro indistintamente[75]. Com efeito, pode-se extrair de Rousseau o fundamento político, principalmente se se atentar para a vertente em que busca garantir a plena vigência da liberdade do homem (cidadão) mediante a permissão para que ele participe da escolha do soberano e dos rumos a serem seguidos pelo Estado a que ele deu origem ao integrar a *volonté générale* que lhe serve de norte. Sendo a democracia rousseaniana fruto de um consenso de colaboração entre todos os interessados, é um instrumento indispensável para a consecução dos verdadeiros fins sociais, os únicos que devem ser almejados pela *volonté générale*[76].

É exatamente neste ponto que a teoria marxista talvez encontre seu “calcanhar de Aquiles”. Karl Marx, aliando-se a outro grande pensador da época, Friederich Engels, desenvolveu de modo bastante contundente a ideia

---

[74] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores, Capítulo IV. Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

[75] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 174.

[76] BONAVIDES, op. cit., nota 74, p. 175.

de um materialismo histórico, entendendo que o homem é fruto das condições materiais existentes no meio, dissociando a sociedade e a política de desmandos divinos ou mesmo da ordem natural, centrando-a na ação concreta do homem[77]. Como consectário lógico disso, o pensamento marxista é voltado para a ação humana no sentido da obtenção de uma justiça social[78].

Não foi por outra razão que, desde o nascedouro, formulou diversas críticas à filosofia que até então servia de embasamento para o modelo de Estado Liberal. Com efeito, as mais severas críticas foram lançadas contra a doutrina que, na prática, materializava a opressão da burguesia sobre o proletariado. O liberalismo era por ele visto como o seio das distorções verificadas na sociedade de então. E, a crítica ganhou ainda mais força em seu pensamento na medida em que se assenta a premissa de que "o homem distingue-se do animal não por ser um animal político ou animal racional, mas por ter capacidade de trabalho, ou seja, por ser capaz de interagir com a natureza, a ponto de poder modificar a própria natureza"[79].

Ora, se a opressão verificada na sociedade do Estado Liberal era tal que impunha sua dor no âmago do homem, na sua capacidade produtiva, e se o pensamento de Marx pregava a saída de inércia, eis que a filosofia mostrava-se meramente contemplativa, a conclusão a que chega é a de tomada do poder pela força. Em sua opinião, a revolução é o único meio de se extirpar da

---

[77] "A teoria materialista de que os homens são produto das circunstâncias e da educação e de que, portanto, homens modificados são produto de circunstâncias diferentes e de educação modificada esquece que as circunstâncias são modificadas precisamente pelos homens e que o próprio educador precisa ser educado. Leva, pois, forçosamente, à divisão da sociedade em duas partes, uma das quais sobrepõe à sociedade (como, por exemplo, em Roberto Owen). A coincidência da modificação das circunstâncias e da atividade humana só pode ser apreendida e racionalmente compreendida como prática transformadora." MARX, Karl. *Teses Sobre Feuerbach*. Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 5. Disponível em <http://neppec.fe.ufg.br/uploads/4/original_feuerbach.pdf>. Acesso em 17-03-2013. Vide também: BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 371.

[78] Marx nega veementemente uma filosofia que ignora por completo o meio. Veja-se interessante trecho de suas Teses sobre Feuerbach, em especial as de n. VIII e XI.
"A vida social é essencialmente prática. Todos os mistérios que desviam a teoria para o misticismo encontram sua solução racional na prática humana e na compreensão desta prática." (...) "Os filósofos não fizeram mais que interpretar o mundo de forma diferente; trata-se, porém de modificá-lo" (MARX, Karl. Teses Sobre Feuerbach. Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 8. Disponível em: <http://neppec.fe.ufg.br/uploads/4/original_feuerbach.pdf>. Acesso em 17-03-2013.

[79] BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 379.

sociedade a “servilização do homem pelo trabalho assalariado”[80]. Ocorre que – e este é precisamente o ponto nodal --, a revolução, ainda que num primeiro momento[81], vai impor restrições consideráveis à liberdade de um, de muitos, quiçá, de todos.

Por tal razão, ainda que se reconheça todo o valor no pensamento de Karl Marx, principalmente em razão de haver apontado a lacuna que a teoria do contrato social de Rousseau deixa por ser preenchida pelos abusos da classe dominante, certo é que se afigura muito mais consentâneo com o direito à liberdade -- bem maior cuja proteção vem sendo dilargada ao longo da história -- aproveitar-se das argutas observações fornecidas pelo materialismo histórico para caminhar na busca de um Estado voltado para a correção desse curso.

Este Estado, uma vez mais nas palavras de Paulo Bonavides, não é o do:

> (...) figurino totalitário, quer de extrema esquerda, quer de extrema direita -- deriva do consenso, das mutações pacíficas do elemento constitucional da Sociedade, da força desenvolvida pela reflexão criativa e, enfim, dos efeitos lentos, porém seguros, provenientes da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais, volvidos, de último, ao seu leito normal. Um Estado, pois, para debelar as crises e recessões da ordem capitalista, sem fechamento, porém, do sistema político, que permanecia pluralista e aberto. Um Estado, certamente, da economia de mercado, embora debaixo de alguma tutela ou dirigismo, que pouco ou nada lhe afetava as estruturas, posto que interditasse determinados espaços da ordem econômica, subtraídos ao livre jogo das forças produtivas[82].

Este modelo, comumente denominado de Estado Social ganhou na doutrina de Paulo Bonavides a nomenclatura de “Estado Social do Estado”[83], marcado pelas “Constituições Programáticas, assim batizadas ou

---

[80] BITTAR; ALMEIDA, op. cit., nota 78, p. 381.

[81] Importante frisar este marco temporal, pois o pensamento de Marx caminha no sentido de que, uma vez restabelecida a ordem, vale dizer, a justiça social, defende-se a supressão do Estado e do Direito, que se tornariam absolutamente dispensáveis na nova estrutura, igualitária na essência (comunismo). Este é modelo denominado de Estado Socialista, que, por ter sido de verificação restrita na história da sociedade, não será objeto de tópico específico, valendo apenas a menção ao pensamento Marxista na parte em que difere da filosofia de Rousseau.

[82] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 32-33.

[83] BONAVIDES, op.cit., nota 81, p. 32-33.

caracterizadas pelo teor abstrato e bem-intencionado de suas declarações de direitos”[84].

1.6 O Estado de Justiça

Da vivência do Estado Social de índole democrática sobressalta, todavia, a sua insuficiência[85]. Diz-se isso, em virtude do fato de as Constituições editadas albergarem previsões as mais diversas a respeito de direitos do homem sem que lhes confira a possibilidade de efetivar esses tais direitos, ditos fundamentais. Em outras palavras, o Estado Social do Estado é ainda insuficiente para garantir o primado dos direitos fundamentais, objetivo que se buscava alcançar com a implementação da Revolução Francesa, que é, segundo Paulo Bonavides[86] “o Estado social dos direitos fundamentais, este sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem estes direitos”.Complementando, assevera ele[87] que este novo modelo não é mais o Estado Social do Estado, mas o:

> Estado social da Sociedade, que é, sobretudo, o Estado social dos direitos fundamentais, uma categoria por nós igualmente referida, mostra-se permeado de liberalismo, ou de vastas esperanças liberais, renovando, de certo modo, a imagem do primeiro Estado de Direito

---

[84] BONAVIDES, Paulo. op.cit., nota 81, p. 29.

[85] Nesse sentido, encontram-se as palavras de Nikolò Trocker: “Oggi che il soociale e il collettivo tendono a prevalere sul particolare e sull’individuale, la teoria dei diritti pubblici soggettivi che reca in sé l’impronta di un’epoca...legata al sorgere dello Stato borghese..., si rivela tecnicamente insoddisfacente...e incapace di cogliere le esigenze dello Stato sociale. I diritti fondamentali contengono dei valore la cui applicazione non può essere subordinata alla pretesa natura di determinati rapporti, ma esige rispetto in ogni campo della vita giuridica.” TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 138. Na tradução livre para o português, tem-se: “Agora queo social e ocoletivotendem a prevalecersobre oparticular eacima do indivíduo, a teoria dosdireitossubjetivospúblicosque traz consigoa marcade uma era...ligada aosurgimento do Estadoburguês... é tecnicamenteinsatisfatório... eincapaz de atender àsnecessidades doEstado-Providência. Os Direitos fundamentais incluem ovalor da aplicaçãodos quais não podemestar sujeitosàalegada naturezade certas relações, mas exige respeitoem todas as áreasda vida jurídica”.

[86] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 29.

[87] BONAVIDES, op.cit., nota 85, p. 33.

> do século XIX. Em rigor, promete e intenta ele estabelecer os pressupostos indispensáveis ao advento dos direitos da terceira geração, a saber, os da fraternidade[88].

A definição que se extrai da literatura acerca dessa nova modelagem de Estado traz à tona, primeiramente, o positivismo de Augusto Comte, que indica a tendência à relativização[89] da qual resulta a inserção da moral na sociedade[90], esta originária do que ele entende como a ciência mais complexa, a menos geral e mais recente historicamente, a sociologia. Seccionando a sociologia em duas partes, a estática social (estudo da harmonia entre as condições de existência, estabelecendo a ordem social) e a dinâmica social (estudo do desenvolvimento ordenado da sociedade, estabelecendo as leis do progresso), Comte compatibiliza as correntes políticas da época, sustentando que a sociedade deve se desenvolver (progresso), mas sem prescindir da ordem[91].

Diz ele, então, que, ao contrário do asseverado anteriormente, não há uma dicotomia entre os dois estados (ordem e progresso), mas verdadeira complementaridade, que deve resultar numa conjugação de ambas. Diante disso, ressalta Antonio Rezende[92], na mesma linha do já destacado princípio

---

[88] Insista-se, neste ponto, que a legitimidade não decorre mais exclusivamente da participação popular, e do atendimento da *volonté générale*, mas sim do primado, da observância, da concreção dos direitos fundamentais.

[89] "Nossas especulações positivas devem não só confinar-se essencialmente, sob todos os aspectos, à apreciação sistemática dos fatos existentes, renunciando a descobrir sua primeira origem e o seu destino final, mas importa também ainda compreender que este estudo dos fenômenos não deve tornar-se de qualquer modo absoluto, mas permanecer sempre relativo à nossa organização e à nossa situação". COMTE, Augusto. *Discurso Preliminar Sobre o Espírito Positivo*. Tradução: Renato Barboza Rodrigues Pereira. Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 39. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/comte.html>. Acesso em 17-03-2013.

[90] COMTE, op.cit., nota 88, p. 112-125. Isto também pode ser lido em REZENDE, Antônio *et ali*. *Curso de Filosofia*. 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002, p. 144.

[91] COMTE, Augusto. *Discurso Preliminar Sobre o Espírito Po*sitivo. Tradução: Renato Barboza Rodrigues Pereira. Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 49-50. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/comte.html>. Acesso em 17-03-2013. As palavras de Antônio Rezende confirmam isso. REZENDE, Antônio *et ali*. *Curso de Filosofia.* 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002, p. 151.

[92] COMTE, Augusto. *Discurso Preliminar Sobre o Espírito Positivo*. Tradução: Renato Barboza Rodrigues Pereira. Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 102-111. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/comte.html>. Acesso em 17-03-2013. Leia-se, ainda: REZENDE, Antônio. *Curso de Filosofia*. 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002, p. 151.

da fraternidade, que “uma das ideias-chave do positivismo será “o amor por princípio, a ordem por base e o progresso por fim”[93]. A dimensão afetiva da obra de Augusto Comte, representada na primeira parte da expressão anteriormente transcrita resulta na exaltação do sentimento altruísta e na valorização dos deveres em detrimento aos direitos, o que no âmbito da política implica em que a “moral positiva deveria despertar nos súditos sentimentos de obediência e sujeição e, nos governantes, responsabilidade no exercício da autoridade”[94].

Mais recentemente, John Rawls, o credenciado professor da Universidade de Harvard, mesmo tendo em seu ideal traços marcantes de economicidade, o faz mediante a premissa de que este sistema econômico necessita ser baseado num ideal de justiça, que segundo ele não existe sem moral[95]. Rawls seguiu, ainda que com suas próprias impressões pessoais, o contratualismo de Locke e Rousseau[96].

Pretendendo espraiar o ideal de justiça que deve permear as instituições sociais (virtude primeira de todas elas), e que, portanto, beneficia toda a coletividade, John Rawls[97] defende que, em seu sistema estrutural, as instituições necessitam ser justas, devendo tal conclusão ser extraída a partir da distribuição de direitos[98] e deveres que é feita internamente. Pois bem, na

---

[93] Esta foi a corrente filosófica que inclusive influenciou a inserção dos dizeres “ordem e progresso” ostentada pelo pavilhão nacional.

[94] REZENDE, Antônio *et all.Curso de Filosofia*. 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002, p. 153.

[95] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 55-63. Vale aqui transcrever interessante trecho destacado por Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida*:* “Dado que as estruturas econômicas têm estes efeitos e que, na verdade, os devem ter, a sua escolha implica uma visão do bem humano e da concepção das instituições que permitem realizá-lo. Esta escolha deve, pois, ser feita com fundamentos políticos e morais, bem como econômicos”. BITTAR, Carlos Eduardo; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 454).

[96] Por isso, dizem ser ele um neocontratualista.

[97] “Uma teoria geral de justiça levaria em conta quando os ritos e outras práticas sociais, em geral vistos como justos ou injustos, estão, de fato, sujeitos a essa forma de crítica. É presumível que devam envolver, de alguma forma, a distribuição de certos direitos e valores entre as pessoas.”.RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 70.

[98] Note-se que deste princípio pode também ser inferida a influência do pensamento de Aristótoles e a sua justiça distributiva, segundo a qual “é a virtude na distribuição das honras ou

moderna contratualista de Rawls, o pacto social não é uma realidade histórica, é meramente hipotético. Seu raciocínio é desenvolvido a partir da premissa de que, no ato da celebração do pacto, os contratantes encontram-se em situação de igualdade[99] que lhes permite fazer a opção pelos direitos e deveres que serão instituídos a partir do pacto[100]. É dessa igualdade, ou melhor, da necessidade de se imaginar um marco inicial em que todos se encontram em situação isonômica (equidade) que se desenvolve todo o restante[101]. Segundo Eduardo C.B. Bittar e Guilherme Assis Almeida:

> Esse momento de igualdade vem marcado pela noção de que existem consciência, equidade e liberdade para deliberar sobre direitos e deveres, e selecionar entre estes os melhores para comporem um quadro vasto de equipamentos institucionais a serviço de todos. O pacto é estruturado tomando por base dois princípios basilares de seu sistema acerca da justiça, quais sejam: (1) princípio da igualdade; (2) princípio da diferença[102].

O que Rawls pretende dizer com isso é que, relativamente ao primeiro princípio, todos os pactuantes precisam ter as mesmas liberdades (política, de reunião, de expressão e etc.)[103]. Ou seja, em que pese concordar que a celebração do pacto social importa em perda de alguns direitos fundamentais, o que se sustenta é que isso não reflete em todos eles. Já no que concerne ao princípio da diferença, que muito nos importa para o modelo de Estado objeto

---

das riquezas ou de vantagens que devem ser repartidas entre os membros da comunidade". JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Estudos de Filosofia do Direito:* reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 183.

[99] RAWLS, op.cit., nota 96, p. 165-172.

[100] Aqui pode ser identificada uma das características mais marcantes e que diferenciam a teoria contratualista de John Rawls.

[101] BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 456.

[102] BITTAR; ALMEIDA, op.cit., nota 100, p. 456.

[103] "Assim, distinguimos entre os aspectos do sistema social que definem e garantem as iguais liberdades fundamentais e os aspectos que especificam e estabelecem as desigualdades sociais e econômicas. É essencial observar que as liberdades fundamentais figuram em uma lista de tais liberdades. Dentre elas, têm importância a liberdade política (o direito ao voto e a exercer cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que compreende a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito. O primeiro princípio estabelece que essas liberdades devem ser iguais.". RAWLS, op.cit., nota 96, p. 74.

deste tópico, destina-se ele a materializar, a concretizar os direitos que foram a todos destinados no momento do pacto social. Por sua relevância, veja-se o que dizem a respeito Eduardo C.B. Bittar e Guilherme Assis Almeida:

> O segundo princípio, em sua locução "funções às quais todos têm acesso", deve ser interpretado de acordo com a igualdade democrática. Assim, se o primeiro princípio reza que todos devem possuir determinado benefício social, o segundo cumprirá para que o acesso a esse benefício social se dê de modo concreto e real[104].

Não bastasse o fato de que o alcance desse princípio é nitidamente maior do que aqueles que instruíram os sistemas estatais anteriores, preconiza Rawls que os mesmos sejam observados não somente no momento da celebração do pacto social, mas durante todo o seu cumprimento[105]. Assim, se, por um lado, o primeiro princípio resguardará a liberdade sob o ponto de vista formal, isto é, cuidará da previsão de sua proteção, de outro, o segundo princípio será a garantia de que o primeiro não ficará adstrito à existência formal[106]. Pelo que se percebe este parece ser o fundamento filosófico de um modelo de Estado que se encontra um degrau acima na escala da consecução do bem comum, da liberdade do cidadão, e que, ao cabo, se efetivado, implementará o terceiro dos princípios da Revolução Francesa, a fraternidade.

---

[104] BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 458.

[105] Esta é para John Rawls a denominada justiça material.

[106] Nicolò Trocker muito bem enfatizou a mudança operada na leitura do princípio da igualdade, senão vejamos: "È chiaro che, in tal modo, anche il significato tradizionale dell'eguaglianza esce radicalmente transformato. Il principio fondamentale del diritto sociale non è più il concetto della uguaglianza delle persone ma il concetto dell'equilibrio fra persone ineguali; l'uguaglianza cessa di essere il punto di partenza del diritto, diventa obbiettivo dell'ordinamento giurudico. È così che l'uguaglianza acquista un contenuto diverso: da uguaglianza formale a eguaglianza (tendenzialmente) sostanziale. Lo Stato è chiamato perciò ad incidere sulle struture esistenti per equilibrare le disparità sociali." TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 113). Na tradução livre: "É claro que, deste modo,também o sentidotradicionalde igualdadetransformou-seradicalmente. O princípiofundamental do direitosocial não é maiso conceito deigualdade entre as pessoas, mas o conceito deequilíbrio entre pessoasdesiguais,a igualdadedeixa de sero ponto de partidada lei, torna-se ordem jurídicaobjetiva.Assim, aigualdadeassume umconteúdo diferente: da igualdade formal paraa igualdade(tendem a) substancial.O Estado é, portanto, chamado aafetar aestruturaçãoexistente paraequilibraras desigualdades sociais".

Vale apenas a advertência -- talvez a palavra mais adequada fosse o lamento -- feito por Diogo de Figueiredo Moreira Neto[107], no sentido de que "a terceira e decisiva conquista, e a mais demandante, ainda está por ser alcançada", e é aquela em que se logrará "a subordinação do estado à moral: o princípio da licitude, ao assegurar o primado da moralidade na vida pública, é o aperfeiçoamento que falta para, sintetizado com os demais, realizar o Estado de Justiça". Para Diogo de Figueiredo[108] esta é a "aspiração, como se expôs, mais ambiciosa do que a realização do Estado Democrático de Direito, que naquela se contém e com ela se supera"[109].

E, para alcançar esta tal conquista mencionada pelo administrativista brasileiro, não se pode descurar de que, conforme sustentado por Nicolò Trocker, estará inserida na missão do Estado o árduo trabalho de romper as barreiras que porventura impeçam o completo desenvolvimento dos indivíduos que integram a sociedade[110]. Como consequência lógica do que se disse, não poderá o Estado limitar-se a atuar de modo negativo, impedindo que novas barreiras se coloquem na rota do desenvolvimento dos indivíduos. Nesse novo modelo, tem ele, por dever, que trabalhar ativamente para que os indivíduos, reunindo todas as condições para tanto, possam, de maneira totalmente livre e consciente, participar de toda a vida social[111].

---

[107] NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. In *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 1992, n. 45, p. 41.

[108] Este excerto é encontrado em artigo de idêntica nomenclatura ao que citado anteriormente, mas publicado na Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. In: *Revista Jurídica APERGS.*, Porto Alegre: Metrópole, n. 1, p. 48.

[109] Os vocábulos "naquela" e "ela" contidos no excerto referem-se à licitude que conduz ao Estado de Justiça.

[110] Cuidando da República italiana, Trocker asseverou que: "È compito della Repubblica – ricorda peremtoriamente l'art.3, comma 2º della nostra Constituzione – rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadine, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese." TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 110. Na tradução livre: "É da responsabilidadeda República- lembre-seperemtoriamenteart. 3º,parágrafo 2ºda nossa Constituição-remoção de obstáculos de naturezaeconômica e social que,restringindo de fato aliberdade eigualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento dapessoa humana ea participação efetivade todos na organizaçãopolítica, econômicae socialdo país".

[111] Mais uma vez, valioso é o entendimento de Nicolò Trocker a respeito do real objetivo desse modelo de Estado: "Il vero obiettivo dello Stato sociale è la emancipazione del singolo e dei

1.7 Primeira conclusão parcial

Diante de tudo o que se expôs ao longo deste capítulo, a conclusão a que se chega é a de que as mais diversas correntes filosóficas que foram desenvolvidas no decorrer da história se prestaram a justificar um modelo de Estado existente ou mesmo propor um modelo de Estado que se tem como ideal.

Indo além, o que se inferiu até aqui foi que cada uma dessas correntes filosóficas justificou -- ou ao menos explicou -- um modelo de Estado ou orientou a criação de um com base num conceito mais ou menos amplo, mais ou menos fecundo do direito de liberdade.

E, complementando a observação feita anteriormente, percebe-se que o conceito de liberdade[112] pregado por determinada corrente filosófica -- e, por conseguinte, os demais direitos que lhe são consectários -- foi ou não impregnado por um senso moral, podendo-se identificar como ápice da influência da moral o Estado de Justiça denominado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no qual, pretendendo-se subjugar as condutas do Estado à legalidade e à legitimidade, tem-se o conceito mais amplo de liberdade, que, no Brasil, passa a ser garantida por um extenso rol de direitos fundamentais[113].

---

gruppi, per dare loro la possibilità di partecipare attivamente ai vari settori di vita associata, in condizioni di libertà, di consapevolezza, di responsabilità." TROCKER, op.cit., nota 109, p. 111-112. Traduzindo livremente: "O objetivo realdo estado debem-estaré a capacitaçãode indivíduos e grupos, para dar-lhesa oportunidade de participarativamentenos vários camposda vida social, em condições de consciência, liberdade e responsabilidade.".

[112] Registre-se, por oportuno, que segundo Montesquieu o conceito de liberdade teve diversos significados ao longo da história, variável em conformidade com conceitos reinantes em dada sociedade, *verbis*: "Enfim, cada um chamou liberdade ao governo conforme a seus costumes ou a suas inclinações; e como numa república não se têm diante dos olhos, e de maneira tão presente, os instrumentos dos males dos quais se queixa, e como até as leis parecem falar mais e os executores da lei falar menos, ela é normalmente situada nas repúblicas e excluída das monarquias. Enfim, como nas democracias o povo parece mais ou menos fazer o que quer, citou-se a liberdade nestes tipos de governo e confundiu-se o poder do povo com a liberdade do povo". MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 165-166.

[113] Basta ver que o art. 5º das Constituição Federal de 1988 prevê nada mais, nada menos, que 78 (setenta e oito) direitos fundamentais, não incluídos aí os 34 (trinta e quatro), inseridos no rol de direitos sociais contidos no art. 7º da *Charta Magna*.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

> Deste modo, antes de se investigar sobre que tipo de jurisdição ou de processo se pretende para uma determinada sociedade, inevitável observar qual o perfil do Estado. Isso implica dizer que o direito, para além do simples texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição e que o juiz, para além de um funcionário público e do objetivo de resolução de um conflito intersubjetivo, é um agente de poder que, através da interpretação/hermenêutica da lei e do controle de constitucionalidade, faz valer os princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, exercendo, o Judiciário, papel de extrema importância para a consolidação dos valores inscritos na Constituição[114].

2.1 Introito

Os grandes eventos que assolaram a humanidade levaram a sociedade, pouco a pouco, a exigir dos Estados que os governa uma proteção cada vez maior contra os abusos perpetrados ao longo do tempo contra os direitos fundamentais do homem. A figura do Estado unitário, opressor, e no qual o homem tinha quase que exclusivamente obrigações foi paulatinamente substituída por um modelo em que o Estado não só prescreve genericamente os direitos, mas também possui a obrigação de zelar pela sua concreção.

Principalmente após a Segunda Grande Guerra, que teve como suas marcas maiores os regimes totalitários da Alemanha e da Itália, formados a partir de um Estado de Direito, de direito “positivo puro”, sobressaiu a preocupação com os direitos fundamentais, que resultou na edição da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), ao que se seguiu, também, a edição da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais(1950) e da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969).

---

[114] SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e o caso da ADI 3.510: do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, dezembro, n. 154, p. 270.

Nesse cenário do pós-guerra, então, praticamente não havia mais espaço para Estados exclusivamente de Direito, tendo em vista que o "positivismo puro" poderia legitimar regimes totalitários como os de Adolf Hitler e Benito Mussolini. A exigência, como estudado no capítulo precedente, passou a ser a de um Estado norteado por um ordenamento constitucional que zelasse pela efetiva garantia dos direitos fundamentais, a de um Estado jungido não só à legalidade, mas também à legitimidade.

Pois bem, o legislador constitucional de 1988 parece ter dado este salto de qualidade quanto ao Estado brasileiro. Em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 verifica-se a menção expressa à justiça, bem como a valores impregnados de conceitos morais, podendo-se destacar os arts. 1º, inciso III[115], 3º, inciso I[116], 4º, inciso II[117], dentre outros[118]. Não por outro motivo a vigente *Charta Magna* é comumente denominada de Constituição Cidadã. Mas, além disso, o Texto Maior promulgado após o fim da ditadura militar que assolou o Brasil também previu meios de assegurar a concreção dos direitos fundamentais garantidos no extenso rol descrito em seu art. 5º. Com efeito, dentre as garantias fundamentais do cidadão, está a de acesso à justiça, contida no inciso XXXV do aludido dispositivo legal, garantia esta que foi qualitativamente graduada após a edição da Emenda

---

[115] "Art. 1º. omissis
(...)
III – a dignidade da pessoa humana;"

[116] "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária;"

[117] "Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
(...)
II – prevalência dos direitos humanos;"

[118] Importante destacar, que o próprio preâmbulo do Texto Maior menciona a justiça como sendo um dos valores a serem assegurados pelo Estado brasileiro, *in verbis*: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

Constitucional n. 45/2004, que, inserindo o inciso LXXVIII no rol do art. 5º, "adjetivou" o acesso à justiça, impondo "a razoável duração do processo"[119].

Nesta nova modelagem de Estado surge, como decorrência, uma nova visão da função jurisdicional e, por conseguinte, de todos os institutos que são dela derivados[120] ou que com ela guardem relação[121], o que justifica a atenção dedicada à jurisdição constitucional dentro dessa nova modelagem de Estado proposta pela Constituição Federal de 1988[122], bem como para um dos princípios que lhe são correlatos, o devido processo legal[123].

---

[119] Não se pode olvidar, também, que além de garantir o amplo à cesso à justiça dos cidadãos, a Constituição Federal de 1988 disponibilizou diversos outros instrumentos processuais que visam a garantir a concreção de direitos fundamentais, dentre eles a Ação Popular (art. 5º, inciso, LXXIII), o Habeas Data (art. 5º, inciso LXXII) e o Mandado de Segurança (art. 5º, inciso LXIX).

[120] Esta observação foi feita por Mirjan R. Damaska: "El estudio de lãs afinidades entre los processos legales y las corrientes dominantes de la ideología política parecían especialmente prometedores. Se pensaba que después de todo los regímenes políticos se legitiman a través de La administración de justicia que establecen. Siguiendo esta veta, numerosos autores han sostenido que el diseño de los procedimientos es sensible a lãs variaciones particulares de La ideologia imperante, especialmente lãs oscilaciones entre individualista y colectivista, liberal autoritária, u outras posiciones con esse tipo de etiquetas. Em el processo civil, se ha argumentado, estas variaciones tienen um impacto directo cuanto al poder real de las partes privadas para dirigir el curso de los juicios, indublamente un tema importante em la elección de la forma de procedimiento." DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder Del Estado*. Tradução: Andrea Morales Vidal. Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000, p. 21-22. Na tradução livre: "O estudo das relações entre processosjudiciais e as correntes dominantes da ideologia políticaparecia especialmentepromissor. Pensou-se quetodos os regimes políticos eram legitimadas através dajustiçaque estabeleciam. Seguindoessa linha, numerosos autores argumentaram que o delineamento de procedimentos ésensível às variaçõesindividuais daideologia dominante, especialmente as oscilaçõesentreindividualista ecoletivistaliberal,autoritária,ououtrasposiçõescomtais rótulos. No Processo Civil, argumenta-se, essas mudanças têm impacto direto no que diz respeito ao poderreal das partes dirigirem o cursodos julgamentos, indubitavelmente uma questão importante naescolha da forma doprocedimento".

[121] Não se pode deixar de destacar, também, as palavras de Piero Calamandrei: "È agevole cogliere un certo parallelismo tra la disciplina del processo e il regime costituzionale in cui il processo si svolge. Si può avere, anche oggi, uno Stato assoluto ed autoritario, al quale corrisponde un processo di tipo totalitario, in cui il giudice può tutto e le parte sono trattate come cose; e se può avere in uno Stato liberale e democratico un processo che riproduce nella sua struttura, come nella goccia si rispecchia il cielo, la dialettica del liberalismo e della democrazia." CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. *In* Opere Giuridiche, 1965, v. 1 p. 681. Na tradução livre: "É fácil tomarum certo paralelismo entrea disciplina doprocessoeoregimeconstitucional no qualo processo ocorre. Você pode ter, ainda hoje, umestado absolutoe autoritário, o que corresponde a um processototalitário,em que otribunal podetudo e as partes são tratadas como coisas, ou você podeterem um Estato liberal e democrático um processoque reproduzem sua estrutura,como aqueda refleteo céu, a dialética do liberalismoe da democracia.".

[122] Sobre isso, muito bem destaca Cândido Rangel Dinamarco que "na determinação dos fins do Estado e (consequentemente) dos escopos da jurisdição é indispensável, por isso, ter em vista as necessidades e aspirações do seu povo, no tempo presente. Entra aí, dessa forma, o elemento cultural, a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de justiça e,

2.2 Jurisdição constitucional no Estado de Justiça

Literalmente, o vocábulo "jurisdição", originário do latim, pode ser entendido como "a ação de dizer o direito"[124]. Isto significa, numa abordagem inicial, que o exercício da jurisdição implica em dizer, no caso concreto posto à apreciação do órgão competente, o direito a ele aplicável[125]. Se, em priscas eras, os conflitos individuais eram solucionados mediante a autotutela, em que invariavelmente prevalecia a vontade do mais forte, esta solução foi paulatinamente sendo substituída, na medida em que a figura formal do Estado ganhou força e espaço na sociedade. Hoje, havendo um dissenso de vontades, vale dizer, não sendo possível obter a autocomposição de um litígio, recorre-se a um terceiro, o Estado-Juiz, que irá pronunciar a vontade da lei para solucionar o impasse. Esta visão de jurisdição como atuação da vontade concreta da lei é partilhada por Giuseppe Chiovenda ao assinalar o seguinte:

---

particularmente de justiça social." DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 156-157.

[123] José Herval Sampaio Júnior chama a atenção para a necessidade de se, diante da impregnação do direito processual pelos valores protegidos constitucionalmente e, por conseguinte, da mudança que isso acarretou em institutos que são a base da Teoria Geral do Processo, construir uma nova Teoria do Processo: "Além do mais o que verdadeiramente importa não é a forma de se ver e analisar essa indiscutível contaminação dos valores constitucionais em todos os ramos processuais, mas exatamente a sua observação por todos que lidam com o processo, pois como expusemos houve uma verdadeira revolução em todos os conceitos básicos, de modo que a trilogia ação, processo e jurisdição fora toda modificada, sendo indiscutivelmente necessário uma nova Teoria Geral do Processo, afastada das concepções científicas e formais e totalmente alinhada com os direitos e garantias fundamentais do cidadão e com o processo atrelado ao direito material". JÚNIOR, José Herval Sampaio. A influência da Constitucionalização do Direito no ramo processual: Neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 2, p. 451-452.

[124] SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 802.

[125] Ponha-se aqui, desde logo, a ressalva feita por Calamandrei, no sentido de que:"Do conceito de jurisdição não se pode dar uma definição absolutamente válida para todos os tempos e para todos os povos. Não só as formas externas, mediante as quais se desenvolve a administração da justiça, mas também os métodos lógicos de julgar têm um valor contingente que não pode ser determinado senão em relação a um determinado momento histórico. Hoje, nas principais legislações da Europa continental, o conteúdo da função jurisdicional somente pode ser entendido se relacionado com o sistema da legalidade; e o novo Código quer ser precisamente uma reafirmação da jurisdição como complemento e como instrumento da legalidade." CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas. Bookseller, 2003, v. 1, p. 102-103.

> A função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela. Objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes. A atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetivos: exame da norma como vontade abstrata de lei (questão de direito), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato)[126].

A par de ser possível traduzir o vocábulo "jurisdição" de modo simplista como sendo a função exercida pelo Estado-Juiz, e por meio da qual ele manifesta o direito a prevalecer no caso posto à apreciação[127], ou, no entender de Leonardo Greco, como a "função preponderantemente estatal, exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição na lide ou na proteção de interesses particulares"[128], não se pode

---

[126] CHIOVENDA, Giuseppe*Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução: Paolo Capitano. Campinas: Editora Bookseller, 1998, v. 1, p. 59-60. Utiliza-se esta definição apenas como ponto de partida do raciocínio, sem olvidar, por exemplo, o conceito de Piero Calamandrei, para quem "esta posterior ação do Estado, destinada a pôr em prática a coação prevista e a tornar efetiva a assistência prometida pelas leis, é a jurisdição", surgindo ela, portanto, "como a necessária continuação da legislação, como o indispensável complemento prático do sistema da legalidade.*"* CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. 1, p. 114; José Frederico Marques, segundo o qual a jurisdição civil é "a função estatal, exercida no processo, por órgão da justiça ordinária, mediante propositura da ação, a fim de compor um litígio não-penal", sendo certo que a referência à jurisdição civil é apenas um meio de se diferenciar a jurisdição penal, ambas espécies do mesmo gênero "jurisdição ordinária". MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 108; e o de Francesco Carnelutti, que defende a tese de que "a função jurisdicional não pode distinguir-se da finalidade da (justa) composição da lide". Este trecho foi traduzido livremente a partir do original: "la función procesal no puede distinguirse de la finalidade de la (justa) composición de la litis". CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Decrecho Procesal*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1952, v. II, p. 5.

[127] Estefânia Maria de Queiroz Barboza relaciona esta visão da jurisdição com a figura do Estado Liberal, *in verbis*: "É nesse panorama histórico que se deve visualizar o papel do Poder Judiciário, enquanto intérprete das normas constitucionais, cujos pilares da neutralidade e imparcialidade eram compatíveis com o Estado Constitucional Liberal, mesmo porque o Estado não tinha papel ativo na sociedade, apenas intervinha para garantia dos direitos dos cidadãos, quando estes fossem violados, sendo que quem representava a vontade do povo era o Poder Legislativo, que não podia de nenhuma forma ter seu exercício limitado pelo Poder Judiciário.
Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o apego do Estado Liberal à lei como fonte única do direito e, portanto, reforçando a ideia de que o ato jurisdicional nada mais era do que o processo de subsunção do fato à norma, fez com que o juiz neutralizasse para o "jogo dos interesses concretos na formação legislativa do direito". Dessa forma, não importava ao Judiciário se os interesses da sociedade eram atendidos ou não por suas decisões, o que interessava era que se aplicasse a lei, de forma mecânica, ao caso concreto. Nessa concepção, a jurisdição não era vista como um ato decorrente e aplicador da justiça, mas apenas, aplicador da lei." BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p. 139.

[128] O autor prossegue afirmando que "a jurisdição nasceu historicamente para resolver litígios. O surgimento de conflitos entre os indivíduos remonta às mais primitivas organizações sociais.

descuidar que se está a viver dentro de um modelo de Estado que é democrático de direito. Aliás, vive-se, é bom rememorar, sob a égide de uma ordem constitucional que intenta alcançar um Estado de Justiça. Assim, mais do que a função de dizer o direito aplicável ao caso concreto, a principal função da jurisdição passou a ser a de verdadeiramente pacificar os conflitos individuais, de estabelecer a paz social[129]. Comungam de tal entendimento Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco[130], *verbis*:

> A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.
> (...)
> E hoje, prevalecendo as ideias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum, e quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça[131].

Assim, a maior parte da atividade jurisdicional está voltada para a resolução de litígios; compor a lide significa resolvê-la, solucioná-la. Contudo, a jurisdição deve atuar para a justa composição da lide, ou seja, compor a lide de acordo com o direito, porque esse é que estabelece as regras de comportamento vigente numa sociedade, recomendando a sua observância a todos os cidadãos. Logo, a justa composição da lide é a solução do conflito de interesses pela aplicação do direito, de acordo com as regras de comportamento que todos devem observar. Assim, não satisfaz qualquer composição da lide, mas apenas aquela que se dê em conformidade com o direito." GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v I, p.65; 72.

[129] Mirjan Damaska também cuida da relação entre o papel desenvolvido pelo Estado em determinada sociedade e o tipo de processo que se tem. DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder Del Estado*. Tradução: Andrea Morales Vidal. Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000, p. 25.

[130] CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 32.

[131] Na mesma obra, Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco fazem referência a 3 (três) escopos perseguidos pelo Estado no exercício da jurisdição: "A doutrina processual moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) educação para o exercícios dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos); c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico)." CINTRA, Antonio

Pois bem, na busca pela realização da pacificação social, a jurisdição é a um só tempo poder, função e atividade. Ela é poder na medida em que implica na manifestação soberana, imperativa da vontade estatal, seja no momento da manifestação da decisão, seja mesmo quando de sua efetiva imposição. Ela também é função ao representar a incumbência de os órgãos do Estado atuar no sentido de pacificar os conflitos. E, por fim, é atividade se se considerar o feixe de atos praticados pelo magistrado na condução do processo[132].

Ao encarar qualquer dessas 3 (três) facetas da jurisdição, vê-se que há sempre a obrigatoriedade de o operador do direito, *in casu*, o magistrado, buscar exercê-la em conformidade com a modelagem proposta para esse moderno modelo de Estado[133], que, repita-se uma vez mais, almeja ser um Estado de Justiça[134]. Nesse sentido, e atentando para a observação de Mauro

---

Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 33.

[132] Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, que muito bem expõem essas 3 (três) funções da jurisdição, elas somente se legitimam quando atuam dentro do contexto de um processo corretamente estruturado, e que, ao cabo, representa o devido processo legal, senão vejamos: "O poder a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)." CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 155.

[133] Nos dizeres de Jânia Maria Lopes Saldanha e Angela Araújo da Silveira Espindola:"Uma nova forma de atuar o direito exige uma nova forma de atuar (e compreender) a jurisdição e novas atitudes dos juristas. Assim, a passagem do Estado absoluto para o Estado liberal, com a formação de um Estado de Direito, significou não só uma profunda alteração na roupagem do Estado, mas também implicou transformações nas concepções de direito e de jurisdição. A matriz individualista precisa ceder ante as exigências de solidariedade e democracia participativa e a atuação jurisdicional não pode manter-se alheia a esse novo palco." SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e o caso 510: da ADI 3. do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, dezembro, n. 154, p. 281-282.

[134] Não se desconhece a infindável discussão jusfilosófica acerca do conceito de "justiça". E não se pretende aqui, por não ser este o escopo do presente estudo, elaborar, em parcas linhas, um conceito para algo de inigualável fluidez. De outro lado, parece ser possível chegar a um consenso sobre aquilo que não é justo ou não está em conformidade com o ideal de justiça. E, por consequência, vale dizer, por exclusão, talvez algumas situações específicas possam ser identificadas com tal ideal. Ao meu sentir, uma delas é aquela delineada por Humberto Theodoro Junior, para quem a justiça pode ser entendida como "a convivência social desenvolvida na mais ampla observância dos princípios e garantias ditados pela Constituição." JUNIOR, Humberto Theodoro. Direito Processual Constitucional. In: *Revista Trabalhista*: Direito e Processo. São Paulo: Editora LTr, 2008, n. 27 p. 35. Em semelhante raciocínio, Cândido Rangel Dinamarco diz que o "escopo-síntese da jurisdição no plano social, pode-se então indicar a justiça, que é afinal expressão do próprio bem comum, no sentido de que não se

Cappelletti de que a materialização da atividade jurisdicional, sendo decorrente de uma atividade interpretativa, acaba por resultar na criação de um direito novo[135], não se pode mais admitir a antiga figura do juiz *bouche de la loi* (o juiz boca da lei), aquele que se limita a aplicar a lei tal qual ela se encontra posta no ordenamento jurídico positivo[136]. É absolutamente imprescindível, nesta conjuntura, que o juiz exerça o seu mister preocupado efetivamente em pacificar o conflito social posto à apreciação, ainda que tal tarefa demande dele um esforço maior na interpretação do direito positivo em conformidade com os valores que norteiam uma determinada sociedade num determinado momento histórico. Como bem alerta Luiz Guilherme Marinoni:

> Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico[137].

E, para a consecução dessa finalidade, por óbvio que não pode o juiz fundar-se em quaisquer valores reinantes na sociedade. Seu dever é preconizar pela preponderância dos valores eleitos pelo legislador como sendo aqueles representativos dos interesses da sociedade, e que foram propositalmente inseridos no texto da Constituição[138]. Isto é, o juiz há de se

---

concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade." DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 156.

[135] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31.

[136] Nesse mesmo sentido, Rodolfo Luis Vigo afirma: "No modelo dogmático, o juiz ocupava um papel social decididamente sem transcendência, pois a capacidade transformadora ou configuradora social competia ao legislador, enquanto o juiz ascética e dogmaticamente repetiria a norma geral no caso. Em nossos dias, nas sociedades pertencentes ao modelo jurídico continental, como, por exemplo, a Argentina, comprova-se um protagonismo notável do intérprete jurídico oficial: o juiz."VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62.

[137] MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*. In: Luiz Guilherme Marinoni. *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 65.

[138] Mesmo considerando que, segundo Eduardo Couture, "o intérprete é um intermediário entre o texto e a realidade" COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 201). Ressalta-se que não se está a tratar de qualquer realidade. Em nosso país, tal realidade somente pode ser a de uma Estado de Justiça. Assim,

basear nos princípios que dão norte ao próprio Estado (igualdade, justiça e etc.), bem como naqueles valores que, uma vez implantados no âmago do Texto Maior, ganharam "vida própria" e se transformaram em direitos fundamentais. Mais uma vez elucidativas são as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

> O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar do dever também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto. (...)
> O direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto. (...)
> O juiz tem o dever de encontrar na legislação processual o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso deve interpretar a regra processual de acordo, tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e suprir a omissão legal que, ao inviabilizar a tutela das necessidades concretas, impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional[139].

No mesmo diapasão a opinião de Owen Fiss ao asseverar que:

> A função do juiz não é falar pela minoria ou aumentar sua expressividade, mas dotar os valores constitucionais de significado, o que é feito por meio do trabalho com o texto constitucional, história e ideais sociais. Ele procura o que é verdadeiro, correto ou justo, não se tornando um participante nos interesses das políticas de grupo[140].

---

estamos com Dhenis Cruz Madeira, ao atestar que "nesse pano de fundo paradigmático, não se pode admitir a interpretação solitária de uma autoridade supostamente sábia e justa, haja vista que o resultado dessa atividade interpretativa (o provimento) deve ser fruto de uma processualidade dialógica constitucionalizada" MADEIRA, Dhenis Cruz. *Teoria do Processo e Discurso Normativo*: Digressões Democráticas. In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 2, p. 150.

[139] MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 65.

[140] FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 36.

Sob essa nova ótica, em que a jurisdição não se limita exclusivamente a solucionar uma determinada controvérsia, mas busca implementar os valores insertos no Texto Constitucional, ressaltam Jânia Maria Lopes Saldanha e Angela Araújo da Silveira Espindola[141] que isso significa:

> Refutar o modelo do normativismo-legalista, bem como o modelo do funcionalismo jurídico, em nome de uma perspectiva polarizada no homem-pessoa, sujeito da prática emblemática-judicanda e assumindo como a reafirmação/recuperação do sentido da prática jurídica como iuris-prudentia. Daí, falar-se da importância do papel e da atuação do juiz para a concretização dos valores constitucionais[142].

O que se dessume do que foi dito anteriormente, portanto, é que hodiernamente a Constituição, enquanto norma fundamental de convivência harmoniosa da coletividade precisa cumprir 3 (três) missões. A primeira é a de servir como instrumento de integração, promovendo a unidade política do respectivo Estado, inclusive assegurando um ordenamento jurídico que seja apto a solucionar os conflitos surgidos em seu interior. A segunda função se consubstancia na organização dos órgãos estatais, regulando a atuação dos mesmos de acordo com os fundamentos utilizados para criar a unidade política. Já a terceira missão é a de direção jurídica, que se presta a dotar os direitos fundamentais de efetividade[143]. Ao assumir todos estes papéis, a Constituição não é mais apenas a norma jurídica primária que conduz a formação e o desenvolvimento das atividades do Estado. Ela é também a norma fundamental na qual se encontram os ditames para a formação e o desenvolvimento da

---

[141] SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e o caso da ADI 3.510: do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, dezembro, n. 154, p. 272.

[142] No mesmo sentido, a lição de Piero Clamandrei, *verbis*: “Ma, a parte questa non ancor rimediata sperequazione tra la parte povere e la parte ricca è certo che oggi il sistema del moderno processo civile a tipo dispositivo è inspirato in ogni suo più minuto congegno al rispetto e alla protezione della personalità umana.” CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. in Opere Giuridiche, 1965, v. 1, p. 699). Traduzindo livremente: “Mas, além de não estar mesmo remediada a desigualdadeentre pobres ericos écerto quehoje o sistemado julgamentocivil modernonotipo de dispositivoé inspiradoem cadaminúsculodispositivo parao respeitoe proteçãoda personalidade humana.”

[143] JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

sociedade[144] inserida dentro de um Estado, sendo por tal razão considerada como uma Constituição Dirigente[145].

Nesta espécie de Constituição (Constituição Dirigente), sobressaem os direitos fundamentais, posto que passam a ser diretamente aplicáveis. Os direitos fundamentais expressados no Texto Constitucional não se apresentam mais como belas molduras sem uma pintura a adornar. Não se pode mais compreendê-los como enunciados vazios de conteúdo. São eles – ou ao menos devem ser – dotados de conteúdo e impositividade. Todavia, vale o alerta feito por Nelson Nery Junior de que isto "não significava nem significa que as normas consagradoras de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação operada sobretudo através da lei"[146].

Mas, para além do desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada, destacam-se no constitucionalismo contemporâneo, a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica,

---

[144] Em reforço da ideia transmitida por Marinoni, traz-se à colação o escólio de Nicolò Trocker: "Le posizione si capovolgono: non più diritti di libertà nella misura delle leggi, ma legge nella misura dei diritti di libertà: o più in generali, non più legalità della Constituzione, bensì constituzionalità delle leggi." TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione.* Milano: Giuffrè, 1974, p. 126. Na tradução livre: "A posiçãoé invertida:não hámais direitosde liberdadesnamedida da lei, mas lei na medida do direito de liberdade: ou mais, em geral, a legalidade não mais da Constituição, mas sim a constitucionalidadedas leis."

[145] Na opinião de Nelson Nery Junior, "o dirigismo constitucional significa, isto sim, que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundante das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais." JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39). Não se deixe, contudo, de registrar que, apontando algumas "incertezas epistémicas" desse tipo de texto constitucional, dentre elas a associação com a ideologia social-comunista, o constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho afirma que este texto programático acaba resultando na ineficácia dos direitos nele previstos, razão pela qual, em sua opinião: "A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças, aí, está de novo nos "quatro contratos globais". Referimo-nos ao contrato para as "necessidades globais" – remover as desigualdades -, o contrato cultural – tolerância e diálogo das culturas -, contrato democrático – democracia como governo global -, e contratos do planeta terra – desenvolvimento sustentado. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção.". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever a Constituição Dirigente ou Romper com a Constituição Dirigente*? Defesa de um Constitucionalismo moralmente reflexivo". *In* Brancosos e Interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 128-129.

[146] JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

bem como a formação de uma nova hermenêutica constitucional[147]. Constata-se, dessa forma, uma superação de concepções puramente juspositivistas que, supervalorizando as regras jurídicas, negavam a normatividade dos princípios. Claus Wilhem Canaris[148] chega mesmo a definir o sistema jurídico como "ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais"[149]/[150], enumerando duas tarefas que o mesmo deve buscar cumprir, quais sejam, a de compor o conteúdo teleológico de uma norma e o de implementar os valores protegidos pelo sistema[151].

Nesse contexto, com a reforma operada no campo da teoria do Direito, onde é possível apontar como um de seus importantes marcos o desenvolvimento do pós-positivismo[152], valiosa é a contribuição dada pelas

---

[147] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, n. 44, p. 21.

[148] CANARIS, Claus Wilhelm*. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: Antônio Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 77.

[149] Isso significa, para Canaris, que "na descoberta do sistema teleológico não se pode ficar pelas 'decisões de conflitos' e dos valores singulares, antes se devendo avançar até os valores fundamentais mais profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar por detrás da lei e da ratio legis, ratio iuris determinante. Só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão 'orgânica' e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica, no sentido acima caracterizado, se torna perceptível." CANARIS, op. cit., nota 147, p. 77.

[150] São elas*:* "os princípios não valem sem excepção e podem entrar em oposição ou em contradição; eles não têm pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valorações singulares, com conteúdo material próprio." CANARIS, op. cit., nota 147, p. 89.

[151] Para ele, o sistema "contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, porquanto mostra as inconsequências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas." CANARIS, op. cit., nota 147, p. 283.

[152] Na lição de Luiz Guilherme Mariononi: "A compreensão da lei a partir da Constituição expressa uma nova feição do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou de pós-positivismo, não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei." MARINONI, Luiz GuilhermeA Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.

obras de Ronald Dowrkin[153] e Robert Alexy[154], que, afirmando que os princípios fazem parte do direito vigente, estabelecem critérios de distinção entre estes e as regras[155].

Sem adentrar nas minúcias das teses desenvolvidas por cada um dos jusfilósofos, por escapar ao tema central do presente estudo, pode-se dizer, resumidamente, que para Dworkin as regras seguem o jogo do “tudo ou nada”, ou se aplicam na situação fática apresentada, ou não. Os princípios colidentes, ao contrário, não se excluem, existindo, tão somente, um afastamento de um deles do caso concreto por falta de adequação, prevalecendo assim o de maior peso. O autor ainda diferencia os princípios das diretrizes (*policy*). As *policies* são objetivos a serem perseguidos, cuja finalidade é alcançar o bem coletivo por meio de objetivos sociais, políticos ou econômicos, enquanto os princípios abrangem exigências de justiça ou de dimensões voltadas ao direito individual. Salienta, porém, que tal diferenciação nem sempre é nítida[156], pois princípio e diretriz podem, por vezes, se confundir em razão da existência de uma zona de interseção entre ambos[157]. A teoria apresentada por Dworkin, além de trazer a

---

[153] DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

[154] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87.

[155] Não há como deixar de mencionar a contribuição dada por Claus-Wilhelm Canaris na distinção entre princípios e regras. Para o referido doutrinador, em linhas mestras, os princípios possuem "*conteúdo axiológico explícito*" e necessitam de regras para serem concretizados, além de serem precedidos de "*processo dialético de complementação e limitação*".CANARIS, Claus Wilhelm.*Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução: Antônio Menezes Cordeiro. 4. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

[156] Claus Wilhem Canaris realça a questão de que “a passagem do valor para o princípio é extraordinariamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: ao contrário deste, ele já compreende a bipartição,característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica. Assim, por exemplo, por detrás do princípio da auto-determinação negocial, está o valor da liberdade; mas enquanto este só por si, ainda não compreende qualquer indicação sobre as consequências jurídicas daí derivadas, aquele já exprime algo de relativamente concreto, e designadamente que a proteção da liberdade é garantida através da legitimidade, conferida a cada um, para a regulação autônoma e privada das suas relações com os outros. O princípio ocupa pois, justamente, o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro; ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração.”. CANARIS, op. cit., nota 154, p. 86-87.

[157] “The difference between legal principles and legal rules is a logical distiction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but

noção de princípios, regras e diretrizes, propondo uma nova compreensão do direito capaz de solucionar casos difíceis a partir do paradigma tríplice, também formula a concepção do “Juiz Hércules”. Este consistiria na figura de um

---

they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or ir is not, in which case it contributes nothing to the decision (….). The first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is. Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being functionally important or unimportant (the baseball rule that three strikes are out is more important than the rule that runners may advance on a balk, because the game would be much more changed with the first rule altered than the second). In this sense, one legal rule may be more important than another because it has a greater or more important role in regulating behavior. But we cannot say that one rule is more important than another within the system of rules, so that when two rules conflict one supercedes the other by virtue of its greater weight. If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule. The decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond the rules themselves. A legal system might regulate such conflicts by other rules, which prefer the rule enacted by the higher authority, or the rule enacted later, or the more specific rule, or something of that sort. A legal system may also prefer the rule supported by the more important principles (Our own legal system uses both of these techniques)” DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24, 26-27. Na tradução livre: “A diferença entre princípios jurídicos e normas legais é uma distinção lógica. Ambos os conjuntos de regras levam a decisões sobre uma obrigação legal em certas circunstâncias, mas eles diferem na direção dada para tais decisões. Regras aplicam-se em uma forma de tudo-ou-nada. Se os fatos sobre os quais a regra dispõe ocorrem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta por ela concedida deve ser aceita, ou não é, caso em que a regra não contribui em nada para a decisão. (...) A primeira diferença entre regras e princípios leva a outra. Princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem - a dimensão de peso ou importância. Quando princípios levam ao embate entre a política de proteger consumidores de automóveis e os princípios de liberdade de contrato, por exemplo, quem deve resolver o conflito tem que levar em conta o peso relativo de cada princípio. Isto não pode ser, é claro, uma medida exata, e o juízo de que certo princípio ou política é mais importante do que o outro será muitas vezes controverso. Entretanto, é parte integrante do conceito de princípio que este tenha tal dimensão, que faça sentido perguntar o quão importante ou relevante é o princípio. Regras não possuem essa dimensão. Podemos falar de regras como sendo funcionalmente importantes ou não (a regra de beisebol de que três erros retiram o batedor de campo é mais importante do que a regra de que os batedores podem avançar para a próxima base em caso de ato irregular do arremessador, uma vez que o jogo seria alterado mais significativamente caso fosse modificada a primeira regra do que a segunda). Neste sentido, uma norma legal pode ser mais importante do que outra, porquanto possui um papel maior ou mais importante na regulação de comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra dentro do sistema de regras, com uma regra se sobrepondo a outra em um conflito em virtude do maior peso de uma delas. Se há conflito entre duas regras, uma delas não pode ser uma regra válida. A decisão entre qual regra é válida e qual deve ser afastada ou reformulada deve ser feita pelo apelo a considerações que vão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos por outras regras, que darão primazia à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada posteriormente, à regra mais específica, ou algo desse tipo. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que se apoia nos princípios mais importantes (nosso sistema legal usa ambas essas técnicas)”.

superjuiz com habilidades sobre-humanas, que “toma os direitos a sério como uma questão de princípio no império do direito”[158].

A teoria proposta por Robert Alexy, por sua vez, apesar de se aproximar da de Dworkin, na tentativa de descrever critérios capazes de distinguir princípios e normas, inova ao enfatizar o papel da argumentação jurídica, apresentando a lei de ponderação como solução para a colisão de princípios. Guiando-se por esta lei, os princípios, classificados por ele como “*mandatos de otimização”*, devem ser aplicados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes[159]. A referida técnica de ponderação é empregada hoje na verificação do peso dos princípios que estão em colisão no caso concreto para que, posteriormente, utilizando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o magistrado possa viabilizar a solução da lide de maneira a atender as finalidades precípuas de Justiça e de evitar o sacrifício total de um direito[160]. Busca-se, dessa forma, como bem salientado

---

[158] “You will now see why I called our judge Hercules. He must construct a scheme of abstract and concrete principles that provides a coherent justification for all common law precedents and, so far as these are to be justified on principle, constitutional and statutory provisions as well.” DWORKIN. Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.116-117. Traduzindo livremente: “Você vai ver agoraporque eu chameio nosso juizHércules.Ele deveconstruir um esquemade princípios abstratose concretos quefornece uma justificativacoerente paratodos os precedentesda common lawe, na medida em queestes estão a serjustificadas porprincípio, as disposições constitucionais e legais também são.”

[159] “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibildiades reales sino también de las jurídicas. El âmbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87. Na tradução livre: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente graus, e a medida de seu cumprimento não depende só das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O escopo doâmbito jurídicoé determinado pelosprincípios e regrasopostos. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então, é obrigatório fazer exatamente o que ela determina, nem mais nem menos. Portanto, as regras contém determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre as regras e princípios é qualitativa e não de graus. Toda norma é ou bem uma regra ou bem um princípio.”

[160] A teoria constitucional defendida por Konrad Hesse, ao dispor que na técnica de

por Eduardo Cambi[161], “soluções ajustadas às pretensões sociais legítimas, que sejam, ao mesmo tempo, vinculantes e flexíveis”. E, por tal caminho, “é possível ajustar a Lei Fundamental às circunstâncias do caso concreto, permitindo solucionar as complexas colisões entre direitos fundamentais, e, assim, levar a sério a Constituição”.

Nessa esteira, a partir da inclusão dos princípios como núcleo básico do direito vigente, surge a crescente exigência de uma ativa intervenção dos juristas com vistas a concretizar o sentido de enunciados jurídicos abertos, dado o caráter abstrato dos mesmos. Claus Wilhem Canaris ressalta que a tarefa interpretativa terá o mérito de evitar contradição entre valores protegidos pelo sistema[162], além de permitir a complementação de lacunas eventualmente existentes[163]. Constata-se que as inovações ocorridas no bojo da dogmática constitucional contribuíram para a formação de uma pluralidade ainda maior de soluções para as controvérsias[164], uma vez que o enquadramento de uma

---

“ponderação de bens” deve haver uma coordenação que busque sacrificar o mínimo possível um ou outro princípio colidente, sustenta que: “A tarefa da concordância prática requer a coordenação ‘proporcional’ de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos: na interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal trata-se de deixar ambos chegar à eficácia ótima. Como os direitos fundamentais, também na medida em que eles estão sob reserva legal, pertencem às partes integrantes essenciais da ordem constitucional, essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada em uma forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade. A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.”. HESSE, Konrad.*Elementos de Direito Constitucionalda República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SérgioFabris,1998, p. 255-256.

[161] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos *Barbosa Moreira.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 670–671.

[162] Sobre a possibilidade de interpretação sistemática, aduz que: “podem-se evitar contradições de valores com recurso à interpretação sistemática na medida em que se interprete o teor de diferentes preceitos em conformidade com o sistema, isto é, de modo unitário.”. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: Antônio Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 209-210.

[163] Na complementação das lacunas, “se devem utilizar os processos tradicionais, tais como a analogia, o argumentum a fortiori e a redução teleológica que nada mais traduzem do que exteriorizações metodológicas do princípio da igualdade” CANARIS, op. cit., nota 161, p. 211.

[164] Nesse sentido, Rodolfo Luis Vigo sutenta que “sem dúvida, ao superar o essencialismo verbal, incrementaram-se as ofertas de resultados interpretativos, segundo possibilita o próprio texto da norma, colocando em dúvida a crença dogmática de que somente um resultado interpretativo deriva validamente da norma.” VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*: do

situação na hipótese prescrita na regra envolve uma interpretação da mesma em conformidade não só com a letra fria da lei, como também com os princípios e o ordenamento jurídico como um todo. Quanto à busca da melhor solução possível, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira disserta que:

> Ademais, não trata propriamente de procurar uma única resposta correta, que sirva para todas as hipóteses. Até porque com a nova teoria das normas, com a relevância atual dos direitos fundamentais e das normas de princípio, em face da presença cada vez maior no desenho legislativo de conceitos jurídicos indeterminados, sem falar nas autorizações legais para a formulação de juízos de equidade, em muitos casos haverá uma maior margem de discricionariedade, uma indeterminação mais acentuada do direito.
> Essas considerações mostram bem que o momento atual aponta a um novo caminho: deve ser reconhecido igualmente o papel normativo, constitutivo, da decisão judicial, que opera mediante franca outorga de sentido a proposições textuais e elementos não textuais da ordem jurídica pelo processo. Em outras palavras, o juiz, empregando o texto legislativo e os fatos, é que produz a norma concreta aplicável ao caso[165].

Como consequência, surge a necessidade de adoção de procedimentos complexos de hermenêutica jurídica que possibilitem a concreção das normas. Nessa linha, é de toda oportuna a menção aos princípios norteadores da interpretação constitucional, quais sejam, o da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição, da máxima efetividade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da interpretação conforme a Constituição[166], bem como às técnicas de ponderação e de interpretações construtiva e sistemática.

Ganha relevo ainda, como um dos pilares do “novo” constitucionalismo, o dever de argumentação[167] como meio de conter conclusões arbitrárias por

---

modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.

[165] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro.Escopo Jurídico do Processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, janeiro, ano 37, v. 203, p. 316

[166] Ver, a respeito da listagem dos princípios de interpretação constitucional, a lição de José Gomes Canotilho. CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 226-230.

[167] Rodolfo Luis Vigo, sobre a necessidade de o juiz expor razões e argumentos que permitem respaldar e fundar a conclusão a que se chegou, afirma: “Com efeito, o intérprete não só procura elucidar a verdade jurídica, senão também deve mostrar as razões e argumentos que permitem sustentá-la na controvérsia e, ainda, persuadir o destinatário de que é mais justa e razoável.” VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*: do modelo juspositivista-legalista do

parte do intérprete. Há, assim, a obrigação de fundamentação da decisão[168], principalmente das que envolvem maior liberdade de investigação criativa do juiz de modo a vislumbrar qual foi a atividade crítica realizada na ponderação das normas e princípios em jogo, dada a infinidade de possibilidades.

Ademais, os princípios constitucionais trazem a visão essencial do direito, reveladora de princípios comuns a todos os ramos. Diante disso, duas conclusões podem ser inferidas. A primeira é a de que se a Constituição é a norma matriz, isso significa que todos os demais ramos do direito[169], inclusive o direito processual, a ela se vinculam. De acordo com expressão utilizada pela doutrina que se debruça sobre o estudo do direito processual constitucional, "se o ordenamento jurídico fosse uma árvore, o direito constitucional seria o tronco e o processo civil seria um ramo ou galho dessa árvore"[170]. Já a segunda é a de que a legislação infraconstitucional processual deverá ser formatada de modo a garantir a concreção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, sem, contudo, tomar algum desvio que possa desnaturar as diretrizes do sistema.

Dito isto, conclui-se, modernamente, que a:

> (...) jurisdição constitucional é a função exercida para a proteção e para a manutenção da supremacia constitucional. A tutela é dirigida

---

século XIX às nossas perspectivas. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.116.

[168] Sobre o tema, Luis Roberto Barroso aduz a argumentação jurídica como meio de controle da racionalidade das decisões proferidas: "Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua intepretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii)utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos." BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, n. 44, p. 27.

[169] Nelson Nery Junior é taxativo sobre isso: "Daí a razão pela qual todos os ramos do direito, notadamente o do direito processual, vinculam-se à Constituição, de sorte que é a Carta Política que fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro." JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

[170] PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1, p. 162.

> fundamentalmente contra as ações consideradas como contrárias à Constituição e que se qualificam como inconstitucionais[171].

Nesta jurisdição, tem lugar, inclusive, a criatividade do juiz, desde que direcionada à concreção dos valores protegidos constitucionalmente. Vale aqui destacar as palavras de Fabio Vieira Heerdt a respeito da atividade do juiz nessa nova visão da jurisdição constitucional:

> O juiz do Século XXI, deve priorizar a desenvolver uma visão focada sempre nos princípios e normas constitucionais, criando e utilizando instrumentos processuais inovadores e eficazes, que o levarão a entregar a prestação jurisdicional da forma mais célere possível, com o máximo de eficiência[172].

A visão da jurisdição constitucional moderna, especialmente o poder -- talvez fosse melhor dizer dever -- de criação do magistrado[173], faz com que Nelson Nery Junior defenda interessante ponto de vista sobre a legitimidade para propositura de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

Prevista no art. 102, §1º, da Constituição Federal[174], a ADPF foi regulamentada pela Lei n. 9.882/99, que em seu art. 2º declina o rol de

---

[171] BARACHO, José de Alfredo. *Direito Processual Constitucional* – Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, p. 50.

[172] HEERDT, Fábio Vieira. Processo Civil no Limiar do Século XXI – A Nova Visão do juiz constitucional. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio de Grande do Sul – ASJURIS*. Rio Grande do Sul: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2009, março, n. 113, p. 191.

[173] Nesse diapasão, veja-se as palavras de Nicolò Trocker: "In tal modo si viene a riconoscere ai giudici un potere di integrazione creatice che si esplica secundum constitutionem e si dirige contra legem; vale a dire, i giudici sono chiamati a sostituirsi all'inerzia degli organi legislativi per adeguare la legislazione vigente in una determinata materia al precetto costituzionale rimasto ineseguito, o addirittura per creare ex novo una determinata disciplina normativa." TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. Na tradução livre: "Deste modo,é de reconhecer que os juizes têmum podercriador deintegraçãoque se expressa secundum constitutionemevai contra alei,isto é, os juízes são chamados asubstituira inérciados órgãos legislativospara adaptar a legislaçãoexistenteem um determinado assuntoà ordem constitucional não executada, ou mesmo para criardo zeroum quadroregulamentar específico."
A respeito desse dever de integração do magistrado, destaque-se o entendimento de Owen Fiss, para quem esta atividade interpretativa representa "o processo pelo qual um juiz vem a compreender e expressar o significado de um texto normativo dotado de autoridade e os valroes incorporados nesse texto." FISS, Owen. *Um novo Processo Civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 272.

[174] "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)

legitimados para a sua propositura e o restringe àqueles autorizados a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade[175]. Isto porque, quando submetido à sanção presidencial, o inciso II, que permitia a qualquer interessado ajuizar a ADPF, foi vetado pelo então Presidente da República[176]. Mesmo diante do veto aposto ao dispositivo que permitia a qualquer interessado manejar a ADPF, entende o citado jurista que é possível a utilização desse instrumento processual. Em sua opinião, o art. 2º da Lei n. 9.882/99 está eivado de vício de inconstitucionalidade, uma vez que estaria em desacordo com a razão de ser do instituto. Com efeito, sustenta que, se a ADPF foi instituída com o objetivo de "proteção não só de direito objetivo, mas de direito subjetivo constitucional fundamental"[177], as razões deduzidas no veto presidencial, que restringem o acesso ao Supremo Tribunal Federal, somente fariam sentido caso a ADPF

---

§1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei."

[175] "Art. 2º. Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:
I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade."

[176] As razões do veto presidencial foram as seguintes: "A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm> Acesso em 02-05-2012.

[177] JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

fosse um instrumento hábil, apenas e tão-somente, à defesa de direitos objetivos. Se o próprio instrumento é direcionado à defesa de direitos subjetivos -- de larga importância, tanto que protegidos como garantias fundamentais na Constituição Federal --, é incongruente vedar o acesso daquele que teve direito fundamental seu violado[178].

Com base nesse fundamento, afirma que a decisão singular proferida pelo Min. Carlos Velloso na ADPF n. 11/SP[179], ao não reconhecer a legitimidade de qualquer interessado para ajuizar Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental[180] pôs-se em "desacordo com o sistema constitucional brasileiro"[181]. Arremata ele, que somente a posição diametralmente oposta é que seria capaz de fazer prevalecer *"a mens legis* sobre a *mens legislatoris,* e quem ganha com isso é a cidadania brasileira"[182]. Pelo excerto extraído da obra de Nelson Nery Junior, não é difícil presumir que no seu entendimento o julgamento da ADPF n. 11/SP seria uma oportunidade para que o juiz levasse a efeito seu poder/dever de criação para conformar a legislação ordinária com os valores protegidos pela Constituição.

---

[178] Neste particular, vale ressaltar, por pertinência ao que foi dito, a opinião de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira sobre o papel da jurisdição constitucional, que é o de "garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos". OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de.Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição *e do Processo Constitucional a partir do caso brasileiro*. In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora Podivm, 2010, Segunda Série, p. 633.

[179] SP – São Paulo. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Agravo Regimental na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 11/SP. Relator (a): Ministro Sydney Sanches. Julgamento: 18/11/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347922>. Acesso em 27-07-2012.

[180] Nesse mesmo sentido: RS – Porto Alegre. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Agravo Regimental na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 226. Relator (a): Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 09/06/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1263862>. Acesso em 10-05-2013; SP – São Paulo. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Agravo Regimental na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 148. Relator (a):. Ministro Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008.Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573623>. Acesso em 10-05-2013.

[181] JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

[182] JUNIOR, op. cit., nota 180, p. 43.

É aqui, segundo Nelson Nery Junior, que deveria prevalecer o entendimento manifestado por Flávio Luís de Oliveira[183], no sentido de que a Constituição de um Estado Democrático de Direito -- ou, no caso brasileiro, de um Estado de Justiça -- tem como meta emprestar efetividade aos valores nela consagrados. Diante disso, sustenta que:

> O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade, visto dever ele transcender as funções de check and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maioria eventuais[184].

Seguindo esta mesma trilha, adverte Luís Roberto Barroso[185] que para superar as questões difíceis "ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas", já que, prossegue ele, "o Direito existe para realizar-se". Tal assertiva ganha inclusive mais força quando se atenta para o fato de que, sendo a "Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja". E, "por conseguinte, ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia".

Em outra obra, o professor Luís Roberto Barroso parece complementar a ideia antes exposta, alertando que, sendo o legislador constitucional considerado de vanguarda em relação ao legislador ordinário, o único meio de se depreender o real significado do Texto Constitucional é explorar todas as

---

[183] OLIVEIRA, Flávio Luis de. Princípio do Acesso à Justiça. In: Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). *Princípios Processuais Civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 91-92.

[184] Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira realça o fato de que a jurisdição constitucional deve ser exercida por todo o Poder Judiciário, *verbis*: "No Brasil, se todo órgão do Poder Judiciário não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar alegações que explicitamente se referem à Constituição, podemos dizer que todo o Judiciário brasileiro é competente para exercer jurisdição em matéria constitucional, toda a jurisdição é jurisdição constitucional, conforme os processos constitucional e legalmente previstos". OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de.Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição e do Processo Constitucional a partir do caso brasileiro. In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial, Salvador: Editora Podivm, 2010, Segunda Série, p. 629.

[185] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 84.

alternativas que ele oferece o que, contudo, não se mostra tarefa fácil. Eis o trecho em que a advertência é feita:

> Cabe, por fim, destacar uma peculiaridade que envolve a Constituição. O legislador constitucional é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Daí que, em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.
> Essa tarefa exige boa dogmática constitucional e capacidade de trabalhar o direito positivo. Para fugir do discurso vazio, é necessário ir à norma, interpretá-la, dissecá-la e aplicá-la. Em matéria constitucional, é fundamental que se diga, o apego ao texto positivado não importa em reduzir o direito à norma, mas, ao contrário, em elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos que isso. O resgate da imperatividade do Texto Constitucional e sua interpretação à luz de boa dogmática jurídica, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste país acostumado a maltratar suas instituições[186].

Ainda em Luís Roberto Barroso identifica-se outra observação que merece destaque, qual seja, a de que para exercer esse papel mais ativo preconizado pela moderna jurisdição constitucional, faz-se necessário que o Poder Judiciário se liberte "*de certas noções arraigadas"*, superando:

> (...) uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo[187].

Essa linha de atuação da moderna jurisdição constitucional não fica restrita a embates entre correntes doutrinárias antagônicas. Na prática, é possível encontrar exemplos de conduta pró-ativa do Poder Judiciário como forma de emprestar efetividade a garantias fundamentais. Citem-se, a título de ilustração, as modificações no entendimento a respeito do alcance do Mandado de Injunção.

No julgamento do Mandado de Injunção n. 107-3/DF, em que figurou como relator o Min. Moreira Alves[188], decidiu o Supremo Tribunal Federal que

---

[186] Ibid. p. 292.

[187] Ibid. p. 257.

[188] DF – Distrito Federal. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal. Pleno. MI n. 107/DF. Relator (a): Ministro Moreira Alves. Julgamento: 21/11/1990. Disponível em

este remédio constitucional somente permite que se dê ciência ao Poder ou órgão que se encontra em mora, a fim de que este adote as medidas necessárias a sanar a omissão. Isto é, o que fez o Supremo Tribunal Federal naquele momento foi equiparar o Mandado de Injunção à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Na prática, portanto, passaram os cidadãos a deter dois meios de cientificar o órgão ou Poder da sua mora, mas, em contrapartida, nenhum para efetivamente suprir a lacuna[189]. Em percuciente artigo de jornal, José Carlos Barbosa Moreira chamou a atenção para o atentado que então se cometia contra esta garantia fundamental, valendo aqui transcrever, por sua representatividade, trecho do citado comentário:

> Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da 'norma reguladora' e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões ...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava a boa e velha notificação[190].

Talvez sopesando melhor o seu papel dentro do que se espera da moderna jurisdição constitucional, o Pretório Excelso, ainda no ano de 1991, alterou seu entendimento, passando a admitir, a partir do julgamento do Mandado de Injunção n. 283-5 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence)[191], que este importante instrumento de garantia de direito fundamental fosse hábil não apenas para *(i)* permitir a constituição em mora do órgão ou Poder que tivesse incorrido em omissão, mas também para assinalar prazo para o preenchimento da lacuna existente, *(ii)* acaso ultrapassado o prazo assinalado, reconhecer, a

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>. Acesso em 27-07-2012.

[189] Esse entendimento foi reiterado quando do julgamento do Mandado de Injunção n. 168-5/RS. RS - Rio Grande do Sul. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Relator (a): Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 21/03/1990. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81753. Acesso em 27-07-2012.

[190] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *S.O.S. para o mandado de injunção*. Jornal do Brasil, 11 de setembro de 1990, 1º caderno, p. 11.

[191] DF – Distrito Federal. Órgão de Julgamento: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Mandado de Injução n. 283. Relator (a): Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 20/03/1991. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>. Acesso em 27-07-2012.

partir de então, a possibilidade de o interessado pleitear indenização e, *(iii)* declarar que, transitada em julgado a decisão proferida em sede de Mandado de Injunção, em nada lhe prejudica a lei posteriormente editada pelo Poder ou órgão moroso. Neste último caso a Corte Constitucional ainda admitiu que o interessado gozasse dos benefícios mais favoráveis eventualmente concedidos na lei ulterior.

Num terceiro momento, no julgamento de Mandado de Injunção n. 284-3 (Rel. Min. Marco Aurélio)[192], dirigido contra a mesma omissão objeto do Mandado de Injunção citado acima (MI n. 283-5), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a dispensabilidade de uma nova comunicação ao Congresso Nacional a fim de permitir o ajuizamento de demanda indenizatória por parte dos interessados[193]. Como se vê, a atuação do Supremo Tribunal Federal é emblemática quanto ao que se preconiza de uma moderna jurisdição constitucional, pelo que não há razão para que os demais órgãos do Poder Judiciário se abstenham de realizar a mesma prática no exercício da respectiva atividade.

Por fim, no julgamento do Mandado de Injunção n. 712-8 (Rel. Min. Eros Grau)[194], o Pretório Excelso alterou mais uma vez o seu entendimento quanto à

---

[192] DF – Distrito Federal. Órgão Julgado: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Mandado de Injução n. 284. Relator (a): Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Relator(a): Ministro Celso de Mello. Julgamento: 22/11/1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>. Acesso em 27-07-2012.

[193] O entendimento mais abrangente manifestado pelo Pretório Excelso foi reafirmado quando do julgamento do Mandado de Injunção n. 232-1/RJ: Quando, ultrapassado o prazo fixado para preenchimento da lacuna, considerou-se auto-aplicável norma que condicionava o exercício de um direito à observância de requisitos que iriam ser veiculados em norma regulamentadora. RJ - Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgamento: 02/08/1991. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>. Acesso em 27-07-2012.

[194] Veja-se um ilustrativo trecho da ementa: “Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de Entidade Sindical. Greve dos trabalhadores em geral [Art. 9º da Constituição do Brasil]. Aplicação da Lei Federal n. 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. Parâmetros concernentes ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos definidos por esta Corte. Continuidade do serviço público. Greve no serviço público. Alteração de entendimento anterior quanto à substância do Mandado de Injunção. Prevalência do interesse social. Insubsistência do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os Poderes [Art. 2º da Constituição do Brasil] e à separação dos Poderes [art. 60, § 4o, III, da Constituição do Brasil]. Incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.

substância deste instrumento constitucional. Com efeito, nossa Corte Constitucional decidiu que, diante de inércia legislativa na elaboração de lei regulamentadora do direito consagrado no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, cumpria ao Poder Judiciário suprir a omissão, de modo que a enunciação do texto normativo que faltava era, mais do que um poder, um poder-dever, visto que a omissão do Estado, segundo dito, desrespeita a Constituição, por impedir a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Maior. Dessa forma, o julgamento tornou viável, no caso concreto, o exercício do direito de greve dos servidores públicos até que a lei regulamentadora em questão fosse criada.

Sem nenhum demérito às alterações de entendimento promovidas pelo Supremo Tribunal Federal na sua jurisprudência, mormente quando direcionada a alcançar a efetividade das garantias fundamentais, este não foi o primeiro -- e talvez nem mesmo o mais emblemático -- caso em que o Poder Judiciário desempenhou o seu papel de intérprete da Constituição. Com efeito, desde há muito a Suprema Corte norte-americana deu sinais de que este, de fato, era o caminho mais adequado a ser seguido. Nesse sentido, o art. 6º, cláusula segunda, da Constituição dos Estados Unidos de 1787 previa:

> Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.

(...)
4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes.
5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.
(...)
14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico.
15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.
16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil" PA- Pará. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Relator (a): Ministro Eros Grau. Julgamento: 25/10/2007.Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em 27-07-2012.

Pelo que se vê, não há no texto do aludido dispositivo constitucional a previsão expressa para que o Poder Judiciário efetue o controle de constitucionalidade das normas editadas pelo Poder Legislativo. Tal fato, todavia, não impediu que no tantas vezes citado caso *Marbury vs Madison* fosse fixado pela Suprema Corte norte-americana o *leading case* do *judicial review*. No julgamento deste histórico precedente, a Suprema Corte entendeu que o *Judiciary Act* de 1789, diploma legal que atribuía ao órgão a competência para processar e julgar *writ of mandamus* contra ato praticado por autoridade federal, *in casu* o então Secretário do Governo, era inconstitucional frente ao Texto de 1787, tendo em vista que uma lei ordinária não poderia ampliar a competência originária da Suprema Corte[195].

Mesmo sem consignar aqui qualquer juízo de valor sobre a correção, ou não, do posicionamento adotado pelo Juiz *Marshall*, cumpre uma vez mais frisar que cabe ao magistrado inferir no texto da lei "o juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal"[196]. É que, mesmo não sendo ele o próprio legislador, incumbe-lhe, segundo os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco:

> 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 da norma que contêm no momento presente[197].

Se esta atividade já seria absolutamente obrigatória dentro do panorama da moderna jurisdição constitucional, ela ganha contornos ainda mais nítidos quando se atenta para o fato de que:

> As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem 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

---

[195] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p. 89-93.

[196] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 294.

[197] DINAMARCO, op. cit., nota 195, p. 294.

> (interpretação sistemática) e, sobretudo à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica)[198].

Diante dessa margem de atuação que se confere ao Poder Judiciário nesta nova jurisdição constitucional, onde é possível, e porque não mesmo dizer aconselhável, que se proceda à *"interpretação construtivista"* por parte dos magistrados, Gisele Cittadino[199] chega mesmo a afirmar que já é "possível falar em um "direito judicial" em contraposição a um "*direito legal*"".

O arremate fica por conta de que, sendo uma prática que remonta há aproximadamente 2 (dois) séculos, não se deve, agora, dificultá-la ou evitá-la ao argumento de que, em sendo novidade no cenário jurídico, pode trazer surpresas.

2.3 O Processo, aquele que deve ser Constitucional

Dissecada, ao menos em suas linhas mestras, a moderna jurisdição constitucional, segue-se agora adiante para debruçar-se sobre o instrumento utilizado pela jurisdição para materializar a sua atividade[200], a saber, o processo[201]. Porquanto tenha se verificado na Europa do Século XIX e no Brasil de meados do Século XX uma forte influência romana na concepção de processo, isto é, como um negócio das partes (concepção privatística do

---

[198] DINAMARCO, op. cit., nota 195, p. 294-295.

[199] CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 232.

[200] Nas palavras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o processo "é, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)". CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 309.

[201] Esse conceito de processo parece ser razoavelmente consenso na doutrina, como se depreende da lição de Sergio Bermudes: "A soma de todos esses atos constitui o processo judicial, que é, como nitidamente se vê, o meio ou método pelo qual o Estado exerce a jurisdição, administrando a justiça. Consequentemente, o processo é, invariavelmente, instrumento da jurisdição." BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 79-80.

processo), acabou prevalecendo após este período a concepção publicística[202], quando, então, o instrumento de realização da jurisdição passou a ser entendido como um meio "do exercício de uma das funções do Estado e, por isso, regido por normas e princípios de interesse público"[203]. Ele não é mais, assim, um negócio bilateral, mas multilateral, posto que também envolve o Estado-Juiz enquanto substituto da vontade das partes[204].

Diversas foram as teorias que, ao longo tempo, buscaram alcançar uma definição para a natureza jurídica do processo[205]. Mas, em resumo, elas representam as visões preponderantemente privatísticas ou publicísticas pelas quais se encarou o instituto jurídico denominado "processo". Contudo, essa alteração do foco central do processo como consecução da vontade das partes para a de instrumento de uma jurisdição que tem por princípio e missão a realização da justiça traz à tona a relação entre Constituição e processo, muito bem definida por Marcelo Andrade Cattoni, cuja lição é a seguinte:

> A relação entre Constituição e processo, no sentido da superação tanto do formalismo processual liberal, quanto da materialização processual de bem-estar social. Pois se do ponto de vista do formalismo liberal, o processo é insensível aos desafios do Direito Contemporâneo, na perspectiva do processo materializado o pré-direcionamento do processo a partir de uma eticização duvidosa da atividade jurisdicional pode levar a um paternalismo judicial que desconsidera de plano a capacidade das partes e, no fundo, termina por duvidar da própria democracia[206].

---

[202] CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., nota 199, 2013, p. 311.

[203] BERMUDES, op. cit., nota 200, p. 81.

[204] Minuciosa análise sobre as visões privatísticas e publicísticas do processo é feita por Leonardo Greco. GRECO, Leonardo. Publicismo e Pravistismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, outubro, n. 164, ano 33, p. 29-56.

[205] O processo como contrato, quase-contrato, relação jurídica, situação jurídica, instituição, procedimento em contraditório, categoria complexa e categoria jurídica autônoma são muito bem esmiuçadas por Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (Teoria Geral do Processo), Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Direito Processual Civil Contemporâneo) e Helena Abdo ("As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo". *In* Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial,).

[206] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição e do Processo Constitucional a partir do caso brasileiro. In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, Segunda Série, p. 618.

E esta tarefa não é de fácil solução. Vive-se hodiernamente numa sociedade muito complexa e globalizada, onde convivem, ou ao menos precisam conviver harmoniosamente inúmeras culturas, detentoras de valores os mais diversos. Nesse contexto, possuindo o Direito um papel relevante, que é o de funcionar como elemento catalisador no processo de integração das diversidades[207], também o terá o processo, que é o instrumento utilizado para realizá-lo. É por esta razão que alguns chegam a afirmar que:

> O processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual)[208].

Inobstante as abalizadas vozes que defendem ser o processo uma categoria jurídica complexa[209] -- e não se está aqui contestando o adjetivo utilizado, tendo em vista que, de fato, não se podem negar os inúmeros feixes que dentro dele se entrelaçam --, desponta pertinente a observação de que é em vão tentar enquadrar o processo em alguma categoria perviamente existente, devendo ele, sim, ser entendido como categoria jurídica autônoma[210]. Todavia, admitir esta preconizada autonomia significa reconhecer também que o processo congrega em si dois objetivos que são aparentemente díspares, o exercício da jurisdição e a garantia de direitos, o que na opinião de

---

[207] OLIVEIRA, op. cit., nota 205, p. 620.

[208] Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco complementam esta assertiva dizendo que “a observação do fenômeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conceito puro e simples de relação processual.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 315-316.

[209] Ressalte-se, apenas que tal teoria não é imune à críticas. Vozes igualmente abalizadas sustentam que os aspectos extrínsecos e intrínsecos devem ter uma única essência, não podendo ser mais de uma coisa a depender do ponto de vista que se examine. JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Dissertação (Mestrado). Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro Rio de Janeiro, 1981, p. 53.

[210] Defendem-na Afrânio Silva Jardim ao dizer que “o processo não pode ser incluído em nenhuma das categorias jurídicas conhecidas pela doutrina, não sendo espécie de nenhuma delas”. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal.* 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 32-33. Compartilha do mesmo entendimento Humberto Dalla Bernardina de Pinho, para quem “quanto à natureza jurídica, isto é, o gênero ao qual pertence o instituto em análise, trata-se de categoria jurídica autônoma”. PINHO,Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v, 1, p. 366.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira[211] acaba por refletir num conflito entre *"a* pretensão de legitimidade e a positividade do Direito*"*, posto que, de um lado, deseja-se alcançar a "melhor" decisão possível, e, de outro, o de fazê-lo segundo as normas postas no ordenamento positivo.

Aliás, mais do que refletir um conflito, esta autonomia demanda uma solução para conciliar ambos os objetivos. E tal solução, claro, passa pela reconstrução das circunstâncias fáticas que adornam o caso posto à apreciação do Poder Judiciário, bem como pela indicação de qual norma jurídica será aplicável ao caso concreto[212], o que poderá se dar mediante o diálogo participativo dos interessados[213]. Destaque-se, quanto ao particular, trecho extraído da obra de Aroldo Plínio Gonçalves:

> A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nela comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretenso direito lhes é negado (...)[214].

Ora, se o processo exige a participação dos interessados na consecução do resultado final a ser praticado por um terceiro[215], o Estado-Juiz, e se esta

---

[211] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de.*Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição e do Processo Constitucional a partir do caso brasileiro*. In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora Podivm, 2010, Segunda Série, p. 623.

[212] Neste caso está-se a tratar dos sistemas da Civil Law, em que o Poder Judiciário atua segundo as normas de direito positivo, e não com base em precedentes judiciais.

[213] A participação dos interessados na formação do provimento foi utilizado por alguns para estabelcer a diferença entre processo e procedimento. Eis as palavras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: "Visando à preparação do provimento, o procedimento possui sua específica estrutura constituída da sequência de normas, atos, situações jurídicas e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto de incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto. Já o processo caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional (...)*".* OLIVEIRA, op. cit., nota 210, p. 623.

[214] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1992 p. 171.

[215] Sustentando a necessidade de se garantir a participação popular no processo, ato que confere legitimidade ao mesmo e a decisão a ser tomada pelo Estado-Juiz, Dhenis Cruz Madeira acaba por denominar esta Teoria justificativa do processo de Neo-Institucionalista. MADEIRA, Dhenis Cruz.*Teoria do Processo e Discurso Normativo*: Digressões Decmocráticas.

participação, no modelo de Estado proposto pela Constituição Federal de 1988, não se pode admitir seja desigual para todos os envolvidos, veem-se nitidamente traços característicos que o aproximam do valor de justiça que é objeto da moderna jurisdição constitucional[216].

Logo, a conclusão a que se chega é a de que a posição comumente aceita de que o processo é um instrumento de realização da jurisdição mostra-se insuficiente para delimitar esta figura na aurora do Século XXI. O processo jurisdicional não é mais

> (...) mero instrumento a serviço da Jurisdição, quer das partes. O processo jurisdicional é constitutivo do exercício da Jurisdição ao mesmo tempo em que se garantem direitos de participação, condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional[217].

Humberto Dalla Bernardina de Pinho[218] também faz essa leitura mais elástica do instituto do "processo", tal como ele deve ser visto modernamente.

Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial, Salvado: Editora JusPodivum, 2010, v. 2, p. 153.

[216] Analisando a questão sob o ponto de vista do confronto entre privatismo e publicismo, Leonardo Greco manifesta-se de maneira bastante interessante sobre o "conteúdo" do processo, *in verbis*: "A força desse fundamento não se concilia com um juiz ou um processo autoritário. Ao contrário, é preciso explorar com mais argúcia os espaços de liberdade que as partes devem poder exercer na relação processual e que foram tão intensamente sufocados pela prevalência de uma sistemática concepção publicista, da qual ainda temos muita dificuldade de nos emancipar, pois somos herdeiros de uma tradição cultural de paternalismo estatal e as deficientes condições de vida e da educação básica da maioria da população brasileira infelizmente não contribuem para que os indivíduos se tornem capazes de dirigir o seu próprio destino, sem necessidade da proteção da autoridade estatal.
Entretanto, o liberalismo pelo qual precisamos lutar não é mais o do Estado absenteísta do século XIX, mas o do Estado Democrático de Direito do 2º Pós-Guera, ou seja, o que não apenas respeita o livre arbítrio dos cidadãos na tomada de decisões relativas à sua esfera privada, mas que, no momento em que estes recorrem ao Estado para a tutela dos seus direitos, este, através dos juízes, controla vigilantemente se aqueles estão em condições de se autotutelarem e, em caso negativo, supra moderada e parcimoniosamente as suas insuficiências para, sem comprometer a sua imparcialidade, assegurar-lhes o acesso efetivo ao gozo dos seus direitos, tendo em vista que as posições de dominação que prevalecem na sociedade precisam ser neutralizadas, sob pena de entregarem os mais fracos ao jugo dos mais fortes, em total desrespeito às promessas de construção de uma sociedade erigida sob a égide da dignidade humana e do pleno respeito aos direitos fundamentais." GRECO, Leonardo. Publicismo e Pravistismo no Processo Civil.In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, outubro, n. 164, ano 33, p. 55.

[217] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de.*Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição e do Processo Constitucional a partir do caso brasileiro*. *In* Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial, Salvador: Editora Podivm, 2010, Segunda Série, p. 625.

[218] PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1 p. 367.

Inserindo na sua conceituação o valor "justiça"[219], que correlaciona o instrumento com a jurisdição constitucional, acrescenta o autor que é no seu desenrolar que as partes poderão, equilibradamente, participar da formação da vontade do Estado-Juiz, tudo isto sob a batuta da garantia do devido processo legal, *verbis*:

> Visto isso, é preciso visualizar o processo como garantia para a realização da justiça e efetivação dos direitos, já que somente através deste instrumento as partes poderão garantir sua participação equilibrada e protegida pelas garantias do devido processo legal na formação da decisão.

Vê-se aqui, então, a estreita ligação entre Constituição e Processo, ligação esta que, segundo se narra[220], teve seu marco inicial na doutrina processual italiana[221]. Segundo Humberto Theodoro Júnior, este fenômeno ganhou ainda mais força dentro da moderna concepção de Estado Democrático de Direito[222], onde a relação passou a ser muito maior que a existência de um ramo processual específico dentro do Texto Maior, vale dizer, onde a função do Poder Judiciário passou a ser a de resguardar a Constituição[223]. Sendo assim, pode-se até mesmo dizer que ocorreu uma fusão

---

[219] Marcelo José Magalhães Bonicio também se manifesta no sentido de que o processo "*é um instrumento público de realização da justiça".* BONICIO, Marcelo José Magalhães.*Estudo sobre a tutela constitucional do Processo Civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Editora Dialética, 2006, dezembro, n. 45, p. 74.

[220] BONICIO, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre a tutela constitucional do Processo Civil brasileiro. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Editora Dialética, 2006, dezembro, n. 45, p. 66-67.

[221] Isto pode ser comprovado pelas referências que já se fez neste trabalho às obras de Piero Calamandrei e Nicolò Trocker.

[222] Jânia Maria Lopes Saldanha e Angela Araújo da Silveira Espindola destacam que a constitucionalização do processo é um marco na transição do processo liberal, típico de um Estado onde não preponderam as preocupações com o ideal de Justiça, para o modelo social, que, ao revés, está justamente vocacionado à defesa dos ideais democráticos e republicanos: "O movimento à abertura que a constitucionalização do processo imprime, pode bem mostrar o deslocamento importante do modelo de processo de perfil liberal para o modelo social, comprometido com os valores democráticos e republicanos". SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Jurisdição Constitucional e o caso da ADin 3.510*: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, dezembro, n. 154, p. 267.

[223] JUNIOR, Humberto Theodoro. Direito Processual Constitucional. In: *Revista Trabalhista*: Direito e Processo. São Paulo: Editora LTr, 2008, n. 27, p. 35.

entre o processo e a ordem imposta pela Constituição, o que obrigou as "normas procedimentais, por sua vez", "a conviver, no dia-a-dia do foro, com a supremacia dos preceitos e garantias da Lei Maior"[224]. Em verdade, parece que a visão deve ir além. Não se trata apenas da necessidade de convivência harmônica entre as normas procedimentais e os preceitos insculpidos na Constituição. O processo constitucional, enquanto instrumento de concretização da Constituição, está umbilicalmente relacionado com o modo de desenvolvimento da jurisdição constitucional[225].

Ao tratar do direito processual constitucional, José Joaquim Gomes Canotilho[226] diz que ele é "o complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos normativos públicos", o que implica reconhecer até mesmo um certo grau de autonomia de suas regras em relação ao "ordenamento processual geral"[227]. Andre Pires Gontijo[228] também ressalta que o direito processual constitucional serve, ao cabo, para concretizar o direito

---

[224] JUNIOR, op. cit., nota 222, p. 36.

[225] Willis Santiago Guerra Filho muito bem expressou o conteúdo do processo constitucional, *in verbis*: "Hoje em dia temos uma estreita associação entre constituição e processo, quando um torna-se instrumento imprescindível na consecução daquela. Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou desmaterialização do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da Lei Maior e, logo, também das menores ou ordinárias. (...) a Constituição possui natureza (também) de uma lei processual, assim como institutos fundamentais do direito processual possuem estatuto constitucional e, logo, são (também) de natureza material. (...) Estamos, na verdade, diante de noções relacionais, que se conceituam uma em função da outra, e se exigem mutuamente. Materiais são as normas, quando fornecem parâmetros para se realizar o controle a ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito, enquanto normas processuais se ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados corretamente". FILHO, Willis Santiago Guerra.*Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 27-28.

[226] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 965.

[227] CANOTILHO, op. cit., nota 225, p. 965.

[228] Eis o excerto em que a ideia é manifestada: "O direito processual constitucional serve para garantir a realização do direito constitucional por meio de regras constitutivas de uma cadeia procedimental adequada ao exame e controle das questões jurídico-constitucionais. Dessa forma, o objeto e o fim do processo constitucional encontram-se associados aos das própria Justiça Constitucional". GONTIJIO, Andre Pires.A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 194.

constitucional, o que é feito mediante a composição de procedimento apto a permitir a apreciação das questões constitucionais envolvidas em cada caso concreto[229]. É daí que se diz que a ideia de processo constitucional está intrinsecamente ligada a de princípios gerais[230], justamente aqueles que vão orientar, ou melhor, ordenar a procedimentalização atividade que tem por objetivo assegurar ao indivíduo a materialização dos seus direitos fundamentais. Interessante notar, que ao tratar dessa procedimentalização, a doutrina chega mesmo a preconizar um *status* de que goza o indivíduo nesta realidade, o *status activus processualis*[231]. Portanto, o processo constitucional não se limita ao julgamento de demandas (subjetivas ou objetivas) por parte de um Tribunal que tenha por atribuição, tal como ressaltado pelo art. 102, *caput*, da Constituição Federal, a guarda da Constituição[232]. "Ele se inicia com a

---

[229] Valiosas são as palavras de J.J. Gomes Caontilho sobre o tema: "O direito constitucional processual conforma também o direito processual constitucional. A pluralidade de processos jurisdicionais (penais, civis, administrativos, fiscais) não perturba a existência de um paradigma constitucional processual informado pelos princípios que se acabam de referir. A existência de um paradigma processual na Constituição portuguesa obriga a estudar e a analisar os diferentes processos não apenas na sua configuração concreta da lei ordinária (os códigos processuais ordinários), mas também sob o ângulo da sua conformidade com as normas constitucionais respeitantes às dimensões processuais das várias jurisdições*"*. CANOTILHO, op. cit., nota 225, p. 967.

[230] Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Frederico Barbosa Gomes asseveram não ser possível pensar em direitos fundamentais (princípios gerais) "sem que haja um modelo constitucionalmente adequado e efetivo de processo constitucional", e que sem este "não há como garantir direitos fundamentais*". Processo constitucional e direitos fundamenta*is: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2009, abril a junho, v. 71, n. 2, ano XXVII, p. 63.

[231] "Nesse sentido, há uma procedimentalização e processualização de todas as atividades relacionadas ao direito público no contexto do Estado Democrático de Direito, cuja relevância consiste em assegurar ao cidadão um status activus processualis para conseguir garantias efetivas de realização e proteção de seus interesses e dos direitos fundamentais". GONTIJO, Andre Pires. *A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. Anuario de Decrecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 195-196. Nicolò Trocker utiliza até mesmo idêntica expressão: "Ecco quindi la necessità di creare e di introdurre garanzie di partecipazione attraverso il dato solo apparentemente formale delle strutture organizzative e procedurali del pubblico potere. Non basta lo status activus sostanziale, occorre uno status activus processualis." TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 115. Na tradução livre: "Daí a necessidade decriar eapresentargarantias departicipação através apenas de dados aparentemente formais das estruturas organizacionaise procedimentos daautoridade pública.Não apenaso estado activussubstancial, que precisa ser umstatusactivus processualis".

[232] Nesse sentido o entendimento de Dierle Nunes *et all.*NUNES, Dierle *et all*. *Curso de Direito Processual Civil*: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 62.

necessidade de determinado direito fundamental ser exercido pelo cidadão”[233], residindo aí, a sua ligação com a ideia de processo. Eis um excerto bastante elucidativo:

> É dramaticamente indispensável que cada processo produza os resultados substanciais que melhor atendam à justiça do caso concreto. Que ele forneça soluções que se imponham praticamente e façam valer os valores consagrados na consciência da sociedade, valores que, no Estado Democrático, se confundem basicamente com as garantias e direitos fundamentais tutelados na Constituição[234].

Assim, se considerado dentro de sua alteração ao longo do tempo, o processo passou a ser visto não mais como mero instrumento de realização da vontade das partes, mas sim como meio de atingir um objetivo maior, que é o da pacificação social[235]. Isto é, se em sua trajetória o processo passou a servir como uma ferramenta de concretização da jurisdição, e se, ademais, a moderna concepção de jurisdição tem como objetivo promover a justiça, não há mais como se negar que o processo necessita ser entendido sob a ótica constitucional, mais precisamente de defesa de direitos fundamentais[236]. Isto quer dizer, que mesmo sendo uma ferramenta posta à disposição da jurisdição para a consecução de sua finalidade maior que é a obtenção da justiça, não deve ele -- melhor seria mesmo dizer não pode -- buscar alcançar essa finalidade a qualquer custo. Será sua obrigação, *pari passu*, perseguir os valores consagrados no Texto Constitucional, que, como bem lembrado por

---

[233] GONTIJO, Andre Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. In: *Anuario de Decrecho Constitucional Latinoamericano.*Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 196.

[234] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Direito Processual Constitucional. In: *Revista Trabalhista*: Direito e Processo. São Paulo: Editora LTr, n. 27, p. 37-38.

[235] Essa visão pode ser lida em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo ao processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 74-75.

[236] Esse fenômeno segundo o qual os valores protegidos pela Constituição devem permear todo o processo, orientando-o inclusive na revisão das categorias processuais recebe, por vezes, o nome de neprocessualismo DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito*: O Neoprocessualismo. Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 2, p. 262. E, por outras, de formalismo-valorativo. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalimo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2006, dezembro, n. 388.

José Herval Sampaio Junior[237], “são o ponto de equilíbrio que deve ter toda atuação do processo nesse cotejo com a realidade e com as ações do legislador”.

Insta repisar, mesmo na caminhada rumo ao seu objetivo supremo não se pode permitir que o processo ultrapassasse as barreiras impostas pelos valores protegidos pela Constituição[238]. Até porque, admitir tal hipótese resultaria num contrassenso, em que a ferramenta, para realizar a missão, violaria os valores que formam o conceito – fluido – de justiça[239]. É por isso que se diz ser imperiosa a interpretação e implementação do processo “a partir de uma visão da Constituição como processo de aprendizado social e a partir de um policentrismo processual”, “de modo a entender o processo como uma garantia e não como um entrave”[240].

Diante da necessidade de se manter coerência, no processo, entre a consecução da justiça no caso concreto e dos demais valores protegidos constitucionalmente, Marcelo José Magalhães Bonicio[241] elenca as premissas que dimensionam a tutela constitucional do processo, quais sejam:

> a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana; b) a lei deve instituir este processo; c) porém, a lei não pode instituir formas que transformem em ilusão a

---

[237] JÚNIOR, José Herval Sampaio. A influência da Constitucionalização do Direito no ramo processual: Neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 2, p. 449.

[238] Curioso notar advertência feita por José Herval Sampaio Junior, no sentido de que o fato de que a obrigatoriedade de todos os ramos direito estarem centrados na defesa dos direitos fundamentais acaba por torná-los não tão autônomos assim, já que todos seguirão o mesmo norte. JÚNIOR, op. cit., nota 236, p. 430.

[239] Corrobora essa ideia Marcelo José Magalhães Bonicio: *“*Todas as garantias previstas na Constituição da República, específicas ou não, apontam num único sentido, que é a síntese da tutela constitucional do processo: o repúdio a ideia de que é aceitável a realização da justiça a qualquer preço, de qualquer forma, e, ao mesmo tempo, a proclamação de que a justiça deve ser realizada equilibradamente, de forma a corresponder aos anseios de uma determinada sociedade, num determinado momento de sua história”. BONICIO, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre a tutela constitucional do Processo Civil brasileiro. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Editora Dialética, 2006, dezembro, n. 45, p. 69.

[240] NUNES, Dierle *et all.Curso de Direito Processual Civil*: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 59.

[241] BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Estudo sobre a tutela constitucional do Processo Civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Editora Dialética, 2006, dezembro, n. 45, p. 67.

> concepção de processo consagrada na Constituição; d) se a lei instituir uma forma de processo que privar o indivíduo de uma razoável oportunidade para fazer valer seu direito, será inconstitucional; e) nestas condições deve entrar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institua para tornar efetivo o controle de constitucionalidade das leis.

De todas as premissas elencadas para o correto balizamento do processo constitucional, uma merece especial destaque por guardar relação mais próxima com o presente estudo, a saber, a existência de um processo como garantia da pessoa humana[242], que somente será resguardada se todos os seus direitos fundamentais restarem preservados pelo processo constitucional[243]. Em sendo um instrumento de preservação dos direitos fundamentais e, em última análise, como destacado anteriormente, da própria pessoa humana, é importante repisar que serão de observação obrigatória as diretrizes políticas inseridas na *Charta Magna*[244], dentre as quais há de ressaltar a proteção da liberdade do indivíduo, bem que, por seu valor inigualável, goza de maior proteção em sede constitucional. Não por outra razão, Ada Pelegrini Grinover[245] eleva o processo a instrumento de garantia da liberdade, *in verbis*:

> O traço mais original da obra de Couture é a relação entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais: a ação, como figura particular do direito cívico de petição; a exceção como direito cívico paralelo à ação; o princípio da igualdade das partes, a garantia constitucional do juiz competente e etc.
> Hoje, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera

---

[242] As demais premissas parecem ser uma decorrência lógica da primeira, por tratarem de situações concretas em que, uma vez visa a impedir a edição de norma ou a prática de ato tendente a violar direito fundamental ou, de outro lado, indica a solução para a hipótese da violação já haver ocorrido.

[243] Ainda que no processo estejam em jogo dois direitos fundamentais aparentemente conflitantes, é missão do processo constitucional trilhar um caminho que, em maior ou menor grau, resguarde ambos.

[244] José Carlos Barbosa Moreira é absolutamente enfático ao afirmar que “um aspecto importante das relações entre regime político e ordenamento processual” é o de que “a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 2, p. 394.

[245]GRINOVER, Ada Pellegrini.*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 4.

> fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Atentando-se para esta finalidade suprema do processo constitucional, infere-se a importância do seu papel no Estado que se pretende seja de justiça. É que, somente preservando a liberdade do indivíduo[246] – insista-se, o bem individual maior tutelado pela Constituição – o processo vai conseguir exercer a correta fiscalização da aplicação da Lei Maior e, por conseguinte, garantir a legitimidade na aplicação das normas postas no ordenamento jurídico[247].

É em razão disso que se afasta, agora, a ideia de um processo que se limite a prescrever formas a serem observadas até que se alcance a decisão a ser proferida pelo Estado-Juiz. Não há mais como se negar que a sua razão de ser é a concretização dos valores constitucionais. Frise-se bem, não se pode mais ter o processo apenas como "um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos

---

[246] No entender de José Alfredo de Oliveira Baracho, "as garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do processo constitucional". BARACHO, José de Alfredo. *Direito Processual Constitucional* – Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, p. 49.

[247] Esta observação é muito bem exposta por Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Frederico Barbosa Gomes em excerto que segue transcrito: "Ao se dar esse passo rumo a uma nova percepção do que vem a ser democracia e constituição, assumindo toda essa problematização como um tema que requer constante reflexão, está-se, na verdade, lançando as bases de um novo Estado de Direito, que agora será democrático de direito. Este, então, não centrará mais as suas preocupações apenas na liberdade e na segurança dos indivíduos, nem tampouco assumirá função de ser o provedor de todas as necessidades dos seus clientes, mas terá por função o respeito simultâneo à autonomia pública e privada de todos os envolvidos, os quais, assumindo o papel de cidadãos dentro de uma sociedade civil ativa e organizada, assentada em uma rede de fluxos comunicativos, estabelecerão os mecanismos sociais de inclusão social e criarão, através de procedimentos constitucionalmente previstos, o Direito ao qual se submeterão, concretizando, assim, a função de autolegisladores.
(...)
É portanto, neste compasso que o processo constitucional assume papel importantíssimo não apenas como garantia da supremacia constitucional, mas, e principalmente, como um instrumento que tem por escopo a fiscalização da gênese democrática das leis, o respeito ao código binário do Direito e a preservação de sua constitucional aplicação ao caso concreto, segundo procedimentos constitucionalmente estabelecidos para tanto, buscando, com isso, a garantia da legitimidade do ordenamento jurídico". CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. *Processo constitucional e direitos fundamentais*: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito". Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais, 2009, abril a junho, v. 71, n. 2, ano XXVII, p. 83-84.

essenciais”[248]. Diz-se isso, até mesmo porque[249], nos dizeres de Marcelo José Magalhães Bonicio:

> Mesmo as mais profundas ondas renovatórias, ou as mais drásticas revoluções de que temos notícia, não conseguiram modificar as estruturas processuais e chegar a um nível de justiça satisfatório”, isto é, “na medida em que o sistema processual falha em sua missão, é inevitável que todos se socorram das regras fundamentais, previstas ou não na Constituição de determinado país, para conseguir valer a justiça desejada, ou “possível”, em um determinado momento da vida de uma sociedade[250].

Neste particular, ressalte-se que o ato de se recorrer aos valores constitucionais ganha ainda mais importância quando se atenta para o fato de que, sem uma diretriz única, não seria nem mesmo possível identificar quais os valores devem ser perseguidos, uma vez que num universo cada vez mais pluralista, são facilmente identificáveis numa mesma sociedade de determinada época diferentes valores. Por tal razão, a Constituição funciona nesse cenário como uma aglutinadora daqueles eleitos por determinada sociedade como passíveis de proteção pelo Estado. E mais, também por tal motivo a própria Constituição estabelece como deve se dar o *iter* procedimental, o *medium* linguístico[251] para se alcançar a proteção dos mesmos[252].

---

[248] BARACHO, op. cit., nota 245, p. 47.

[249] O processualismo constitucional democrático também é apontado por Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Bernardo Ribeiro Câmara e Carlos Henrique Soares como uma solução para os problemas de eficiência e de legitimidade dos sistemas modernos. NUNES, Dierle *et all.Curso de Direito Processual Civil*: fundamentação e aplicação, Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 58.

[250] BONICIO, Marcelo José Magalhães.*Estudo sobre a tutela constitucional do Processo Civil brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Editora Dialética, 2006, dezembro, n. 45, p. 64-65.

[251] O ato de se recorrer aos valores constitucionais ganha ainda maior importância quando se atenta para o fato de que “ausente o norte constitucional, o pensar jurídico tornar-se-ia extremamente penoso numa sociedade “sem centro”, ou seja, numa sociedade pluralista em que há diversas noções de moral, ética, felicidade e bem-estar. O Texto constitucional é, justamente, o articulador (não-mítico dos objetivos comuns (falseáveis e abertos a crítica), inconstitucionalizando os procedimentos comunicativos de construção das decisões, o que torna o discurso jurídico linguisticamente viável”. MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do Processo e Discurso Normativo: *Digressões Democráticas.* In: Fredie Didier Jr. (coord.). *Teoria do Processo:* Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 2, p. 146.

[252] Dhenis Cruz Madeira utiliza a expressão *medium* linguístico para denominar o processo por meio do qual deve ser feita a interpretação constitucional, *in verbis*: *“*Diante de uma sociedade pluralista, não se nega que o texto constitucional pode abrigar várias interpretações. Em vista disso, a própria Constituição cuidou de delimitar um médium linguístico para que se realize a

É aqui que exsurge a importância da tutela constitucional do processo, "composta de diretrizes elementares, que estão no centro dos modernos estudos sobre o processo, onde são tratadas como caminhos democráticos para se chegar ao 'giusto processo'"[253].

2.4 O devido processo: do legal ao constitucional

A primeira notícia que se tem da inserção, no ordenamento jurídico escrito, do princípio do devido processo legal remonta ao ano de 1215, quando da edição da *Magna Charta* de João Sem-Terra. Ainda sem utilizar especificamente a expressão "devido processo legal", tal documento fez expressa referência, em seu art. 39[254], à *law of the land*. A referida locução somente foi mencionada explicitamente pela primeira vez no ano de 1354, quando, no reinado de Eduardo III, editou-se o *Statute of Westminster of the Liberties of London*[255]. Colhe-se na obra de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, inclusive, que o art. 39 da Magna Carta teria sido a primeira "manifestação histórica, assegurando, primeiramente aos barões e depois ao

---

interpretação constitucional, instituindo, assim, procedimentos que demarcam o discurso jurídico, possibilitando o intercâmbio entre o mundo jurídico e as instâncias políticas e econômicas". MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do Processo e Discurso Normativo: Digressões Democráticas. In: Fredie Diddier Jr. (coords.). *Teoria do Processo:* Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 2, p. 150.

[253] BONICIO, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre a tutela constitucional do Processo Civil brasileiro. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Editora Dialética, 2006, dezembro, n. 45, p. 64-65.

[254] Diz o mencionado art. 39: "No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.". Na tradução livre: "Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra". Tratando desse texto normativo, Frederico Wildson da Silva Dantas diz que ao mencionar a tal law of the land, estava se referindo ao sistema jurídico então vigente, que se baseava na jurisprudência. DANTAS, Frederico Wildson da Silva.O Princípio Constitucional da Inafastabilidade: Estudo com enfoque no ativismo judicial". In: Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal das 5ª Região. Recife, 2008, n. 17, p. 95-96.

[255] JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 78. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo., 4. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1, p. 91.

povo, que ninguém poderia ser julgado senão por seus pares, com base numa lei razoável que emanasse da sociedade”[256]. Esta cláusula, então, significou a proeminência, à época, do direito de liberdade individual em face dos atos praticados pelo Estado[257].

Nos Estados Unidos, o princípio do devido processo legal foi primeiramente inserido em algumas constituições estaduais, como as dos Estados de Virgínia e Delaware, que basicamente reproduziram o conteúdo dos diplomas legais que lhes deram origem. Um pouco depois, coube à Constituição do Estado de Maryland, em 1776, inovar na conceituação, fazendo pela primeira vez referência ao trinômio que hoje consta na Constituição Norte-Americana, qual seja: vida-liberdade-propriedade. Ainda no ano de 1776, sobreveio a Declaração de Direitos da Carolina do Norte, que relacionou os valores constantes do trinômio como sendo aqueles protegidos pela lei da terra, o que igualmente foi feito pelas constituições das colônias de Vermont, Massachussets e New Hampshire, bem como pelo Estado da Filadélfia.

Após o julgamento do caso envolvendo o escravo Dred Scott[258], no qual lhe foi negada legitimidade para pleitear a sua liberdade frente ao direito de propriedade do seu senhorio[259], o princípio do devido processo legal foi finalmente incorporado à Constituição Norte-Americana por meio das V[260] e

---

[256] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo.*, 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1, p. 91, nota 5.

[257] BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Devido Processo Legal (princípio do -). In: Ricardo Lobo Torres et. al.(coord.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011, p. 245.

[258] Após fugir para o Estado do Missouri, o escravo pretendeu obter a sua liberdade perante a Suprema Corte norte-americana com base na seção 8ª da *Missouri Compromise Act* de 1850.

[259] DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do Devido Processo Legal. In: Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). *Princípios Processuais na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2008, p. 28.

[260] “Amendment V (1791):
No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” Na tradução livre: "Nenhuma pessoa responderá por crimes capitais, ou outros crimes infames, sem a presença ou processamento diante de um júri, exceto nos casos de

XIV[261] Emendas[262] com esse conteúdo genérico de proteção, de tutela ao trinômio vida-propriedade-liberdade, valendo aqui mencionar que os casos em que a Suprema Corte Norte-Americana teve entendimento mais progressivo foram aqueles em que estavam em jogo a privacidade do indivíduo, e nos quais se considerou a mesma como compreendida dentro do conceito maior de liberdade[263].

Na América Latina, o princípio foi primeiramente introduzido nas Constituições da Argentina (1853)[264] e do México (1857)[265], sendo certo que no

---

rebelião das forças de terra ou navais, nas milícias, quando em exercício em tempos de guerra ou calamidade pública; nenhuma pessoa pode ser julgada duas vezes pelo mesmo crime; nenhuma pessoa pode ser obrigada a testemunhar contra si mesma, em qualquer processo criminal, nem ser privada da sua vida, liberdade ou propriedade sem o *devido processo legal*; nenhuma propriedade privada poderá ser utilizada para finalidades públicas, sem a justa indenização."

[261] "Amendment XIV (1868**)**
Section 1.
All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."Na tradução livre: "Todas pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos sujeitam-se à jurisdição dos Estados Unidos e dos Estados-membros onde residem. Nenhum Estado-Membro pode elaborar ou aplicar qualquer Lei que violem os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; não podem os Estados privar qualquer pessoa da sua vida, liberdade ou propriedade, sem o *devido processo legal*; não pode ser negada a qualquer pessoa, na competência da jurisdição em que está inserida, a proteção igualitária das Leis."

[262] NUNES, Dierle *et all. Curso de Direito Processual Civil*: Fundamentação e Aplicação, Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 75.

[263] Após traçar o histórico, Nelson Nery Junior aponta, por exemplo, o caso *Loving*, em que foi invalidada uma lei do Estado da Virgínia que impedia o casamento de pessoas de raças diferentes, o caso Griswold, no qual a Suprema Corte invalidou lei que vedava o uso de contraceptivos por pessoas casadas, além do caso *Eisenstadt*, oportunidade na qual se declarou a inconstitucionalidade de lei que vedava a distribuição de contraceptivos a pessoas não casadas. JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 79-80.

[264] O princípio do devido processo legal manifesta-se no 18º art. da Constituição Argentina de 1853, segundo o qual: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa". Na tradução livre:"Nenhum habitante do País pode ser apenado em juízo sem um julgamento prévio, fundado em lei anterior ao fato do processo, nem julgado por Tribunais de exceção, ou retirado de juízes designados pela lei antes do fato da causa."

[265]DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do Devido Processo Legal. In: Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). *Princípios Processuais na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2008, p. 28. Acrescente-se ainda que, no México constou primeiramente no 14º artigo da Constituição de 1857, ao afirmar que "No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas com

Brasil a cláusula do devido processo legal foi inserida na Constituição Federal de 1988, no rol de direitos fundamentais inscritos no art. 5º da Constituição Cidadã, mais precisamente em seu inciso LIV[266]. E, no entender de Nelson Nery Junior[267], *"foi neste sentido genérico, amplo, que a locução"* foi empregada no Texto Maior, vale dizer, "com nítida inspiração nas Emendas 5ª e 14ª à Constituição dos Estados Unidos*"*, interpretação que soa assaz razoável, na medida em que constam expressamente do *caput* do dispositivo os valores "vida", "liberdade" e "propriedade", sendo que estes dois últimos precedem a expressão "devido processo legal" na redação do inciso LIV[268].

Num primeiro momento, o princípio do devido processo legal teve a sua ideia ligada apenas e tão-somente ao seu aspecto processual, procedimental (*procedural due process of law*). Contudo este conceito foi posteriormente alargado pela Suprema Corte Norte-Americana, que passou a entendê-lo também em seu aspecto material (*substantive due processo of law*). Neste último sentido, fruto de uma interpretação elástica que se fez em prol dos direitos fundamentais, o princípio incide sobre o direito material[269], significando que, além de um processo regular sob o aspecto formal, é necessário que a própria decisão nele proferida seja *"substancialmente razoável"*[270]. De acordo

---

anterioridad al hecho y exactamente aplicadas á él, por el tribunal que préviamente haya establecido la ley". Na tradução livre: "Não se poderá editar nenhuma lei retroativa. Ninguém pode ser julgado nem sentenciado, senão pelas leis editadas anteriormente ao fato e exatamente aplicadas a ele, pelo tribunal que previamente tenha sido estabelecido por lei."

[266] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[267] JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

[268] Penso que a menção aos valores que constam do caput possuem relevância para a compreensão da extensão da cláusula do devido processo legal, tendo em vista que não se pode conceber a interpretação do inciso LIV fora do contexto em que ele está inserido, que é o do rol de garantias fundamentais, e cujo enunciado é primeiramente feito no *caput* do art. 5º.

[269] JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 78. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo., 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1, p. 81.

[270] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012, v. 1, p. 91.

com esta concepção do princípio do devido processo legal, na opinião de Patrícia Mothé Glioche Béze defende que:

> É possível ao Poder Judiciário buscar a justiça do conteúdo ou da matéria tratada na lei ou no ato administrativo, a fim de verificar se a sua substância está de acordo com os princípios basilares que informam o devido processo como cláusula constitucional, defendendo o indivíduo de eventual tirania estatal[271].

A notícia que se tem é que o alargamento do entendimento da Suprema Corte Norte-Americana se deu a partir de 1890, sendo um dos casos emblemáticos aquele em que se considerou inconstitucional, por ferir a liberdade de contratar, uma lei do Estado de Nova York que fixava a jornada de trabalho diária de padeiros em 10 (dez) horas e a semanal em 60 (sessenta) horas[272]. Sobre este desdobramento do princípio do devido processo legal, Nelson Nery Junior[273], identificando as suas raízes, chama a atenção para o fato de que:

> A origem do substantive due process teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o Legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a law of the land, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

Ainda sobre o caráter substantivo do princípio do *due process*, Dierle Nunes realça que é a partir dele que parcela da doutrina[274], bem como o

---

[271] BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Devido Processo Legal (princípio do -). *In*Ricardo Lobo Torres et. al.(coord.). Dicionário de Princípios Jurídicos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011, p. 247.

[272] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 65.

[273] JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 78. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo., 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1, p. 83.

[274] Esta, por exemplo, é a posição adotada por Patrícia Mothé Glioche Béze, para quem “nesta perspectiva, abriu-se para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar o exame de mérito dos atos do Poder Público, ou seja, a compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição de legitimidade destes fins, vindo a dar amparo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade” BÉZE, Patrícia Mothé Glioche.Devido Processo Legal (princípio do -)”. In: Ricardo Lobo Torres et. al.(coord.). *Dicionário de Princípios*

Supremo Tribunal Federal extraem o fundamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade[275]. Segundo afirma[276]:

> Tal princípio traria uma fórmula de controle do conteúdo das decisões (em geral), quando os princípios (vistos como bens ou valores) estivessem em conflito, buscando respeitar ao máximo o mais adequado e desrespeitando o mínimo o(s) outro(s) princípio(s) confrontante(s).

Em seu sentido mais restrito, a cláusula do devido processo legal, "entendido como garantia do pleno acesso à Justiça"[277], implica apenas no direito de o indivíduo processar e ser processado de acordo com as normas constantes do ordenamento. No entender de Rui Portanova:

> O devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito

---

Jurídicos. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011, p. 247-248. Segundo Frederico Wildson da Silva Dantas a faceta substantiva do *due process"deriva na proibição da irrazoabilidade e na máxima proporcionalidade, com seus subprincípios da adequação (utilidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito"*. DANTAS, Frederico Wildson da Silva.O Princípio Constitucional da Inafastabilidade: Estudo com enfoque no ativismo judicial". In: *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal das 5ª Região*. Recife, 2008, n. 17, p. 96. Além destes, Luís Roberto Barroso faz minuciosa digressão sobre o princípio do devido processo legal, destacando serem dele derivados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2004, p. 218 *et seq*.

[275] Cite-se, apenas a titulo de ilustração, três arestos proferidas pelo e. Supremo Tribunal Federal em que se fez menção à razoabilidade ou à proporcionalidade, de onde se extrai ser a proporcionalidade parâmetro para a verificação da constitucionalidade. São eles o acórdão proferido na ADI n. 1158-8. AM – Amazonas. [Orgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Ação Indireta de Inconstitucionalidade n. 1158-8. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Julgamento: 19/12/1994. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346863>. Acesso em 20-05-2012; PR – Paraná. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Agravo de Regimento de Recurso Extraordinário n. 200.844-3/PR. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Julgamento: 25/06/2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28200844%2ENUME%2E+OU+200844%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 20-05-2012; DF – Distrito Federal. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática de Recurso Extraordinário n. 653.115. Relator (a): Ministro in Celso de Mello. Julgamento: 22/02/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28653115%2ENUME%2E+OU+653115%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>. Acesso em 20-05-2012.

[276] NUNES, Dierle. *et all*. *Curso de Direito Processual Civil*: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 76.

[277] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012, v. 1, p. 91.

> de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com as normas previamente estabelecidas[278].

Dito de outra forma, nas palavras de Patrícia Mothé Glioche Béze, o princípio do devido processo legal, em seu caráter processual é:

> Um conjunto de procedimentos que obrigatoriamente devem ser observados para que o Estado possa retirar de alguém alguma liberdade conquistada. É considerado como uma garantia não somente das partes, mas também de um justo processo[279].

Ressalte-se, que a observância de um procedimento regular sob o ponto de vista formal, inclui também o direito ao contraditório e à ampla defesa, dentre outras garantias. Veja-se a ilustrativa lição de Frederico Wildson da Silva Dantas, *in verbis*:

> Por sua vez, o sentido procedimental do devido processo legal diz respeito ao direito a um procedimento previsto em lei que assegure ao litigante, entre outras garantias, o contraditório e a ampla defesa. O contraditório, definido pela doutrina como direito à informação necessária e à reação possível, implica o direito de informação geral sobre o processo, a bilateralidade de audiência e a motivação das decisões judiciais. A ampla defesa, concebida como o direito à adequada resistência às pretensões adversárias, implica o caráter prévio da defesa, do duplo grau de jurisdição, o direito a uma defesa técnica, o direito de ser notificado do processo, de produzir provas e contraditar as provas produzidas pela outra parte[280].

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar questões que envolviam o princípio do devido processo legal em seu aspecto processual, tendo, por diversas vezes, se manifestado no sentido de abraçá-lo. Dentre diversos julgados encontrados na jurisprudência do referido Tribunal Superior, pode-se citar, por sua representatividade, três arestos que muito bem denotam o entendimento mencionado. O primeiro deles é o acórdão proferido quando do

---

[278] PORTANOVA, Rui. *Princípio do Processo Civil*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 145.

[279] BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Devido Processo Legal (princípio do -).*Ricardo Lobo Torres et. al.(coord.). Dicionário de Princípios Jurídicos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011, p. 246.

[280] DANTAS, Frederico Wildson da Silva.O Princípio Constitucional da Inafastabilidade: Estudo com enfoque no ativismo judicial". In: *Revista ESMAFE* – Escola de Magistratura Federal das 5ª Região. Recife, 2008, n. 17, p. 96.

julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685/DF[281]. Naquela oportunidade, afastou-se a aplicação, nas eleições gerais de 2006, das regras eleitorais introduzidas pela Emenda Constitucional n. 52/06, a serem realizadas 7 (sete) meses após a sua edição, decisão que teve por fundamento a violação do uma norma, o art. 16 da *Charta Magna*[282], que, regulamentando o procedimento eleitoral, veda a alteração das regras a ele pertinentes no interregno de um ano que antecede o pleito. Isto é, respeitou-se o princípio do devido processo legal, mencionado expressamente na ementa do *decisum*.

Recentemente, o Pretório Excelso, também em matéria eleitoral, privilegiou, uma vez mais, o princípio do devido processo legal em seu aspecto processual. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 633.703, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, caso que ficou conhecido como "Ficha Limpa", impediu-se a incidência, já no ano de 2011, das disposições contidas na Lei Complementar n. 135/2010, que alterou diversos dispositivos da Lei Complementar n. 64/90, modificando e acrescentando hipóteses de

---

[281] "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CF. Alegação de violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art. 16) e às garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal (CF, art. 5º, caput, e liv). Limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador. Arts. 60, § 4º, iv, e 5º, § 2º, da cf.
(…)
3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI nº 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93).
(…)
4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello).
5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).
(…)
7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência." RN – Rio Grande do Norte. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685/DF. Relator (a): Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 22/03/2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283685%2ENUME%2E+OU+3685%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 16-05-2012.

[282] "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência."

inelegibilidade, o que também foi feito em homenagem ao devido processo legal, ali denominado de devido processo eleitoral, consubstanciado no respeito à anterioridade anual. Veja-se elucidativo trecho da ementa:

> Lei Complementar 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa. Inaplicabilidade às eleições gerais 2010. Princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da constituição da república).
> I. O Princípio da anterioridade eleitoral como garantia do devido processo legal eleitoral. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.
> (…)
> IV. Recurso Extraordinário conhecido e provido. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. b) dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar n° 135/2010 às eleições gerais de 2010[283].

[283] MG – Minas Gerais. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Recurso Extraordinário n. 633.703/MG.Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 23/03/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28633703%2ENUME%2E+OU+633703%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 16-05-2012.

O terceiro caso, fora do âmbito do direito eleitoral, cuidou da delicada questão envolvendo a demarcação de terras – diz-se delicada, uma vez que o direito de propriedade é direito fundamental protegido pela Constituição Federal. Mais especificamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.264/PE (Rel. Min. Ricardo Lewandowski) tinha por objeto a apreciação da constitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei n. 9.760[284], com a redação que lhe deu a Lei n. 11.841/2007[285]. Apreciando a matéria, os integrantes do e. Supremo Tribunal Federal dividiram-se em duas correntes. De um lado, aqueles que preconizavam a validade da alteração, tendo em vista a necessidade de se conferir celeridade ao procedimento de demarcação, e de outro, os que entendiam que a alteração, em verdade, acabava por impedir o exercício amplo do contraditório e da ampla defesa por parte dos ocupantes de terrenos de marinha, corrente esta que acabou prevalecendo[286].

Em que pese o devido processo legal procedimental ser aquele comumente sustentado pela doutrina[287], não se pode perder de vista que o

---

[284] A redação original do art. 11, do Decreto n. 9.760 seguinte: "Art. 11. Para a realização do trabalho, a SPU convidará os interessados, certos e incertos, pessoalmente ou por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo, se assim lhes convier, plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando."

[285] "Art. 11. Para a realização da demarcação, a SPU convidará os interessados, por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando."

[286] PE – Pernambuco. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalide n. 2.464. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 16/03/2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284264%2ENUME%2E+OU+4264%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 16-05-2012. Neste acórdão várias remissões são feitas ao princípio do devido processo legal, havendo, contudo, no voto proferido pelo Min. Luiz Fux, especial referência ao aludido princípio e, inclusive, aos seus consectários, o contraditório e a ampla defesa.. A abordagem do tema em conformidade com o princípio do devido processo legal pode ser muito bem percebida na análise de Valter Shuenquener de Araújo. ARAÚJO. Valter Shuenquener de. ADI n. 4.264-MC: Observância do devido processo legal na demarcação de terrenos de marinha. In: Luiz Fux (coord.). Jurisdição Constitucional: Democracia e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012 p. 47-69.

[287] Ilustrativa, para finalizar, a lição de Jefferson Aparecido Dias, senão vejamos: "Por essa concepção formal, mencionado princípio representa uma garantia de acesso à justiça e, também, de que, ao ser parte em um processo, seja ele criminal, civil ou administrativo, a pessoa não sofrerá qualquer restrição em sua vida, liberdade ou patrimônio sem que seja observado um procedimento previamente estabelecido na lei, no qual se respeite a igualdade das partes e se permita a mais ampla defesa de seus interesses." "Princípio do Devido Processo Legal". DIAS, Jefferson Aparecido.*Princípios Processuais na Constituição.* Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2008, p. 34.

princípio do *due process of law* é originário do direito anglo-saxão, sendo de bom alvitre que não se olvide do sentido em que ele é empregado lá. Com efeito, é absolutamente indispensável à sua correta compreensão – e aplicação – que se identifique, na origem, o seu significado mais puro, de modo que seja possível compatibilizá-lo com o ordenamento pátrio. Por tal razão, traz-se à baila a anotação feita por Nelson Nery Junior acerca da amplitude do devido processo legal, em que são identificadas, além das vertentes que rotineiramente são mencionadas pela doutrina nacional, outras facetas existentes no direito norte-americano, *verbis*:

> Além desses elementos essenciais, o princípio do devido processo legal no direito processual americano possui outras consequências adicionais, verbis: a) o direito a processo com a necessidade de haver provas; b) o direito de publicar-se e estabelecer-se conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas; c) o direito a uma audiência pública; d) o direito à transcrição dos atos processuais; e) julgamento pelo tribunal do júri (civil); f) o ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual[288].

Ao que foi dito sobre as duas facetas mais conhecidas do princípio do devido processo legal, some-se uma acurada observação, que ainda identificou nas decisões da Suprema Corte Norte-Americana um passo adiante que se deu na leitura do aludido princípio. Ainda na linha do devido processo legal substantivo, este vértice não estava mais relacionado apenas aos casos de cunho eminentemente econômico, e que almejavam proferir a decisão mais justa possível. Acompanhando a própria alteração do modelo de Estado reinante nos Estados Unidos da América, o *substantive due process* sofreu uma transformação no sentido da concretização dos direitos fundamentais. Nas palavras de Gisele Santos Fernandes Góes, o caráter substantivo do princípio não era mais voltado exclusivamente para o aspecto econômico:

> (...) gravitando em torno dos direitos individuais, pois o Estado – agora dito Social – tenciona possibilitar a maximização dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, elevando-se a autonomia individual[289].

---

[288] JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

[289] GÓES, Gisele Santos Fernandes.*Princípio da Proporcionalidade no processo civil*. São

Diga-se, que o entendimento acima mencionado não se mostrou voz isolada na doutrina, valendo aqui transcrever a opinião de Augusto do Amaral Dergint[290] a respeito dessa terceira faceta do princípio do devido processo legal, que segundo ele originou-se com a consolidação do Estado dito Social e se mantém até os dias atuais:

> Com a consagração do Estado Social e a retratação da ingerência judicial nos domínios econômico e social, o "devido processo legal", numa terceira fase (que se estende até os dias atuais), trilha novos caminhos exegéticos, restringindo-se sua aplicação, cada vez mais, a non economic matters (matérias não econômicas)
> O "devido processo legal" passa a servir, então, como instrumento de controle das invasões estatais nas faculdades essenciais ao exercício da personalidade humana e da cidadania: liberdade de pensamento e de opinião, direito à informação, liberdade de imprensa, de religião, direito das minorias, liberdade de participação política, direito de votar e de ser votado, direito de representar e fiscalizar os atos do Poder Público etc.

O que se vê, portanto, é que mesmo tendo a sua redação original inalterada desde a sua inserção na Constituição Americana, o princípio do devido processo legal teve o seu alcance em muito aumentado, ao que parece em sintonia com a alteração do modelo de Estado adotado e, claro, com os anseios manifestados pela sociedade, cada vez mais ávida pela materialização de seus direitos, principalmente se de índole fundamental[291]. Nesse sentido, é que anota Humberto Dalla Bernardina de Pinho que, sendo um conjunto de garantias constitucionais, o princípio do devido processo legal destina-se a

---

Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 57-58.

[290] DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, novembro, ano 60n. 709, p. 249-255.

[291] A julgar pelas palavras de Marcelo José Magalhães Bonicio, esta mudança no pensamento da Suprema Corte Norte-Americana veio em boa hora, eis que, sofrendo os direitos fundamentais constantes mudanças para se adequar à realidade da sociedade, que igualmente se encontra em contínuo processo evolutivo, é também indispensável que as garantias a eles correlacionados sejam atualizadas. Eis o elucidativo trecho em que tal ideia é colocada: "Em geral, nos sistemas jurídicos modernos, os valores mais elevados de uma sociedade encontram-se protegidos pela Constituição, não de maneira taxativa, porque nem mesmo o mais criativo dos juristas poderia prever quantas e quais são as garantias necessárias para proteger estes valores, mas, sim, de maneira a garantir o necessário respeito aos direitos humanos fundamentais. Estes direitos fundamentais sofrem uma natural evolução ao longo do tempo, conforme progridem as ciências, a cultura, e a política de uma determinada sociedade, exigindo que as proteções também evoluam e permaneçam ativas BONICIO, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre a tutela constitucional do Processo Civil brasileiro. In: *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Editora Dialética, 2006, dezembro, n. 45, p. 63.

conferir “legitimidade do exercício da jurisdição”[292]. Mesmo sem fazer expressa referência à fértil jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana que deu origem a esta terceira vertente do princípio do devido processo legal, Patrícia Mothé Glioche Béze[293] estabelece a sua relação com a proteção dos direitos fundamentais, destacando, também, que o caráter substantivo serve de instrumento para a equalização entre direito e justiça, *in verbis*:

> Pela dimensão substancial do devido processo legal a lei deve ser considerada sob um aspecto negativo, ou seja, o governo não pode gerar atos normativos que interfiram em determinadas áreas do direito, como no caso dos direitos fundamentais, sem que haja uma razoabilidade comprovada desta situação. Esta é a ideia que remonta à Magna Carta, onde ficou determinado que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, poderia afetar os direitos que hodiernamente são considerados fundamentais.
> Desta forma, a dimensão substancial do devido processo legal harmoniza o direito e a justiça, dentro de parâmetros que garantem não somente o direito à vida, à liberdade ou patrimônio, mas também a todos os direitos fundamentais, tornando-se um instrumento de proteção dos direitos individuais e liberdades públicas, além de impedir a existência de leis arbitrárias.

Pelo que se vê nesta terceira vertente, o princípio do devido processo legal não se destina somente a proteger o trinômio: vida-liberdade-propriedade, seja garantindo a regularidade formal do procedimento, seja mesmo orientando a busca pela solução mais justa. O que importa ter em mente é que, agora, a dimensão mais ampla -- e correta -- do princípio abarca a proteção de todos os outros direitos fundamentais[294], funcionando como verdadeiro fiel da balança no “conflito” entre direito e justiça. Neste ponto, há manifestação do Pretório Excelso que não pode deixar de ser aqui destacada por fazer expressa referência ao princípio do devido processo legal como instrumento de proteção

---

[292] PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, v. 1, p. 91.

[293] BÉZE, Patrícia Mothé Glioche.*Devido Processo Legal (princípio do -)*”. In: Ricardo Lobo Torres et. al.(coord.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011, p. 248.

[294] Assim pensa Luiz Guilherme Marinoni: “Note-se que os direitos fundamentais materiais, além de servirem para iluminar a compreensão do juiz sobre o direito material, conferem à jurisdição o dever de protegê-los (ainda que o legislador tenha se omitido) (...)”. MARINONI,Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

das liberdades individuais. Leia-se a seguir trecho da ementa do acórdão proferido nos autos da ADI n. 1.063-8/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *verbis*:

> A essência do substantive due processo of Law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO[295].

Esta relação entre direito e justiça foi reafirmada, *rectius*, dilargada pela própria doutrina, que estendeu a abrangência para nele inserir parâmetros de ordem ética. Naquela oportunidade, foi reafirmado ainda o alcance do princípio do devido processo legal, que, por tal fato, restou até mesmo considerado como de difícil conceituação, senão vejamos:

> Por outro lado, quando se fala em devido processo legal, é preciso pensar que esta garantia, cujas raízes históricas remontam ao famoso art. 39 da Magna carta de 1215, traduz uma ideia extremamente importante: a de "boa justiça", realizadas segundo os parâmetros éticos e razoáveis do processo, preocupada em fornecer uma justa solução ao litígio submetido ao Poder Judiciário, em tempo hábil.
> Não é possível conceituar, em termos precisos, o conteúdo do devido processo legal, mas é possível compreender que, em determinada circunstância, se algo comprometeu a realização da boa justiça, tanto formal, quanto materialmente, deve ser observada esta garantia constitucional, sempre em prol da justiça das decisões[296].

Em que pese a dificuldade na conceituação ser capaz de trazer um sentimento de incerteza quanto ao espectro de incidência, e, quiçá, de vulgarização do princípio do devido processo legal, certo é que tal característica vai permitir que, analisado e interpretado juntamente com as

---

[295] DF - Distrito Federal. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1063-8. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Julgamento: 18/05/1994. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346801>. Acesso em 20-05-2012.

[296] BONICIO, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre a tutela constitucional do Processo Civil brasileiro. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Editora Dialética, 2006, dezembro, n. 45, p. 74.

normas positivadas no ordenamento jurídico, o princípio do devido processo legal oriente que se extraia da Constituição -- texto que, como cediço, é incapaz de conter a previsão clara, expressa, específica de todo o elenco de direitos que podem e devem ser conferidos aos indivíduos[297] --, o seu real significado[298], o seu concreto dizer[299]. Noutro giro, a incerteza quanto a um conceito fixo do princípio do devido processo legal vai permitir que se identifiquem nas normas processuais infraconstitucionais o sentido em que devem ser aplicadas em cada caso concreto. Isto porque, "se há aspectos que são absolutamente indiscutíveis", "outros há, que podem aparecer"[300]. Se a uma primeira vista tal fato pode parecer desabonador do princípio, um olhar um pouco mais detido deixa outra impressão, absolutamente distinta, uma vez que:

> Em realidade, há normas que somente cumprem a sua finalidade, sendo, em parte configuradoras de conceitos vagos, dado que se fosse definir o princípio, certamente estar-se-iam excluindo hipóteses que virão a se revelar como suscetíveis de serem avaliadas à luz do princípio e seu respectivo conceito vago, mas que, com a definição, certamente, estariam descartadas, ou, pior, teriam sido descartadas pelo legislador infraconstitucional. Com isto haveria o evidente risco de definições infraconstitucionais, contrárias ao tamanho constitucional da regra[301].

---

[297] Lembre-se que em razão da constante evolução da sociedade a Constituição não pode ser vista como sendo idêntica, mesmo passado algum tempo desde a sua edição. "Deve-se vê-la, além disso, como um projeto de contínua aprendizagem de uma sociedade aberta e plural, que busca, a todo momento, a inclusão de todos por meio de procedimentos da gênese democrática do Direito, fundada na ideia de igual consideração de todos os envolvidos e na busca da mais ampla liberdade de participação de todos os interessados nas tomadas públicas de decisão". CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Minas Gerais*. Minas Gerais, 2009, abril a junho, v. 71, n. 2, ano XXVII p. 83.

[298] Fábio Vieira Heerdt muito bem resumiu que "a coexistência de regras e princípios permite a descodificação, isto é, permite a compreensão das Constituição como sistema aberto de regras e princípios". HEERDT, Fábio Vieira. Processo Civil no limiar do Século XXI – A Nova visão do juiz constitucional. In: *Revista da ASJURIS* – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2009, março, n. 113, p. 184.

[299] Bastante elucidativo é o acórdão prolatado quando do julgamento da ADI/MC n. 1.511/DF (Rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.10.96), uma vez que narra a história das 3 fases do entendimento acerca do princípio do devido processo legal, além de traçar um panorama do tema dentro da jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347105>. Acesso em 20-05-2012.

[300] ALVIM, Angélica Arruda. Princípios constitucionais do processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, n. 74, ano 19, p. 21.

[301] ALVIM, op. cit., nota 299, p. 21.

A diversidade de significados em que pode ser entendido, o alcance emprestado ao princípio do devido processo legal e, ainda, o fato de que dele decorrem todos os demais princípios que servem de norte para o exercício da jurisdição, orientando a leitura de todos os institutos que lhe são afetos, levou alguns autores, inclusive, a considerá-lo como um superprincípio[302]. Lançando mão das bem empregadas palavras de Odete Novais Carneiro Queiroz[303], "poderíamos cognominá-lo de "o princípio", uma vez que dele derivam os demais princípios constitucionais. É o alicerce de todos os demais princípios que dele decorrem".

Na prática, o que se tem visto é que o Supremo Tribunal Federal tem se filiado à corrente mais progressiva de interpretação quanto ao princípio do devido processo legal, entendendo-o em seu caráter substantivo e, mais do que isso, fazendo dele o fiel da balança na conformação de normas infraconstitucionais com o Texto Maior. Dois exemplos recentes são exemplos disso.

O primeiro deles é o recente julgamento envolvendo a questão do aborto de fetos acoimados de anencefalia (ADPF n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio)[304]. Um dos temas que se debateu no julgamento deste precedente histórico foi a validade de normas insertas no Código Penal brasileiro (arts. 124, 126 e 128, incisos I e II), e que tipificam como crime contra a vida a prática do aborto, frente aos valores que possuem guarida constitucional nas hipóteses em que se identificar a anencefalia do feto. Estavam em jogo, de um lado os direitos fundamentais da gestante em ver resguardada a sua integridade física e moral, a sua dignidade humana e, de outro, o direito à vida do feto[305]. E, quando do

---

[302] DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do Devido Processo Legal. In: In: Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). *Princípios Processuais na Constituição*, Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2008, p. 26.

[303] QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. O Devido Processo Legal. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, n. 748, p. 48.

[304] DF – Distrito Federal. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54. Relator (a):. Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 12.4.2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=79&dataPublicacaoDj=24/04/2012&incidente=2226954&codCapitulo=2&numMateria=11&codMateria=4>. Acesso em 16-03-2013.

[305] Consta do Informativo n. 661, de 18 de abril de 2012, sob o título "ADPF e interrupção de gravidez de feto anencáfalo – 1" que "aduziu inescapável o confronto entre, de um lado, os

julgamento, mesmo diante de texto legal expresso que tipificava a antecipação do parto como crime contra a vida, o Pretório Excelso, mesmo não considerando os aludidos dispositivos legais inconstitucionais, conferiu interpretação aos mesmos, de modo a não considerar conduta típica os fatos descritos nos artigos supramencionados quando a hipótese for de anencefalia do feto. Mesmo que não se tenha notícia da publicação do acórdão, colhe-se do Informativo semanal de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o substantive *due process of law* serviu como base ao julgado. Prova disso é o elucidativo voto do Min. Marco Aurélio, relator do processo, que assim se pronunciou:

> Não se coadunaria com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, de modo a privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não deteria sequer expectativa de vida fora do útero e aniquilar-se, em contrapartida, os direitos da mulher ao lhe impingir sacrifício desarrazoado[306].

A questão da (des)proporcionalidade ainda encontrou pelo menos mais uma referência, desta vez feita pelo Min. Luiz Fux. O excerto constante do Informativo de jurisprudência n. 661 dá conta de que o Min. Fux:

> Reforçou que o bem jurídico em eminência seria exatamente a saúde física e mental da mulher, confrontada em face da desproporcionalidade da criminalização do aborto levado a efeito pela gestante de feto anencefálico. Asseverou que essa ponderação de preceitos denominar-se-ia "estado de necessidade justificante", consectariamente, o art. 128 do CP deveria receber leitura moral[307].

---

interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência". Disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>. Acesso em 20-05-2012.

[306] Este excerto foi extraído do Informativo n. 661, no trecho que identificado pelo título "ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo – 10". Disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>. Acesso em 20-05-2012.

[307] Transcrição extraída do Informativo no 661, da parte intitulada "ADPF e interrupção de gravidez de feto anencefálico – 16". Disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>. Acesso em 20-05-2012.

Como se vê, mesmo que o princípio do devido processo legal não tenha sido expressamente mencionado nos dados contidos no Informativo de jurisprudência, a proporcionalidade o foi. Dessa forma, levando em consideração que, como mencionado, ela é comumente utilizada pelo Pretório Excelso para se referir ao *substantive due process*, pode-se inferir que tal princípio foi um dos fundamentos utilizados no julgamento em questão.

O segundo exemplo que pode ser citado também é referente a outro julgamento histórico realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Está-se a tratar da possibilidade de reconhecimento de uniões homoafetivas. Tendo sido ajuizada Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto), e vindo esta a perder parcialmente o seu objeto, o remanescente foi julgado em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 4.227/DF, Rel. Min. Ayres Britto). Neste caso emblemático, a questão centrou-se na interpretação a ser dada ao (i) §3º do art. 226 da Constituição Federal ante o teor do *caput* do mesmo dispositivo[308], bem como (ii) art. 1.723 do Código Civil[309], também diante de um valor protegido constitucionalmente, a família.

Relativamente à primeira questão, considerando que a família é o bem maior que o art. 226 da *Charta Magna* pretende proteger, concluiu-se no julgamento da ADPF n. 132/RJ que:

> A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros[310].

---

[308] Art. 226, da Constituição Federal: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(…)
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

[309] Art. 1.723 do Código Civil: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

[310] Excerto extraído da ementa do acórdão proferido na ADPF n. 132/RJ. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 20-05-2012.

Partindo desta premissa, e observando-se ainda outros valores protegidos constitucionalmente, tais como a intimidade, a vida privada (art. 5º, inciso X), além da vedação à conduta preconceituosa e discriminatória (art. 5º, *caput* e inciso I), acolheu-se o entendimento de que era necessário realizar uma leitura conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, excluindo-se de tal interpretação qualquer leitura que pudesse compreender vedação ao reconhecimento de uniões homoafetivas. Neste acórdão, em que pese não estar expressamente consignado o princípio do *substantive due process*, e nem mesmo os subprincípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verifica-se a inequívoca intenção do Supremo Tribunal Federal realizar, no caso concreto, e com a maior amplitude possível, os valores realçados pelo legislador constitucional. Buscou-se, nesse julgamento, concretizar direitos materiais – fundamentais – daqueles que pretendem ver reconhecida uma união homoafetiva. E é daí que se depreende a aplicação do princípio do devido processo legal substancial, aqui já na sua terceira faceta, a de fiel da balança na proteção dos direitos fundamentais. Nessa linha, pode-se, para reforçar, recorrer perfeitamente ao que disse Frederico Wildson da Silva Dantas[311] ao asseverar que:

> O devido processo legal constitui o núcleo axiológico dos princípios constitucionais processuais, representando para o sistema de direitos e garantias processuais o mesmo que o princípio da dignidade da pessoa humana representa para o sistema de direitos e garantias fundamentais em geral. Em outras palavras, o devido processo legal é a base de sustentação dos princípios processuais das Constituição (...)[312].

O que se conclui a partir dessa nova conotação do princípio do devido processo legal é que a sua grande meta é ser uma ferramenta, uma verdadeira "arma na defesa dos direitos fundamentais"[313], devendo se "mostrar idôneo a

---

[311] DANTAS, Frederico Wildson da Silva.O Princípio Constitucional da Inafastabilidade: Estudo com enfoque no ativismo judicial". In: *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal das 5ª Região*. Recife, 2008, n. 17, p. 96-97.

[312] Ivo Dantas é partidário da mesma ideia quando diz que "sob o ângulo do Direito Constitucional Processual, caso desejássemos tratar de apenas um só princípio, poderíamos ficar limitados ao Devido Processo Legal, isto porque, em última análise, todos os demais são dele decorrentes". DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. Curitiba: Editora Juruá, 2003, v. I, p. 165.

[313] DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do Devido Processo Legal. In: Olavo de Oliveira Neto e

uma adequada atuação da garantia constitucional de justiça”[314]. Partindo dessa premissa, que hoje é consenso na doutrina processual que se dedica ao estudo do tema, e considerando que, como dito anteriormente, o objetivo maior da jurisdição é concretizar os valores constitucionais, é mais conveniente, hoje, não mais falar em devido processo legal, mas em devido processo constitucional. Eis os termos em que esta situação é posta por Humberto Theodoro Júnior:

> O aprimoramento das técnicas processuais deu-se, portanto, no rumo de torná-las, cada vez mais, instrumentos utilizáveis sempre para condicionar a atuação dos órgãos judiciais em conformidade com a Constituição. O que hoje se espera da Justiça Pública é que esteja, sobretudo, preocupada com a eficácia das normas constitucionais por meio de instrumentos processuais específicos e adequados, dentre os quais se destaca o devido processo constitucional, visto como metodologia de garantia dos direitos fundamentais[315].

Ultrapassando os limites da mera formalidade para se dirigir à garantia dos valores protegidos constitucionalmente, quais sejam, os direitos fundamentais, o princípio do devido processo, agora constitucional, foi identificado por José Roberto dos Santos Bedaque como sendo o processo justo:

> Mas processo não é, e nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional[316].

Analisando o papel desempenhado modernamente pela Constituição, bem como a missão a ser cumprida pela jurisdição constitucional no Estado

---

Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). *Princípios Processuais na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2008, p. 43.

[314] JUNIOR, Humberto Theodoro. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil. In*:Revista dos Tribunais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, n. 655, p. 12.

[315] JUNIOR, Humberto Theodoro. Direito Processual Constitucional. In: *Revista Trabalhista*: Direito e Processo. São Paulo: Editora LTr, 2008, n. 27 p. 36-37.

[316]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 26.

que se espera seja de Justiça, Humberto Theodoro Júnior[317] perfilha de tal pensamento, inclusive mencionando que tal postulado é amplo, atingindo até mesmo as relações com a Administração Pública e o Legislativo, *in verbis*:

> Da posição operante e positiva assumida pela Constituição, e pelo papel confiado à jurisdição no Estado Democrático de Direito, pode-se reconhecer a figura do devido processo constitucional (processo justo de que falam os italianos) como garantia, ele mesmo, de natureza fundamental. E nessa categoria compreendem-se as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional), indispensáveis à formação de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade.
> (...)
> Enfim, vista a tutela jurisdicional dentro do prisma da Constituição, a ideia de devido processo constitucional (ou processo justo) é instituição ampla, de regência de todo e qualquer procedimento, incluindo até mesmo o desenvolvimento perante a administração e o legislativo[318].

Como lembrado pelo autor na transcrição que se fez acima, o processo justo[319] teve origem na Itália, no momento em que se alterou a redação do art. 111 da Constituição daquele país[320]. Com base neste dispositivo de índole

---

[317] JUNIOR, op. cit., nota 314, p. 37.

[318] Este raciocínio pode ser lido também em Frederico Wildson da Silva Dantas. (O Princípio Constitucional da Inafastabilidade: Estudo com enfoque no ativismo judicial". In: Revista ESMAFE).

[319] Ao tratar da alteração do papel do processo a partir de meados do Século XX, Humberto Theodro Junior diz que restou reforçado o caráter instrumental "na realização e tutela dos direitos subjetivos substanciais, já então permeados de valores humanos e éticos, dando origem ao chamado processo justo". JUNIOR, Humberto Theodoro. Direito Processual Constitucional. In: *Revista Trabalhista*: Direito e Processo. São Paulo: Editora LTr, 2008, n. 27 p. 36.

[320] "Art. 111 - La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.
Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.
Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.
Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.
La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

constitucional muito alvoroço se criou em torno da efetividade do processo, que, levada ao extremo -- vale dizer, com o seu real significado distorcido -- acabou confundida com celeridade processual. Ou mais, com celeridade processual a qualquer custo. Muito embora a celeridade seja um valor protegido pelas Constituições contemporâneas, inclusive pela Constituição Federal de 1988, que teve esta cláusula acrescida ao texto original com o advento da Emenda Constitucional n. 45/94, ela "não é a única, devendo, por isso mesmo, conviver e harmonizar-se com outras que igualmente merecem igual prestígio constitucional"[321].

Cuidando-se, neste momento histórico, de um processo que não é mais estático, mas sim dinâmico e que, como se viu, é ao mesmo tempo garantidor de direitos fundamentais e informado pelos mesmos direitos fundamentais, descarta-se a ideia do devido processo legal encarado exclusivamente sob a ótica do *procedural due process*, e adota-se a do processo justo, em que todos os institutos e categorias devem passar por uma releitura, de modo a

---

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.
Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge.
Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.
Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione."
Na tradução livre: "Art. 111- A Jurisdiçãoé implementada atravésdo devido processoregulado por lei.
Cada processotem lugar nodebateentre as partes,em pé de igualdade, ante de juiz independentee imparcial. A leiprevê aduração razoável.
No processo penal,a lei prevê queuma pessoa acusada deum crime é, no menor tempo possível, informada, de maneira confidencial, da naturezaeda causa da acusaçãocontra ele; tem ele otempo eas condições necessáriaspara preparara sua defesa, tem o poder, nos tribunais, de interrogar ou fazerinterrogar aspessoas que fazemdeclaraçõescontra ele, de obter a convocação e o interrogatóriode pessoasem sua própria defesa,emmesmas condiçõesda acusação, e da produzir qualquer outra provaa seu favor,de ser assistido porum intérprete, senão compreender ou nãofalar a língua utilizadano processo.
O processo penalé regidopelo princípiodo contraditóriona formaçãoda prova.Aculpa do acusadonão pode ser estabelecidacom base emdeclarações feitaspor aqueles que, voluntariamente, sempre se escusam doacusado ou do seu advogado.
A lei regula oscasos em quea formação daprovanão ocorre sob o contraditório doréu ou por impossibilidade objetivaestabelecidaou em decorrência de comprovada conduta ilícita.
Todas as decisõesjudiciaisdevem ser fundamentadas.
Contra as sentençasecontra as medidasdeliberdade pessoalpronunciadas portribunais ordináriosouespeciais, ésempre possível o recursopara o Supremo Tribunalpor violaçãoda lei.
Pode-se afastar dessa regraapenas as sentenças detribunais militares emtempo de guerra. Contra as decisões doConselho de Estado edo Tribunal de Contas o Recurso de Cassação só é permitidopor razões inerentes à jurisdição".

[321] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Direito Processual Constitucional. In: *Revista Trabalhista*: Direito e Processo. São Paulo: Editora LTr, 2008, n. 27, p.40.

conformar-se com o Texto Constitucional[322]. Nessa dinâmica, reafirma-se aqui que o processo justo não pode se limitar a prezar pela observância da razoável duração do processo, ele impõe a implementação de "outros direitos principiológicos também fundamentais contidos na Constituição, sem os quais não se alcança uma tutela jurisdicional afinada com os anseios de justiça e efetividade"[323]. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[324] teve a correta percepção dessa nova realidade. Tanto assim, que partindo da premissa da proeminência, em sede processual, dos direitos fundamentais, sustenta não só a aplicação daqueles que se encontram expressos no Texto Constitucional, mas reconhece a possibilidade -- talvez fosse melhor falar em obrigatoriedade -- de se criar normas a partir dos valores constitucionalmente previstos, desde que seja necessário para se fazer a justiça no caso concreto. É lapidar o trecho abaixo destacado:

> 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 eqüitativo, e em consequência a norma de princípio ou o direito fundamental da paridade de armas[325].

Este entendimento mostra-se de suma importância na compreensão da sistemática processual moderna, eis que justifica, por exemplo, o reconhecimento, por parte de alguns, do princípio do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico pátrio, ainda que tal garantia não se encontre

---

[322] A doutrina, com fundamento em François Ost, afirma que "se a jurisdição decide por meio do direito processual, é vital reconhecer que esse requer uma nova programação para adequar-se às exigências contemporâneas, o que perpassa minimamente: a) por uma revisão dos princípios da demanda e dispositivo;" SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e o caso da ADin 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, dezembro, n. 154, p. 272.

[323] JÚNIOR, op. cit., nota 320, p.39.

[324]OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Os Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, janeiro, n. 155, p. 22.

[325]OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Os Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, janeiro, n. 155, p. 22.

expressamente prevista na Carta Republicana[326]. Sem esforço interpretativo, o mesmo se pode dizer da tão propagada efetividade processual, que, apesar de não escrita, considera-se compreendida na garantia insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988[327].

2.5 Segunda conclusão parcial

A Constituição Federal de 1988, editada após a derrocada do regime militar e, por isso mesmo, vasta ao elencar o rol de direitos e garantias fundamentais, consagrou em diversos de seus dispositivos os valores da "justiça" e da "igualdade". A Constituição Cidadã não se contentou mais em garantir o império da lei como forma de impedir o arbítrio e a participação popular como forma de legitimar o poder do Estado. O seu real intento foi promover, para usar uma expressão propositadamente vaga, o bem-estar social. Impregnada de dispositivos axiológicos que caminham nessa direção, intenta-se construir no Brasil o Estado de Justiça, na expressão cunhada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Neste Estado de Justiça, norteado por uma Constituição recheada de valores a serem perseguidos, a jurisdição constitucional ganha especial relevo. Ela não mais se limita a desempenhar o papel de pronunciar o direito a ser aplicado no caso concreto. Sua finalidade agora é a de realizar a justiça no caso posto à apreciação, alcançando, com isso, a verdadeira pacificação social do conflito (jurisdição constitucional). Nesta mesma toada, o instrumento do qual ela se utiliza para se manifestar, o processo, não pode mais ser visto sob a ótica privatística, de solucionar um problema das partes envolvidas. Prepondera hoje a sua visão publicística, no sentido de que a sua missão é a de servir de meio idôneo para se alcançar o objetivo da jurisdição. Dessa

---

[326] Cite-se, a título de ilustração, a posição de Ada Pelegrini Grinover (Processo em Evolução) e Ana Cândida Menezes Marcato (Considerações sobre o Princípio do Duplo Grau". In: Teoria do Processo: Panorama doutrinário Mundial).

[327] No que diz respeito à efetividade, é bom lembrar que a Constituição Federal somente faz menção à razoável duração do processo (*ex vi* art. 5º, LXXVIII), o que é menos do que a doutrina comumente entende por efetividade da prestação jurisdicional.

forma, este também não pode ser um instrumento qualquer. Inserido dentro de um contexto da jurisdição constitucional, o meio precisa ser justo, significando com isso que precisa, sobretudo, respeitar os valores protegidos pela Constituição, os direitos fundamentais.

É certo, então, que diante da nova perspectiva aqui exposta, surge para o operador do direito o dever de estar preparado para as mudanças paradigmáticas por ela introduzidas. Isto porque, o Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, mas, ao revés, deve estar direcionado para as constantes transformações sociais, políticas e econômicas. Há, assim, um verdadeiro combate ao formalismo processual excessivo, no qual se verifica um anseio crescente por técnicas hermenêuticas mais complexas e coerentes com aquilo que a Constituição elenca como direitos e garantias fundamentais.

Se esse “novo” processo necessita buscar sua validade nos valores inseridos na Constituição, possuem especial relevância para sua compreensão os princípios (normas axiológicas por definição) por ela resguardados, dentre os quais sobressai o do devido processo. Este princípio, que originariamente detinha uma conotação estritamente processual também foi “vítima” da evolução da sociedade e das alterações dos modelos de Estado que se sucederam ao longo do tempo, passando a ter um significado substantivo, que é o de orientar a busca pela realização da justiça no caso concreto.

Avançando na compreensão do princípio, é necessário, então, inseri-lo na realidade de um Estado de Justiça e, claro, do modelo de jurisdição que ele busca implementar. Nesse sentido, o princípio do devido processo não é mais somente legal, e nem só substancial, é constitucional, posto que permeado por todos os valores que encontram, de alguma forma, proteção constitucional. Isto não significa que o princípio do devido processo constitucional deva apenas preocupar-se com aqueles valores que se encontram expressamente previstos no Texto Constitucional. Ao revés, deve ele implementar todo e qualquer valor que possa ser inferido do Texto Maior. Somente assim estará ele em consonância com os objetivos do Estado de Justiça.

Por conta disso, o que se propõe é que o princípio do devido processo não seja aplicado apenas a partir do momento em que o réu é chamado a integrar o polo passivo da relação processual. Entende-se que ele deve incidir em todas as fases do processo, inclusive no momento inaugural da atividade

jurisdicional, que é aquele em que o autor exerce o direito de ação. É que, se, de um lado, ele deve servir como instrumento de garantia do mais amplo acesso à justiça, de outro ele não pode se furtar de proteger outro direito, de igual estatura, pertencente ao réu -- ou ao pretenso réu -- de não ser molestado, de não ter o seu patrimônio moral e jurídico violado por uma demanda manifestamente infundada.

O que se está a dizer, em resumo, é que somente (i) a compreensão do princípio do devido processo como devido processo constitucional e, (ii) sua aplicação em todas as fases do processo, inclusive naquela em que se manifesta o direito de ação, será capaz de implementar os valores protegidos pela Constituição, dentre eles o da igualdade e, por conseguinte, de realizar o valor maior que é a justiça.

3 O DIREITO DE AÇÃO E SEUS FILTROS

> Qual é a transcendência prática destas teorias sobre a ação?
> Qual destas teorias é a preferível?
> A questão não pode ser formulada nestes termos absolutos; ela só pode ser entendida se, historicamente, a colocarmos em relação a um determinado ordenamento positivo, em uma determinada fase de seu desenvolvimento. Portanto, não se trata de investigar a verdadeira teoria, como se houvesse apenas uma que pudesse considerar-se absolutamente exata diante de todas as outras, que teriam de ser consideradas equivocadas. É por isto que, na verdade, toda teoria deve ser considerada em função da relação entre o interesse individual e o interesse público – que, sob diferentes formas, apresenta-se em todos os campos da ciência jurídica -- podendo mostrar-se, por conseguinte, mais ou menos correta conforme na relação se acentue, por avaliações políticas, o predomínio de um dos termos e se desfaça, por isso, em um sentido ou em outro, o ponto de equilíbrio entre ambos[328].

3.1 Breve histórico do direito de ação

O teor da transcrição feita acima, extraída da obra de Calamandrei, introduz aquilo que será a marca deste capítulo, as polêmicas -- e são muitas -- existentes em torno do direito de ação. Por certo que não será possível nesta sede abordar todas elas, e nem mesmo esgotar aquelas que vierem a ser mencionadas ao longo deste estudo, até mesmo porque seria pretensão fazê-lo quando processualistas de escol não lograram êxito nesta tarefa. O intuito, portanto, é fazer um panorama sobre as características mais marcantes que foram registrados por cada uma das abordagens feitas em torno do tema “direito de ação”.

3.1.1 O Monismo

São bastante antigas as bases teóricas a respeito do direito de ação. Os autores que se debruçam sobre o tema identificam como sendo a primeira das

---

[328] CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. 1, p. 213.

teorias sobre o direito de ação aquela que o identifica com o direito material em disputa. Com efeito, atribuem a Savigny[329] a formulação desta teoria, que se denomina por vezes de Clássica, por outras de Imanentista e, ainda, de civilista. Desenvolvida por seu precursor até meados do Século XIX, quando havia o primado do Direito Civil e o Direito Processual ainda não era considerado como uma ciência autônoma, a teoria civilista preconizava que a ação era mero "elemento constitutivo do direito subjetivo"[330]. Dito de outra forma, o direito de ação era, por assim dizer, a reação manifestada por um indivíduo após a violação de determinado direito subjetivo. Chama a atenção sobre o assunto o excerto escrito por Moacyr Amaral Santos[331]:

> O que caracteriza essa teoria, não obstante as variantes imprimidas por seus adeptos, é que a ação se prende indissoluvelmente ao direito que por ela se tutela. Direito ou qualidade deste, direito em movimento como consequência de sua violação diz Savigny, direito em seu exercício, no dizer, de Vinnius, direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação, segundo Unger, direito elevado à segunda potência, conforme Mattriolo, qualidade, elemento, função, anexo ao direito, a ação não é outra coisa senão o próprio direito subjetivo material. Daí três consequências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito[332].

Ela era, então, um instituto do direito civil ligado ao exercício dos direitos[333], sendo daí a origem do brocardo *nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, in iudicio persequendi* (a ação é o direito de perseguir em juízo aquilo que lhe é devido). Todavia, esta teoria recebe ao menos duas críticas

---

[329] Vide, dentre tantos outros, o que diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional". In: *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.).

[330] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1972, p. 296.

[331] SANTOS. Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 182.

[332]. Sobre o teoria civilista da ação, vide também, dentre outros, os ensinamentos de Celso Agrícola Barbi (Comentários ao Código de Processo Civil), Eduardo Arruda Alvim (Direito Processual Civil), Alexandre de Freitas Câmara (Lições de Direito Processual Civil) e Manoel de Souza Mendes Junior (Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. *In* Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira). Na doutrina italiana, cite-se as obras de Piero Calamandrei (Instituições de Direito Processual Civil) e Giuseppe Chiovenda (Instituições de Direito Processual Civil, v. 1).

[333] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 18.

que precisam ser levadas em consideração. A primeira delas, de índole formal, porque ela tem no Direito Processual apenas um acessório do direito material, considerando-o apenas em seu aspecto formal ou técnico. Já a outra, de índole material está ligada ao fato de que, em se adotando esta teoria, resta sem explicação os casos em que há a propositura da demanda, mas esta resulta em uma sentença desfavorável[334], ou seja, quando não se reconhece o direito material que embasaria a *actio*[335]. Humberto Dalla[336] ainda menciona uma terceira crítica, qual seja, a de que a teoria monista se mostra insuficiente para explicar o *case* das ações meramente declaratórias, uma vez que, destinando-se exclusivamente a declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, não há previamente à propositura da demanda, a violação a um direito subjetivo.

3.1.2 Teoria Dualista: a polêmica entre Windscheid e Müther

No ano de 1856 iniciou-se a superação da teoria monista com a publicação de um estudo de autoria de Bernard Windscheid sobre o direito de ação no direito romano. Se até este momento histórico, a ação era tida como um elemento do direito subjetivo, um verdadeiro acessório do direito material, havendo verdadeira confusão entre um e outro, a partir da publicação desse estudo é vislumbrada uma diferença – melhor seria dizer separação – entre ambos.

---

[334] Estas críticas podem ser colhidas na lição de Francisco Wildo Lacerda Dantas (Teoria Geral do Processo (Jurisdição – Ação (Defesa) – Processo).

[335] Para Carlos Alberto Alvaro de Olivera a teoria monista peca pelo fato de ignorar "a característica mais marcante do ambiente processual, ou seja, a incerteza consubstancial do direito litigioso. Posto em lide, o direito material torna-se obviamente incerto, assim como a ação de direito material, que dele constituiria parte essencial." OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 764.

[336] PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 180.

Esclarece Manoel de Souza Mendes Junior[337] que, muito mais do que estabelecer uma distinção entre direito subjetivo e a *actio*, Bernard Windscheid sustentou a tese de que, na verdade, o conceito que se havia depreendido da *actio* do direito romano, base para o desenvolvimento da teoria monista, estava equivocado. Ela não seria mais uma qualificação do direito subjetivo, consubstanciada na possibilidade de se requerer a proteção do referido direito na hipótese de se verificar alguma violação, mas sim a viabilidade de, pela via judicial, impor a sua vontade a outrem, advindo daí a sua autonomia em relação ao direito material e a sua aproximação não mais com o direito de queixa do direito alemão (*Klagerecht*), mas sim com a ideia de pretensão (*Anspruch*)[338].

Numa espécie de resposta, Theodor Müther, no ano de 1857, também publicou trabalho que cuidou da *actio* no direito romano. Contudo, ao contrário do sustentado por Windscheid, Müther continuou defendendo que tanto a *actio* quanto a pretensão (*Anspruch*) significavam o direito de um indivíduo à tutela do Estado-Juiz, direito este condicionado à existência de um direito subjetivo e da verificação de sua eventual violação. O detalhe por ele acrescido foi o de esclarecer a confusão existente entre o direito subjetivo e a *actio* (ou pretensão) propriamente dita. Para Müther, enquanto o direito subjetivo é um direito eminentemente privado, oponível aos demais indivíduos, que precisam respeitá-lo, a *actio* possui natureza pública, posto que dirigido contra o Estado-Juiz[339].

---

[337] JUNIOR, Manoel de Souza Mendes. Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 881.

[338] Alexandre Freitas Câmara faz uma ressalva importante no que tange ao conceito de pretensão (*Anspruch*) formulado por Windscheid, ao afirmar que este não se confunde com o conceito de pretensão do Direito Processual, que é de intenção de submeter o interesse alheio ao próprio, mas consiste, ao revés, em uma pretensão material, um poder jurídico de exigir do devedor o cumprimento de uma prestação. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. I, p. 108.

[339] Dentre muitos, a polêmica entre Windscheid e Müther pode ser lida em: Celso Agrícola Barbi (Comentários ao Código de Processo Civil, v I), Eduardo Arruda Alvim (Direito Processual Civil) e Alexandre de Freitas Câmara (Lições de Direito Processual Civil, v. 1). Na doutrina italiana, cite-se as obras de Piero Calamandrei (Instituições de Direito Processual Civil) e Giuseppe Chiovenda (Instituições de Direito Processual Civil, v. 1). Especificamente sobre o que acabou de se dizer, elucidativo é um pequeno excerto extraído do texto de Manoel de Souza Mendes Junior: “Todavia, afirmava Müther, por mais que o direito subjetivo material seja pressuposto da actio (ou Klagerecht), eles são se confundem: aquele é um direito privado,

Lê-se na obra de Alexandre de Freitas Câmara que Windscheid ainda publicou um segundo trabalho sobre a *actio* do direito romano, uma "verdadeira réplica às afirmações de Müther"[340]. Neste estudo, reiterou seu entendimento sobre a distinção entre o direito subjetivo e a pretensão.

Ainda que se registrem críticas sobre os pensamentos de um e de outro, no sentido de que, apesar de terem se dedicado ao estudo da *actio* romana, ambos estavam, em verdade, na busca pela compreensão -- e, quiçá, justificação -- da realidade do seu próprio tempo, onde já preponderava a ideia de pretensão[341], as teses sustentadas por ambos os juristas alemães possuem pontos de convergência, sendo o mais importante aquele que preconiza ser o direito de ação uma relação autônoma, com sujeitos, deveres e obrigações que lhe são próprias, enquanto que o direito material envolveria a faculdade de o seu titular exigir de um terceiro o cumprimento de determinada obrigação, ainda que negativa. O direito de ação está ligado à possibilidade de se pleitear perante o Estado um provimento jurisdicional que obrigue o terceiro a adimplir a sua obrigação[342].

E parece ser esta a razão para que a doutrina processual seja unânime em reconhecer nesta polêmica a grande mola propulsora do desenvolvimento

---

dirigindo-se contra o adversário e este tem natureza pública, sendo exercido contra o Estado." (JUNIOR, Manoel de Souza Mendes. Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 880-881). Veja-se, também, a lição de Humberto Dalla Bernardina de Pinho:"Já Müther sustentou a ideia de um direito de agir contra o Estado e também um direito do Autor para que o pretor lhe outorgasse a "fórmula" que, na época, seria a tutela jurídica.
Afirmou Müther que o direito à concessão da "fórmula" nasce de um direito originário. Enquanto o particular é o obrigado perante o direito originário, o obrigado, diante da "fórmula", somente pode ser o Estado". (PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 180-181.

[340] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. 1, p.108.

[341] A crítica é registrada por Manoel de Souza Mendes Junior (Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. In: Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira).

[342] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v. I, p. 192.

da teoria da ação[343], especialmente no que concerne à declaração de independência em relação ao direito subjetivo material[344].

3.1.3 A Teoria Concreta do direito de ação

A doutrina processual dá conta de que em 1885[345] veio à lume, na Alemanha, um estudo de Adolph Wach a respeito da ação declaratória. Nesse estudo, admitindo a viabilidade de haver uma sentença sem que tenha ocorrido violação a um direito, como, por exemplo, nas ações declaratórias, e, sobretudo, vislumbrando a possibilidade de ser proferida sentença sem nem sequer haver direito subjetivo material em disputa, como nos casos das ações declaratórias negativas -- lembre-se que nestas ações o seu pressuposto é exatamente a inexistência de uma relação jurídica de direito material --, o autor sepultou de vez a tese que defendia a unicidade entre o direito subjetivo material e o direito de ação, calcificando a autonomia do direito de ação, que não fica na dependência da existência de um direito subjetivo material. Celso Agrícola Barbi[346] destaca que "o reconhecimento da existência da ação declaratória negativa foi o golpe de morte na doutrina civilista da ação"[347].

---

[343] Todos os autores já referidos e ainda alguns outros fazem tal afirmação. Cite-se, a título de ilustração desses outros, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 181).

[344] Francisco Wildo Lacerda Dantas faz a ressalva de que a distinção entre o direito subjetivo material e o direito de ação ganhou contornos mais delineados com Bülow. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo* (Jurisdição – Ação (Defesa) – Processo). 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 271.

[345] Em que pese a literatura apontar que os estudos sobre a teoria concreta do direito de ação foram desenvolvidos em momento posterior àqueles que defendem a teoria abstrata, abordar-se-á, em primeiro lugar, por uma questão didática, a teoria concreta.

[346] BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, p. 18.

[347] Esta assertiva é ainda corroborada pela possibilidade de existir um direito subjetivo material que tenha sido integralmente satisfeito, ou que nem sequer tenha sofrido ameaça de violação, situação na qual existe um direito sem uma respectiva pretensão.

Para Wach, portanto, o direito de ação era um direito dirigido ao mesmo tempo contra o Estado[348], ente que teria a obrigação de atendê-lo, tutelá-lo, e contra o réu, que teria de suportar seus efeitos. Narra a doutrina processual que o pensamento de Wach insere nesse contexto da definição do direito de ação um traço marcante, a saber, o de que ele fica dependente da prolação de uma sentença favorável de mérito, condicionada à verificação das condições da ação. Nesse sentido, destaca Moacyr Amaral Santos[349] que "a tutela jurisdicional deverá conter-se numa sentença favorável, o que quer dizer que o direito de ação depende da concorrência de requisitos de direito material"[350].

Da exposição dessa ideia central já se pode deduzir que a crítica apontada à teoria concreta do direito de ação está consubstanciada no fato de que a vinculação do direito de ação à existência de uma sentença de procedência pode ensejar uma situação em que existirá um processo sem a respectiva ação quando se alcançar uma sentença de improcedência do pedido. Ademais, ainda pode ser identificada uma segunda crítica, a de que correlacionar o direito de ação exclusivamente com a sentença favorável

---

[348] Diante do direcionamento do direito de ação em face do Estado é que Piero Calamandrei anota a preponderância da visão individualista, *verbis*: "Portanto, nesta construção --- que apresenta o Estado como obrigado a executar uma prestação a serviço do cidadão – está explicitamente consagrada a preeminência do interesse individual e a subordinação ao mesmo do interesse público". CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil.* Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. 1, p. 206.

[349] SANTOS. Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 183. O entendimento segundo o qual, para Wach, o direito de ação está a depender da prolação de uma sentença de mérito favorável ao autor é voz corrente na doutrina processual pátria, podendo-se citar, para ilustrar esta pesquisa, além da prefalada lição de Moacyr Amaral Santos, as obras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Direito Processual Civil Contemporâneo, v. 1), Alexandre de Freitas Cämara (Lições de Direito Processual Civil, v. I), Celso Agrícola Barbi (Comentários ao Código de Processo Civil, v. I) e Eduardo Arruda Alvim (Direito Processual Civil). Na doutrina italiana, cite-se as obras de Piero Calamandrei (Instituições de Direito Processual Civil, v. 1) e Giuseppe Chiovenda (Instituições de Direito Processual Civil, v. 1).

[350] Ainda que inserindo Adolph Wach entre os processualistas que defendem a teoria concreta do direito de ação, Manoel de Souza Mendes Junior aparentemente não insere a sentença favorável como sendo um traço característico da definição de direito de ação apresentada pelo jurista alemão. Após asseverar que para Wach "a finalidade do processo não é a proteção do direito do autor, mas sim a salvaguarda da justiça, que pode ser obtida tanto por meio do acolhimento quanto por meio da rejeição de sua demanda", conclui que "a titularidade da pretensão à tutela jurídica, aliás, não cabe apenas ao autor. Segundo Wach, ela é 'a pretensão do demandante, ou do demandado, de que se conceda tutela jurídica processual'". JUNIOR, Manoel de Souza Mendes. Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 885-886.

implica, necessariamente, na exclusão da visão do direito de ação em torno da figura do réu. A meu sentir, contudo, ele não pode ficar esquecido, já que até mesmo para que se admita ter razão o autor, é necessário, de outro lado, reconhecer que o réu não a tem[351].

3.1.4 A ação como direito potestativo (a ideia de Chiovenda)[352]

Em 1903, Giuseppe Chiovenda[353] parece ter criado uma nova vertente da teoria concreta do direito de ação, uma "dissidência" na expressão utilizada por Alexandre de Freitas Câmara[354].

Logo na abertura de suas Instituições, o mestre italiano consigna interessante distinção entre a vontade abstrata e a vontade concreta da lei. Segundo Chiovenda, em sentido lato a lei é o direito objetivo, significando isso "a manifestação da vontade coletiva geral", cujo objeto é a regulação das atividades dos particulares e dos órgãos públicos. Prosseguindo no raciocínio diz que a partir dessa vontade coletiva geral surge para o indivíduo a expectativa de obtenção ou de preservação de determinado bem da vida garantido pela tal vontade coletiva geral, o que constitui o direito subjetivo, que se resolve, nos dizeres do próprio autor, "numa vontade concreta da lei"[355].

---

[351] Sobre críticas ao direito de ação visto sob a ótica concretista, leia-se a obra de Francisco Wildo Lacerda Dantas (Teoria Geral do Processo (Jurisdição – Ação (Defesa) – Processo).

[352] Afora outras referências que serão feitas ao longo deste tópico, inclusive a própria obra do mestre italiano, as diretrizes de seu pensamento podem ser encontradas na doutrina processual brasileira em: Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Direito Processual Civil Contemporâneo, v. 1), Alexandre de Freitas Cämara (Lições de Direito Processual Civil, v. I), Celso Agrícola Barbi (Comentários ao Código de Processo Civil, v. I). Além disso, não se pode deixar de mencionar um de seus seguidores na escola italiana, Piero Calamandrei (Instituições de Direito Processual Civil, v. 1).

[353] O próprio autor afirma haver bebido na fonte de Wach. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução do original: Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 41.

[354] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. 1, p.109.

[355] Em excerto auto-explicativo, Chiovenda diz que*:* "Toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos, que, em regra, podem multiplicar-se indefinidamente. Cada vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma vontade concreta da lei, ao tempo em que da

Colhe-se ainda na obra do tratadista a distinção desenhada entre esta última categoria de direitos e os direitos potestativos, que não possuem um correlato dever jurídico, ultimando-se na produção de um efeito jurídico[356].

Estabelecidos tais conceitos, observa Chiovenda que, apesar de, no mais das vezes, a vontade concreta da lei ser satisfeita de modo espontâneo pelo devedor da obrigação, outras há em que tal não ocorre, quando, então, é verificada a lesão ao patrimônio, e de onde exsurge um segundo direito para o lesado, o direito de ação[357], por ele entendido como sendo "um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo"[358].

Mesmo reconhecendo que, por óbvio, existem relações entre o indivíduo e o Estado, sendo a ação apenas e tão-somente um meio de emprestar concretude à vontade abstrata da lei, observa Chiovenda que não há aí, ao contrário do que entendia Wach, um dever a ser prestado pelo Estado[359].

---

vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução do original: Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 17-18.

[356] Eis os exatos termos em que o conceito é posto*:* "Os direitos potestativos, por sua própria natureza, já que não se dirigem contra uma obrigação, mas se exaurem no poder jurídico de produzir um efeito jurídico, e se exercitam com uma simples declaração de vontade, com ou sem o concurso da sentença judicial, não podem ser lesados por ninguém.". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução do original: Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 36.

[357] A conclusão é extraída do que se segue: "Quando ao direito a uma prestação deixa de corresponder o estado de fato, por não se haver satisfeito a prestação, diz-se lesado o direito; e de lesão de um direito pode exsurgir um direito a uma nova prestação: daí que as vontades concretas de lei se distingam em originárias e derivadas. A lesão de um direito absoluto (isto é, da violação da obrigação negativa de não lesar o meu direito) extrai-se um direito novo contra uma determinada pessoa, que é obrigada a satisfazê-lo (por exemplo, restituindo-me o que me pertence) (...)". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Tradução do original: Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 33-34.

[358] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Tradução do original: Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 37-38.

[359] Interessante é o trecho de sua obra em que Giuseppe Chiovenda relaciona a tese defendida por Wach com a tradição germânica de estabelecer os vínculos do indivíduo com o Estado e não com o outro indivíduo*:* "Quando, porém, Wach assim demonstrava, a categoria dos direitos potestativos era ainda quase ignorada pela doutrina, e, reduzido a inserir ainda a ação no quadro dos direitos a uma prestação, o escritor alemão configurou como devedor em face da ação o Estado e como prestação devida pelo Estado a tutela jurídica pelo que, definiu a ação como "o direito daquele a quem se deve a tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch).
A teoria de WACH é mais conforme à tradição germânica do que à latina. Não se nega que existem relações jurídicas públicas (como se viu) entre o Estado e o cidadão; nem haveria

Acentua ele, inclusive, que não se verifica um conflito de interesses entre ambos, já que o interesse do Estado é, ao final, dar razão a quem a efetivamente a tem, pelo que não se mostra adequado falar-se em conflito de interesses entre Estado e indivíduo. Por tais razões, e levando em consideração que, como já advertia Wach, o direito exercido contra aquele perpetrou a lesão a um direito não traz para este nenhum dever em relação à ação, classifica o renomado processualista o direito de ação como sendo um direito potestativo[360]. Ou, dito de outra forma[361], "o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei"[362].

Concluindo sua tese, Giuseppe Chiovenda, corroborando o pensamento a respeito da autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo material, complementa-a acentuando que ele é condicionado à manifestação

---

ação, se não existisse o Estado, a que se dirigir; neste caso, entretanto, a relação com o Estado não é mais que um meio de obter certos efeitos contra o adversário. A tradição latina vislumbrava na ação especialmente essa direção contra o adversário a tradição germânica se fixa, antes, na relação com o Estado, como transparece da expressão Klagerecht (direito de querela). A diferença conceitual se manifesta na própria forma da demanda." (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Tradução do original: Paolo Capitano. 2. ed.Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 40.

[360] Aliás, analisando as proposições de Wach, Chiovenda afirma que este já fazia a defesa dessa tese "Se, pois, *se considera que o próprio WACH* admite que o direito à tutela jurídica se dirige também contra o adversário, o qual, conforme sua eficaz demonstração, a nada é obrigado em frente à ação, vê-se claramente que já o conceito do tratadista alemão desbordava do campo dos simples direitos a uma prestação". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Tradução do original: Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 40. Comunga dessa teoria Piero Calamandrei ao asseverar que a teoria da ação que "melhor parece adaptar-se ao atual momento histórico do Estado italiano é aquela intermediária, a do direito potestativo, formulada por Chiovenda (§ 34 c.)". CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. 1, p. 215).

[361] Além de destacar o título de relativista atribuído a Calamandrei, Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes ressalvam a opinião de que ele próprio, Calamandrei, desenvolveu conceitos particulares e fundamentais sobre o direito de ação, *in verbis*: *"*Entretanto, antes de concluir aderindo a Chiovenda, lança brilhantemente Clamandrei ideia básicas e fundamentais a respeito do tema. Segundo ele, a base dos conceitos de ação e jurisdição é formada, no Estado moderno, pela premissa fundamental da proibição da autodefesa. E, para poder dar razão a quem tem, é forçoso aceitar que também quem não tenha razão seja admitido a fazer com que o juiz constate se a tem ou não. Existe a ação entendida como atividade, segue Calamandrei, e, também, como direito; e ambos os conceitos coexistem, um não excluindo o outro. O primeiro é atinente à relação processual e está pré-ordenada à declaração de certeza do segundo". SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 98.

[362] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução do original: Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 42.

de vontade do indivíduo lesado[363], e somente se caracteriza com uma sentença de mérito favorável, já que retirar tal característica significaria dizer que todos os que forem a juízo teriam direito de ação, quando, em verdade, aqueles que não possuem direito a uma sentença favorável, sendo apenas titulares de uma faculdade jurídica[364].

A teoria do direito potestativo de Giuseppe Chiovenda, tal como as outras anteriormente expostas, não é imune à críticas. A primeira delas pode guardar relação com um dos pilares de sustentação da teoria. Com efeito, muito embora tenha o processualista italiano, assim como Wach, afirmado a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, o que foi feito principalmente com o exemplo da ação meramente declaratória, certo é que não deixaram, de algum modo, de manter o vínculo existente com o direito material, já que somente se reconhece o direito de ação a quem efetivamente tenha o direito material. Ao menos, é o que se depreende da exigência de uma sentença -- favorável -- ao autor[365]. Ou seja, o conceito estabelecido pela teoria não alcança os autores que, ao final do processo, recebem uma sentença de improcedência[366].

3.1.5 A Teoria Abstrata do direito de ação

No final do Século XIX, após a consolidação do entendimento que preconizava o seccionamento entre os conceitos de direito subjetivo material e direito de ação, seguiu-se o desenvolvimento da teoria do direito abstrato de ação, tendo como base trabalhos elaborados pelo húngaro Alexander Plósz (1880) e pelo alemão Heinrich Degenkolb (1877).

---

[363] CHIOVENDA, op. cit., nota 361, p. 40.

[364] CHIOVENDA, op. cit., nota 361, p. 41.

[365] ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 147-148.

[366] Outras críticas podem ser lidas na obra de Francisco Wildo Lacerda Dantas (Teoria Geral do Processo (Jurisdição – Ação (Defesa) – Processo).

Mesmo partindo da mesma premissa estabelecida por Müther de que o direito subjetivo material não se confundia com a pretensão, ainda que fosse dela um pressuposto, acabaram os processualistas dessa nova escola adotando outra rota ao perceber que a relação que Müther acreditava existir entre o direito material e a pretensão nem sempre seria verificada no caso concreto, eis que admitiam a possibilidade de vencer o litígio aquele que não fosse titular do direito subjetivo material em disputa. Com este raciocínio, que era capaz de explicar aqueles casos em que a sentença é desfavorável ao autor, chegaram à conclusão de que "a ação seria um direito de todas as pessoas, um direito inerente à personalidade"[367], estando, por tal razão, "disponível" para todos os indivíduos". O alemão Degenbolk, na tentativa de explicar o direito de ação nos casos em que, ao final, fosse proferida uma sentença de improcedência do pedido, ou seja, naquelas hipóteses em que o direito subjetivo é denegado ao autor, sustentou que não mais seria necessário que houvesse uma sentença favorável, como o faziam os adeptos da teoria concretista, mas apenas a afirmação, de boa-fé[368], da existência de uma vontade concreta da lei, de um preceito abstrato e hipotético desatendido do qual tenha acarretado determinado direito para um indivíduo. O direito de ação decorreria, portanto, de uma noção de veracidade subjetiva[369]. Os defensores

---

[367] JUNIOR, Manoel de Souza Mendes. Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 884.

[368] Alfredo Rocco diverge de Degenkolb ao negar que a boa fé seja um requisito de existência do direito autônomo de ação, que para ele consistiria em "um direito inerente à qualidade de sujeito, e que surge com esta: um direito abstrato e geral, não necessariamente dependente da efetiva adesão à um direito material subjetivo concreto, nem necessariamente reconectada a um elemento subjetivo que corrobore a existência de um direito material subjetivo (opinião, crença de direito, boa-fé)".
Tradução livre feita a partir do original: "(...) si trata dunque di un diritto inerente alla stessa qualità di subietto, e che sorge con questa: di un diritto astrato e generale, non necessariamente dipendente dalla effetiva appartenenza di un concreto dirittosubiettivo materiale, e neppure necessariamente ricollegato ad un elemento subiettivo che si riferisca all'esistenza di un diritto subiettivo materiale (opinione, credenza del diritto, buona fede)". ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906, p. 83-84.

[369] A expressão veracidade subjetiva foi utilizada por Hélio Tornaghi ao descrever o tratamento abstratista dado ao direito de ação por Degenkolb: "O direito de ação preexiste ao pedido do autor que é apenas o meio de pô-lo em exercício e compete a todos aqueles que puderem invocar uma norma legal em seu favor. Por isso mesmo Degenkolb entende que só tem direito de ação aquele que pede de boa fé (só tem direito de ação o honrado – der ehrlichen – o que baseia sua afirmação auf guten Glauben, ou seja, de boa fé), que supõe ter direito àquilo que solicita, julgando-se sinceramente amparado por lei, pouco importando tenha ou não tenha

desta teoria, abstrata, prosseguem no raciocínio partindo da premissa de que, não sendo possível aos indivíduos promover a autotutela dos direitos eventualmente violados, possuem eles interesse em que o Estado atue no sentido de promover a sua "restauração", interesse este que é considerado como principal[370]. Mas, além desse direito principal, tem os indivíduos, principalmente aqueles com direitos subjetivos violados, interesse em ver a atuação do Estado para viabilizar a transposição dos obstáculos que se põem a frente da "restauração".

Na esteira desta teoria está Alfredo Rocco, dando-lhe fundamentação própria ao afirmar que "toda pessoa tem interesse em que o Estado intervenha para lhe satisfazer os interesses protegidos pelo Direito"[371]. Acresce, ainda, que o direito de ação:

> (...) é um direito subjetivo cujo aspecto material consiste no interesse de obter a intervenção do Estado para a supressão dos obstáculos que a incerteza, ou a inobservância das normas aplicáveis ao caso concreto possam opor à realização dos interesses tutelados[372].

---

razão. Fala Degenkolb de uma veracidade subjetiva (Subjektive Wahrhaftigkeit)." TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Direito Processual Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1, p. 272-273.

[370] Ugo Rocco, ao dissertar sobre o fundamento do direito de ação, afirma que "Toda ação, em certo sentido, é sempre fundada, uma vez que inexistindo outro meio juridicamente permitido, isto é, permitido ou autorizado pelo ordenamento jurídico para reconhecer a existência ou inexistência de um direito, fora das vias jurisdicionais (com exceção da arbitragem); somente mediante o exercício do direito de ação e o pronunciamento de uma sentença de mérito, poderá ter conhecimento se o direito substancial afirmado como existente pelo autor (e negado pelo demandado) é real."
Tradução livre feita a partir do original: "Ogni azione è, quindi, in um certo senso sempre fondata, prechè non essendovi altro mezzo giuridicamente consetito, cioè permesso o autorizzato dall'ordinamento giuridico per riconoscere l'esistenza o la inesistenza di un diritto, al di fuori delle vie giurisdizionali (eccezione l'arbitrato), soltanto mediante l'esercizio del diritto di azione e l'emanazione di una sentenza di merito, potrà sapersi se il diritto sostanziale affermato esistente dall'attore (e negato dal convenuto), sia, in realtà, tale." ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile.* Torino: Unione Tip. Ed. Torinese, 1957, v. 1, p. 250-251.

[371]Tradução livre feita a partir do original: "Chiunque è titolare di interessi tutelati dal diritto, vale a dire, chiunque è dal diritto riconosciuto come subietto di diritti o persona, ha interesse a che lo Stato intervenga per il soddisfacimento dei suoi interessi, iquali siano tutelati tal diritto, quando non si possa o non si voglia attuare la norma che li tutela". ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906, p. 81.

[372]Tradução livre feita a partir do original: "(...)il diritto di azione, il quale, considerato dal lato sostanziale, è pertanto l'interesse ad ottenere l'intervento dello Stato per la eliminazione degli ostacoli che incertezza o l'inosservanza della norma ponde alla realizzazione degli interessi tutelati". ROCCO, op. cit., nota 370, p. 82.

Este é o interesse secundário, rigorosamente distinto do primeiro, posto que, como dito, é vedada a autotutela. Este interesse secundário, então, pode ser identificado com o interesse no meio para alcançar, promover o interesse principal, a tal "restauração", e possui existência autônoma[373] daquele outro, permanecendo inalterado independentemente do teor do interesse principal[374]. Noutros termos, cada indivíduo titular de um direito à "restauração" possui um único -- e o mesmo -- interesse secundário na atuação do Estado-Juiz[375].

Não há como deixar de mencionar a contribuição dada pelo processualista Ugo Rocco, defensor por excelência da corrente aqui esmiuçada, cujo pensamento se desenvolveu a partir das ideias de Alfredo Rocco. O direito de ação é definido por ele como "o direito de pretender a intervenção do Estado e a pretensão da atividade jurisdicional para apuração ou a realização coativa do interesse (material ou processual) protegido em abstrato pelo direito objetivo"[376]. Destaca que o poder do particular de

---

[373] "A interferência do Estado para a realização dos interesses tutelados, tanto por sua importância, tanto porque implica a atividade de sujeito distinto do titular de interesses principais, é utilidade que se persegue de modo especial, adquirindo assim existência autônoma e diferente da utilidade principal a que se refere".
Tradução livre feita a partir do original: "L'intervento dello Stato per la realizzazione degli interessi tutelati, e per la sua importanza, e prechè implica l'attività di un subietto diverso dal subietto degli interessi principali, è una utilità che viene proseguita in modo particolare, acquistando cosí una esistenza autonoma e distinta dalle utilità principal, a cui, in ultima analisi, si riferisce". ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906, p. 82.

[374] Sobre o tema, elucidativo é o trecho da obra de Alfredo Rocco: "Como interesse abstrato ele permanece imutado e imutável, ainda que variem os interesses concretos a cuja satisfação vise o titular em cada caso. Pode, pois, dizer-se que todo titular de direitos tem um único interesse, abstrato e secundário, de conseguir a intervenção do Estado para a realização de seus interesses tutelados pelo Direito. Tal interesse abstrato e secundário constitui, por sua vez, verdadeiro direito subjetivo: realmente, toda uma categoria de normas, as de Direito Processual, é destinada a protegê-lo".
Tradução livre feita a partir do original: "Come interesse astratto, esso rimane sempre lo stesso, per quanto variino i singoli interessi conreti al cui soddisfacimento possa, nei singoli casi, mirare il titolare di esso. Si può dire pericò che ogni titolare di diritti subiettivi ha un unico interesse astratto e secondario ad ottenere l'intervento dello Stato per la realizzazione sei suoi interessi tutelati dal diritto. Questo interesse astratto e secondario costituisce, alla sua volta, un vero e distinto diritto subiettivo: infatti una intiera categoria di norme, quelle del diritto processuale civile, sono destinate a tutelarlo". ROCCO, op. cit., nota 372, p. 82.

[375] Na doutrina brasileira, as linhas mestras da teoria abstrata do direito de ação podem ser encontradas nas obras de Moacyr Amaral Santos (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. 1), Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Direito Processual Civil Contemporâneo, v. 1), Alexandre de Freitas Cämara (Lições de Direito Processual Civil, v. I) e Celso Agrícola Barbi (Comentários ao Código de Processo Civil, v. I)

[376]Tradução livre feita a partir do original*:* "(...) il di diritto di pretendere l'intervento dello Stato e la prestazione dell'attività giurisdizionale, per l'accertamento o la realizzazione coattiva degli interessi (materiale o processuali) tutelati in astratto dal diritto obiettivo". ROCCO, Ugo.

pretender a intervenção do Estado é um *facultas exigendi*, cujo correlativo é o próprio dever do Estado de, por meio da atuação de seus órgãos, prestar a jurisdição. É perceptível, assim, que esta teoria teve uma característica importante a ser destacada, que é a de haver reconhecido, ante ao poder conferido ao Estado-Juiz de atender a esse interesse secundário, o correlato dever de prestar ao indivíduo a atividade jurisdicional. Esse é o direito do indivíduo de requerer a intervenção do Estado-Juiz -- ao qual corresponde o respectivo dever do Estado-Juiz --, preexistente ao processo e desvinculado do direito material, que esta corrente diz ser o direito de ação. Por fim, criticando as concepções de Wach, Büllow e Degenkolb, Ugo Rocco conclui que "o direito de ação é um direito pré-processual e processual de agir, ao qual corresponde uma obrigação jurídica pré-processual e processual do órgão judicial, de prestar a atividade jurisdicional"[377].

Mesmo logrando êxito na árdua tarefa de afastar as diversas ressalvas apresentadas em face das demais teorias sobre o direito de ação, a teoria abstrata também não se colocou a salvo de críticas. Entre as várias imperfeições apontadas por José da Silva Pacheco, e dentre as quais se pode citar aquela segundo a qual esta teoria é incapaz de explicar alguns importantes fenômenos da ciência processual (p. ex.: a litispendência e a coisa julgada), destaca-se aquela que diz constituir "a abstração uma desligação inadmissível do direito material (...)"[378]. É em razão disso, assinala Francisco Wildo Lacerda Dantas[379], que esta teoria vai se socorrer da complementação do conceito de demanda, que é o ato pelo qual se exerce, no caso concreto, o direito de ação.

L'autorita della cosa giudicata i suoi limiti soggettivi. Roma: Ateneo, 1917, p. 336.

[377]Tradução livre feita a partir do original: "Il diritto di azione è quindi un diritto preprocessuale e processuale di agire, a cui corrisponde un obbligo giuridico prepocessuale e processuale degli organi giurisdizionali, di prestare l'attività giurisdizionali". ROCCO, Ugo. *L'autorita della cosa giudicata i suoi limiti soggettivi*. Roma: Ateneo, 1917, p. 335.

[378] PACHECO, José da Silva. *Curso de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 30.

[379] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo* (Jurisdição – Ação (Defesa) – Processo). 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 278.

3.1.5.1 Os acréscimos de Betti e Carnelutti

Nesse sentido, importante mencionar, dentre os adeptos da teoria abstrata do direito de ação, as particularidades encontradas em Betti e Carnelutti. O primeiro, por construir a sua vertente da teoria abstrata sob o pilar da conjugação feita entre a pretensão e ação, sendo aquela a afirmação, por parte do autor, de uma situação jurídica concreta, e teoricamente idônea, decorrendo daí uma situação de coordenação entre ela e a ação, que é o poder de fazer com que o Estado-Juiz preste a atividade jurisdicional relativamente à determinada pretensão[380]. Estando ligada exclusivamente à pretensão, isto é, à afirmação feita pelo autor na petição inicial, não está o direito de ação condicionado à sentença que a reconheça[381].

Carnelutti, por sua vez, traz à baila conceituação inovadora, a de lide[382], que seria o conflito de interesses representado pela pretensão manifestada pelo autor e resistida pelo réu, sendo composta, portanto, pelas partes, pelo objeto, pela pretensão e, claro, pela resistência. Para este doutrinador, então, o direito de ação está relacionado com a obtenção de uma sentença sobre a lide posta à apreciação do juízo. Entretanto, não se trata de uma sentença qualquer, mas sim aquela que efetivamente alcance a justa composição da

---

[380] Em sua obra *Diritto Processuale Civile Italiano*, Emilio Betti afirma: “Parece-nos que há um nexo de coordenação entre ação e a pretensão invocada por ela, mas a ação é um direito de natureza especificamente processual, conferido por lei processual em relação a um direito apenas afirmado, independentemente do posterior reconhecimento da pretensão pelo Tribunal como de fato fundada.”.
Tradução livre feita a partir do original: “A noi sembra che un nesso di coordinazione interceda bensì fra l'azione e la ragione con essa fatta valere, ma che l'azione sia un diritto di natura specificamente processuale, conferito dalla legge processuale in ordine a una ragione affermata soltanto, indipendentemente dalla circostanza che essa ragione sia poi riconosciuta dal giudice siccome in fatto fondata”. BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. Roma: Societá Editrice del Foro*italiano*, 1936, p. 72.

[381] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 187.

[382] Francesco Carnelutti define lide como "*o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro*”.
Tradução livre feita a partir do original*:* “(...)il conflito di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro”. CARNELUTTI,Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936, v. 1, p. 40.

lide[383]. Ora, sendo o interesse a justa composição, pode ocorrer de a sentença ser eventualmente de improcedência, pelo que reside aí o seu caráter abstrato[384].

3.1.6 O extremo da abstração (Eduardo Couture)

Afirmando utilizar o método cartesiano para tentar decifrar o significado do direito de ação, o que no caso concreto implica, primeiramente, na análise do mundo dos fatos para, somente depois, relacioná-los com os dados científicos, Eduardo Couture observa, relativamente ao direito de ação, poder o autor socorrer-se do abrigo do Poder Judiciário mesmo contra a vontade do réu e, até mesmo, contra a vontade do magistrado[385]. E o faz, pela impossibilidade que se estabeleceu de, desde há muito, fazer a justiça pelas próprias mãos. Por tal razão, o processualista uruguaio afirma que a "ação civil vem a ser, pois, em última essência, o substitutivo civilizado da vingança"[386].

Partindo dessa premissa, compartilhada por praticamente todos os outros doutrinadores que se ocuparam do tema "direito de ação", Eduardo Couture faz uma digressão a respeito do duelo que se instaurou entre concretistas e abstratistas após a superação da ideia de que ação confundir-se-ia com o próprio direito material. Nessa trilha, mesmo entendendo, diferentemente de outros abalizados doutrinadores, que o direito de ação não deve ser confundido com o direito de demandar[387], atesta que é possível identificar nas correntes antagônicas alguns pontos de convergência que ele considera básicos na teoria do direito de ação, quais sejam:

---

[383] CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Editora Morano, 1958, p. 9.

[384] SANTOS, op. cit., nota 380, p. 188.

[385] COUTURE, Eduardo J.. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução: Mozart Víctor Russomano, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951, p. 25-26.

[386] COUTURE, Eduardo J.. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução: Mozart Víctor Russomano, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951, p. 27.

[387] COUTURE, op. cit., nota 385, p. 54.

> a) no estado de direito, a violência privada é substituída pela petição à autoridade;
> b) essa petição à autoridade constitui um poder jurídico do indivíduo, mas é o único meio idôneo para obter a prestação da jurisdição;
> c) o poder jurídico de requerer perante a autoridade não pode ser denegado a ninguém; proibida a justiça privada, é evidente que se deve dar a todo sujeito de direitos a faculdade de obtê-la por intermédio da autoridade; privá-lo de uma e de outra, seria denegar-lhe a própria justiça[388].

O que observa nos pontos de interseção é que em todos eles a figura do Estado está de alguma forma referida. E, diante disso, indaga se esse direito (poder jurídico) conferido ao indivíduo de recorrer ao Poder Judiciário, onde não se exige a demonstração de que ele tem razão em seu pleito não estaria incluído no rol dos já clássicos direitos e garantias. Fazendo tal análise ante o disposto no art. 19 da Constituição do Uruguai, Couture identifica que este direito de petição pode ser exercido perante qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo certo, contudo, que perante o Poder Judiciário esse direito de petição ganha especial contorno não só pelo fato de que acaba por envolver um terceiro (o réu), ainda que contra a vontade deste, mas também por exigir do Poder Público o dever de decidir a controvérsia posta à apreciação[389]. É por essa razão que se colhe na obra de Couture a famosa afirmação de que "ação constitui uma forma típica do direito constitucional de petição. Esse é o gênero: a ação é a espécie"[390].

Conclui desse modo, que o direito de ação é:

> (...) um poder jurídico distinto do direito material e da demanda em sentido formal, destinado a obter a atividade estatal, por intermédio de seus órgãos competentes, para a declaração coativa de um direito[391].

---

[388] COUTURE, op. cit., nota 385, p. 45.

[389] "Ante o Judiciário, o direito de petição assume feição particular. Enquanto que perante outros poderes ele apenas configura uma relação entre o particular e a autoridade, perante o Judiciário êle envolve a um terceiro, que se vê, assim, ainda que contra a sua vontade, incluído na petição.
Essa circunstância explica que, tradicionalmente, e muito antes mesmo do direito de acesso aos tribunais ser classificado entre os direito de petição, o debate forense tenha sido regulamentado mediante a lei processual, e se tenha criado para o poder público o dever jurídico de pronunciar-se a respeito da pretensão". COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução: Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p51.

[390] COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução: Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p53.

[391] COUTURE, op. cit., nota 389, p 56.

Em que pese dever ser atribuído a Couture o mérito de haver conceituado o direito de ação como um direito de índole constitucional, incluindo-o no rol das garantias fundamentais do cidadão -- lugar de onde parece não mais ter saído --, fato que possui sua importância histórica em razão de a teoria ter sido desenvolvida num contexto histórico no qual delimitar a liberdade do indivíduo era medida imperiosa, é possível apontar uma crítica[392], que serviu de base, aliás, para a ideia inicial deste trabalho. Com efeito, ao identificar o direito de ação como sendo um direito da mais alta estirpe[393] assentou o entendimento de que o acesso ao Poder Judiciário é daqueles direitos que "devem ser outorgadas com a máxima liberdade"[394]. É com base nessa assertiva que diz que se torna inviável questionar, de antemão, se o demandante tem ou não razão, se age ou não de boa-fé, o que somente será possível aferir no momento da prolação da sentença. Em verdade, é partir deste "fenômeno que consiste em não se poder exigir de

---

[392] Não concordo, aqui, com a crítica subscrita por Francisco Wildo Lacerda Dantas de que o direito de ação não poderia ser enquadrado com o direito constitucional de ação pelo fato de que neste não se verifica o dever de resposta do Estado. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo* (Jurisdição – Ação (Defesa) – Processo), 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 279-280. A uma, pois o próprio Couture, como visto anteriormente, afirmou que tem sim o Estado o correlato dever de prestar a jurisdição, dando a resposta ao direito de ação. E a duas, pois já está assente o entendimento de que ao direito fundamental de petição encontra-se o dever de o Estado dar a respectiva resposta, ainda que negativa. Nesse sentido, a lição de José *Afonso da Silva:*
"(...) o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação. Algumas constituições contemplam explicitamente o dever de responder (Colômbia, Venezuela, Equador). Bem o disse Bascuñan: "O direito de petição não pode separar-se da obrigação da autoridade de dar resposta e pronunciar-se sobre o que lhe foi apresentado, já que, separado de tal obrigação, carece de verdadeira utilidade e eficácia". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997 p. 422. Na jurisprudência, pode-se indicar para reforçar o que se disse os acórdãos proferidos nos autos do Mandado de Segurança n. 5203/DF. MG – Minas Gerais – Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção. Mandado de Segurança n. 5203/DF. Relator (a): Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 10/12/1997. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700318575&dt_publicacao=25-05-1998&cod_tipo_documento>. Acesso em 19-04-2013. E: DF – Distrito Federal. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção. Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 8750/DF. Relator (a): Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento: 10/03/2004. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=457069&sReg=200201510684&sData=20040329&formato=PDF>. Acesso em 19-04-2013.

[393] Neste momento de sua obra Eduardo Couture já reconhecia a importância do direito, mas ainda não o havia classificado como um direito constitucional (garantia fundamental).

[394] COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução: Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p, 46.

antemão do autor nem sequer uma aparência de uma razão", que Eduardo Couture faz a indagação -- e em seguida fornece a resposta positiva -- sobre a inserção do direito de ação no rol das garantias fundamentais.

Entretanto, o próprio Couture reconhece ser uma infelicidade o fato de não se poder definir desde o início se o autor tem ou não razão. Por certo que não se pode deixar de anotar que esta afirmação vai ao extremo oposto do que foi por ele defendido, mas o que importa ter em mente para fins de registro da crítica é que a infelicidade está em não se poder evitar as lides temerárias. Eis o trecho em que é feita esta observação:

> (...) Ao outorgar essa faculdade não cabe perguntar de antemão se o reclamante tem ou não razão, ou se age de boa ou má-fé. Infelizmente isso só poderá saber por ocasião da sentença final. Dizemos infelizmente, porque o ordenamento jurídico seria infinitamente mais perfeito se fosse possível saber desde a propositura da ação se o autor tem ou não razão, uma vez que dessa possibilidade decorreria a de evitar-se o litígio malicioso[395].

Com base em palavras escritas pelo próprio autor é até mais confortável tecer a crítica de que extrair do valor constitucional inerente ao direito de ação a impossibilidade de se exigir do autor até mesmo uma aparência de razão pode levar a uma inquietante -- para dizer o menos -- situação de ver a máquina judiciária movida por uma demanda que pode ser completamente despropositada. E isto sem falar, é claro, na incômoda -- também para dizer o menos -- situação de se obrigar um indivíduo a comparecer em juízo para apresentar a sua defesa.

[395] Ibid., p. 46.

3.1.7 O juízo de ponderação feito por Liebman

Durante o período da 2ª Grande Guerra, o italiano Enrico Tullio Liebman veio para o Brasil em razão do regime fascista implantado na Itália, tendo aqui iniciado seus estudos sobre o direito de ação[396]. Mas, foi retornando à Itália após o término do conflito bélico mundial, contexto histórico no qual a humanidade clamava mais do que nunca pelo fim das opressões e pela concretização dos ideais libertários, que ele fez vir a público estudo que buscou retomar a análise acerca dos fundamentos de ordem científica do direito de ação[397].

Liebman diz que, cabendo à parte interessada tomar a iniciativa de recorrer ao Poder Judiciário, tem-se aí configurado, antes de mais nada, um verdadeiro ônus, já que sem tal ato de provocação não pode haver a intervenção desse terceiro, que não age *ex officio*. Contudo, segue ele afirmando que o ato de provocação que incumbe ao interessado não deixa de ser também um direito, o direito de "convocar" esse terceiro no intuito de fazer valer um direito[398]. Prossegue ele afirmando que "naturalmente a tutela jurisdicional cabe na verdade apenas a quem tem razão, não a quem se louva de um direito inexistente"[399], parecendo com isto estabelecer relação de cumplicidade com a corrente concretista do direito de ação. Porém, em seguida faz outra proposição que o aproxima da corrente abstrata do direito de ação, mais precisamente ao consignar que:

> (...) o único modo de assegurar a quem tem razão a possibilidade de fazê-lo valer em juízo é o de permitir a todos que levem suas demandas ao tribunal, aos quais caberá a missão de examiná-las e de acolhê-las ou de rejeitá-la[400].

---

[396] Pode-se mencionar, a título de ilustração, a elaboração de um estudo sobre O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito, publicado na *Revista Forense*. Este estudo também pode ser encontrado em Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro.

[397] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 7.

[398] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* Tocantins: Intelectos Editora, 2003, v. 1, p. 133.

[399] LIEBMAN, op. cit., nota 397, p. 133.

[400] LIEBMAN, op. cit., nota 397 p. 134.

Essa aparente contradição na teoria de Liebman começa a ser esclarecida quando ele assume ser o direito de ação autônomo em relação ao direito material em disputa, sob o argumento de que o Estado passou a ganhar tamanha importância que não se pode mais negar que exista uma relação direta entre o demandante e o Estado-Juiz. Estas relações, a seu ver, integram uma órbita distinta daquela que envolve as relações jurídicas de direito material. A ação, portanto, dirigir-se-ia contra o Estado e possui, por conta disso, natureza pública[401]. Mas, a pedra de toque no esclarecimento da questão surge a partir do art. 24, primeira parte, da Constituição Italiana, segundo o qual "todos podem agir em juízo para a tutela de seus próprios direitos e interesses legítimos"[402]. É com base nesse dispositivo que Liebman afirma que o direito de ação não caberia a qualquer indivíduo, mas apenas aos que, "afirmando-se titulares de um direito ou interesse legítimo, sustentam ter de protegê-lo pela via judiciária da ameaça de uma lesão irreparável"[403].

Dessa forma, segundo a teoria defendida por Liebman seria necessário que o autor delimitasse uma situação concreta onde fosse ele o titular de um direito que tenha sido violado ou ao menos ameaçado. Diz-se, pois, que para Liebman, assim como para Wach e Chiovenda, o direito de ação é condicionado a titularidade do direito material em disputa (legitimação para agir) e a uma situação concreta que justifique a intervenção do Estado-Juiz (interesse de agir)[404].

---

[401] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* Tocantins: Intelectos Editora, 2003, v. 1, p. 134-136.

[402] Tradução livre do original: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interesse legittimi."

[403] LIEBMAN, op. cit., nota 400, p. 136-137.

[404] Registre-se, por oportuno que nas duas primeiras edições de seu Manual de Direito Processual Civil, Liebman fazia referência a uma terceira condição da ação, que seria possibilidade jurídica do pedido, cujo exemplo clássico por ele mencionado era a da ação de divórcio, então proibido na Itália. Esta terceira condição era mais um ponto de aproximação com teoria concreta do direito de ação, pois estabelecia uma ligação com o direito material em disputa, apenas que colocando-o em outra "categoria" ao não exigir a sua procedência. JUNIOR, Manoel de Souza Mendes. Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 890. Todavia, esta terceira condição da ação autônoma foi retirada a partir da 3ª edição do Manual, o que ocorreu, segundo Cândido Rangel Dinamarco após a promulgação da Lei n. 898, de 1º. 12.70, que instituiu o divórcio na Itália, deixando Liebman

Em suma, o direito de ação na concepção de Liebman seria aquele direito de iniciativa, de impulsionar o funcionamento da máquina estatal no intuito de receber a sua proteção sobre um direito pretensamente violado – diz-se pretensamente, pois, insista-se, pode ocorrer a hipótese de a prestação jurisdicional denegar o pleito veiculado pelo autor. Em sua opinião, sendo um direito qualificado do indivíduo frente ao Estado, é ele um direito fundamental, "conferido e regulado pela lei processual, mas reforçado por uma garantia constitucional em que encontramos delineados seus contornos essenciais"[405]. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini buscaram fazer um breve apanhado sobre a tese de Liebman nos seguintes termos:

> Eis, em suma, o modelo adotado pelo direito brasileiro, declaradamente sob a inspiração da doutrina de Enrico Tullio Liebman: ao lado de um direito absolutamente abstrato e incondicionado de ter o acesso aos juízes e tribunais ("o direito constitucional de ação", "direito de acesso à jurisdição"), há o direito "processual" de ação (direito de receber sentença de mérito, ainda que desfavorável. Para que exista esse segundo direito, devem estar presentes determinados requisitos (as "condições da ação") – sem os quais não se justifica o integral desenvolvimento da atividade jurisdicional (arts. 3º, 6º, 267, VI, e 301, X, do CPC)[406].

Resumidamente, Percebe-se que a teoria da ação preconizada por Enrico Tullio Liebman, além de retirar a existência do direito material da relação das condições da ação, ainda retirou estas últimas da análise do mérito da demanda, que fica restrito à análise do acolhimento ou rejeição da mesma. Passam elas, então, a integrar o grupo das questões preliminares, que englobam o exame da validade e da regularidade dos atos processuais[407]. Decorrente desta distinção tem-se ainda uma terceira. É que, enquanto para que Wach e Chiovenda, a ausência de qualquer das condições da ação não

---

órfão de sua principal ilustração. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II, p. 299.

[405] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* Tocantins: Intelectos Editora, 2003, v. 1, p. 137.

[406] WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Direito Processual Civil*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 159.

[407] JUNIOR, Manoel de Souza Mendes. Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 891.

impede o julgamento da demanda – que, na falta de uma delas, será de improcedência, claro --, para Liebman a falta de qualquer delas impedirá a análise sobre o mérito[408], pelo que se pode dizer que o direito de ação em Liebman é o direito a um julgamento de mérito, um pronunciamento sobre o direito substancial em disputa[409].

O fato de Liebman adotar uma "postura conciliatória"[410] entre as teorias concreta e abstrata faz com que alguns doutrinadores denominem a sua teoria de eclética[411], onde pode ser destacado ainda mais um ponto que corrobora essa postura intermediária. Está-se a tratar das assim chamadas "ação existente" e "ação fundada". Segundo Liebman, estando preenchidas as condições da ação, que são requisitos constitutivos do direito, considera-se o mesmo existente, donde resulta para o autor o direito a obter uma sentença de

---

[408] Ao dispor sobre a verificação preliminar da presença de determinados requisitos, caso a caso, Libeman classifica como condições da ação, o "interesse de agir, que é o interesse do requerente em obter o provimento que demandou; legitimidade, que é a titularidade de quem propôs a ação e em confronto com a da outra parte, e possibilidade jurídica que é a admissibilidade em abstrato do provimento, de acordo com as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional.". Por fim, conclui que "Na ausência dessas condições, com exata expressão tradicional, irá se caracterizar a carência da ação, devendo o juiz recusar-se a se pronunciar sobre o mérito da demanda".
Tradução livre feita a partir do original: "(...) all'interesse ad agire, che è l'interesse dell'attore ad ottenere il provvedimento domandato; alla legittimazione ad agire, che è l'appartenenza dell'azione a colui che la propone e in confronto alla controparte; e alla possibiltà giuridica, che è l'ammissibilità in astrato del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell'ordine giuridico nazionale. Mancando una di queste condizioni, si ha quella che, con esatta espressione tradizionale, si qualifica di carenza di azione, e il giudice deve rifiutarsi di provvedere sul merito della demanda".

[409] "As condições da ação, há pouco mencionadas, são o interesse de agir e a legitimidade. Esses são, como já mencionado, os requisitos de existência da ação, e são por isso declarados em juízo (mesmo se, em geral, implicitamente) antes do exame do mérito. Apenas se existem essas condições pode-se considerar existente a ação e surge para o juiz a necessidade de se pronunciar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la". LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectos Editora, 2003, v. 1, p. 138.

[410] A expressão é utilizada por Manoel de Souza Mendes Junior. JUNIOR, Manoel de Souza Mendes. Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 889.

[411] Cite-se, por exemplo, Humberto Dalla Bernadina de Pinho (Direito Processual Civil Contemporâneo, v. 1) e Dierle Nunes (Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação), dentre vários outros. Faça-se a ressalva, todavia, da posição de Cândido Rangel Dinamarco, asseverando que "(...) Não é correto tachar de eclética a teoria de Liebman, acatada pelo Código: ela é abstrata, porque não inclui a existência do direito do autor entre as condições da ação, limitando-se a condicionar a ação a requisitos que a situação jurídico-substancial fornece em cada caso." DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001,v. 1, p. 320.

mérito. Esta é a “ação existente”, que depende de requisitos estabelecidos pelo direito processual. Em sendo a ação existente, isto é, verificada a presença no caso concreto das condições da ação, pode-se alcançar, no exame do mérito, dois resultantes distintos, conforme tenha ou não o autor razão em suas alegações. Para Liebman, o fato de o autor possuir direito a uma sentença de mérito favorável não implica no reconhecimento de um direito novo. Isto decorre apenas de uma qualificação do direito anteriormente existente, mas que, neste particular, depende do direito substancial[412].

De acordo com esta distinção feita pelo jurista italiano, percebe-se, quanto à “ação existente” uma aproximação com o pensamento da escola abstrata, mais especificamente com a tese de Eduardo Couture, segundo a qual o direito de ação é uma garantia constitucional, um direito incondicionado do indivíduo. De outro lado, ao fazer menção à “ação fundada”, criando aí um nítido liame do direito de ação com o direito material em disputa, aproxima-se ele da escola concreta.

Pelo que foi exposto neste tópico, o que importa destacar para fins do presente estudo é que, buscando uma solução intermediária entre as duas principais teorias que se debatem sobre o direito de ação, Liebman acabou por construir um modo de estabelecer um temperamento da teoria concreta, desvinculando o direito de ação do direito material em disputa e, de outro lado, ainda mais importante, criando requisitos que sirvam de freio à abstração extremada. Esta importante anotação, inclusive, é feita por Luiz Guilherme Marinoni ao dizer que “a teoria de Liebman, ao individualizar duas ações, teve a preocupação de, sem abrir mão da garantia constitucional de ir a juízo, impedir que a ação fosse utilizada de forma indiscriminada”[413].

---

[412] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* Tocantins: Intelectos Editora, 2003, v. 1, p. 143.

[413] MARINONI, Luiz Guilherme. Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 860.

3.2 Direito de Ação: a visão tradicional

O histórico que se fez no tópico anterior acerca das diversas concepções que o direito de ação ganhou ao longo da história dá a noção da dimensão do "problema" enfrentado por processualistas que viveram em épocas distintas e em nações também diferentes. Aliás, atentando para a observação feita por Piero Calamandrei de que esse direito vai realmente possuir diferentes contornos, mutáveis de acordo com cada uma das realidades em que se vai buscar delimitá-lo, não pode nem mesmo ter como uma surpresa as inúmeras frentes identificadas no tema. E, no caso do Brasil, a situação não se mostra diferente. Na verdade, não chega ser exagero dizer que o quadro mostra-se ainda mais caótico na medida em que o ordenamento processual pátrio sofreu a influência da teoria de Liebman[414], que tem em sua teoria influxo das duas principais correntes, a concretista e a abstratista.

Não deve ser outra a razão que leva Leonardo Greco[415] a indicar que são emprestados ao menos 5 (cinco) significados diferentes para o que se denomina de direito de ação[416], quais sejam, o de direito cívico[417], de direito

---

[414] Tal fato ocorreu, como é até intuitivo, em razão do tempo que aqui passou durante seu exílio. Sobre isso, Celso Agrícola Barbi ressalta que "é discutível o acerto dessa orientação, de um Código adotar uma teoria da ação, enquanto é sabido que nenhuma das teorias até hoje construídas está isenta de críticas irrespondíveis". BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 23.

[415] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 9-13; e *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v. 1, p. 193 - 196.

[416] Já neste primeiro pode-se ter uma ideia da celeuma que cerca o direito de ação no Brasil, uma vez que Fredie Didier Jr., por exemplo, não aponta 5 (cinco), mas apenas três significados para o termo "ação", a saber, a ação como direito material, a ação como direito autônomo em relação ao direito material e a ação como o exercício do direito abstrato de agir. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, v. 1, p. 175-176. A multiplicidade de significados para o direito de ação é igualmente realçada por Eduardo Couture, que aponta, ele próprio, 3 (três) significados diferentes, e ainda menciona as 15 (quinze) acepções distintas tratadas por Pekelis em seu "Nuovo Digesto Italiano" (p. 92). COUTURE, Eduardo J.. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução: Mozart Víctor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951, p. 29. Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes mencionam também que Garcia Valdés (em Teoría de las acicones y de su acumulación) encontrou 23 (vinte e três) significados para o vocábulo "ação". SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 86.

[417] Como direito cívico seria o direito de petição, que se encontra previsto no art. 5º, inciso XXIV, da *Charta Magna*, consubstanciado no direito de o cidadão dirigir-se ao Poder Judiciário

material[418], de direito ao processo justo[419], de ação enquanto demanda[420] e de ação enquanto direito à jurisdição.De se destacar este derradeiro signo, por ser aquele que Leonardo Greco[421] considera como o mais importante na pavimentação da teoria da ação. Dentro desta concepção, a ação não se restringe à provocação que se faz ao Estado, que a tornaria idêntica ao conceito de ação enquanto processo[422]. É ela o direito que exige o correlato dever de o Estado exercer a jurisdição caso estejam preenchidos os requisitos

---

e obter um pronunciamento sobre a sua postulação. Vale dizer, tal direito não se esgota pura e simplesmente com a apresentação da postulação ao Poder Judiciário. Ele somente se materializa quando da resposta dada por este último. Este conceito sobre o direito de ação sofre crítica, uma vez que processualmente ele se mostra insuficiente, na medida em que o Poder Judiciário não se manifesta sobre toda e qualquer postulação, mas tão-somente sobre aquelas que preenchem determinado requisito. Nesse sentido, Enrico Tulio Liebman entende que a relevância de tal direito fica restrita ao direito constitucional, pois, não havendo elementos suficientes a lhe retirar o caráter genérico, não possui o Poder Judiciário condições de exercer o seu poder de coação. LIEBMAN, Enrico Tullio. L'Azione nella Teoria Del Processo Civile. In: *Problemi di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 41.

[418] A ação como direito material, por sua vez, é a pretensão à tutela de direito material. Aqui, o direito contém uma faceta de concreção, tendo em vista que ele assegura ao titular da relação jurídica de direito material o resguardo dos direitos invocados na petição inicial. Esta tese, aliás, encontrava amparo legal no Código Civil de 1916, que preceituava em seu art. 75 que *"a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura".* Este significado do direito de ação também não ficou imune à críticas. Tal como fez anteriormente, Enrico Tulio Liebman sustentou a impertinência desse conceito sob o argumento de que a ação não se esgota no direito à jurisdição, já que esta também pode ser provocada por quem não é o titular da relação jurídica de direito material. E, ademais, o Estado exerce a sua jurisdição mesmo que seja para negar o direito pleiteado.

[419] O terceiro significado que se empresta ao direito de ação é o de ação como direito ao processo justo. É o direito que todo indivíduo tem a um meio justo do exercício da jurisdição. Sob esta ótica, é imperioso que o processo judicial observe todas as garantias fundamentais do processo, sem qualquer restrição. Diga-se, ainda, que nesse aspecto o direito de ação não fica restrito ao autor, mas também ao réu, a quem deve ser garantido o direito de livremente apresentar suas postulações, sendo imprescindível que se assegure o direito ao contraditório, à paridade de armas e etc. Registre-se aqui a crítica feito por Leonardo Greco (*in* A Teoria da Ação no Processo Civil, São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 11.) no sentido de que em tal concepção mais correto seria falar em direito ao processo e não em direito de ação. Assim, falar em direito de ação somente se mostraria adequado caso seja adotada a posição de que a jurisdição também é o meio pelo qual o Estado faz a sua intervenção na relação privada para dirimir conflito.

[420] Seguindo adiante, tem-se o emprego de "ação" como sinônimo de demanda, sendo esta o conjunto de elementos suficientes à identificação do litígio, subjetiva e objetivamente. No sistema jurídico pátrio, em que se adota a tríplice identidade, a demanda é identificada pela indicação que o autor faz, na inicial, das partes, do pedido e da causa de pedir.

[421] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v. 1, p. 209.

[422] Esta a visão adotada por Moacyr Amaral Santos. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 165-167.

para tanto. Com base em tal conceituação, é que Leonardo Greco assevera que:

> (...) se o Estado não exercer esse dever, ele estará praticando um ato ilícito, uma vez que estará privando o cidadão da tutela jurisdicional efetiva do direito material e, portanto, não estará assegurando a eficácia concreta dos direitos do cidadão[423].

Partindo, então, da premissa de que para Leonardo Greco a ação é identificada como o direito à jurisdição, é de se reconhecer que possui ela fundamento no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Isto, contudo, não quer dizer que ela é apenas o "direito cívico". Este, como visto, consubstancia-se no acesso de todo e qualquer indivíduo, satisfazendo-se com qualquer resposta. O segundo, porém, somente é reconhecido àqueles que se afirmam titulares de um direito, efetivando-se apenas quando de um pronunciamento sobre a existência ou inexistência do direito invocado[424]. Numa penada, pode-se tentar resumir o direito de ação sob a ótica do professor Leonardo Greco como sendo o direito subjetivo público, autônomo e abstrato, de exigir a prestação jurisdicional do Estado sobre uma relação jurídica de direito material, e que possui como fim último entregar o bem da vida ao real titular do direito material, o que, ao menos em tese, deve servir para assegurar a paz a e harmonia entre os indivíduos[425]. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira demonstra sua aquiescência com este conceito ao reafirmar o seu caráter de direito subjetivo público, que possui origem constitucional, se concretiza com o

---

[423] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v. 1, p. 210.

[424] É comum, também, depararmo-nos com o vocábulo "ação" no sentido de procedimento. Entretanto, tal se mostra inadequado já que a sumariedade ou a ordinariedade são características de um rito, não do direito de ação em si.

[425] Com definição similar, mas sem mencionar a origem constitucional, Humberto Dalla Bernardina de Pinho assim conceitua o direito de ação: "Examinadas a natureza jurídica e as características da ação, podemos agora conceituá-la como um direito autônomo (independente da existência do direito material), de natureza abstrata e instrumental, pois visa solucionar pretensão de direito material, sendo, portanto, conexo a uma situação jurídica concreta". PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 187.

exercício da ação perante o Poder Judiciário e tem como finalidade alcançar a sentença de mérito, ainda que seja de improcedência[426].

Parecem estar concordes com a ideia principal deste conceito Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes, reconhecendo que o direito de ação é um direito que possui natureza pública, pois dirigido contra o Estado, e que tem por objeto a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. Não deixam, contudo, de apontar um diferencial, uma vez que para eles a fundamentação adviria da existência do próprio Estado e não de uma previsão no Texto Constitucional, que é de todo irrelevante[427].

Também concordando com a ideia central de que o direito de ação é o direito a uma sentença de mérito, está é a posição de Cândido Rangel Dinamarco, que, todavia, igualmente não deixa de fazer a sua ressalva. Relativamente a esta, assente o nobre processualista, ao contrário de tantos outros, que o direito de ação não é um direito subjetivo. Entendendo que a relação jurídica estabelecida encontra no lado oposto o Estado-Juiz, do qual é exigida a execução de uma função (a atividade jurisdicional), Dinamarco[428]sustenta que o que se configura na prática é a capacidade de o

---

[426] Eis o excerto no qual essa ideia pode ser inferida: "A questão jurisdicional, se quisermos precisar mais a análise, insere-se no quadro dos direitos fundamentais hoje constitucionalizados. Esse direito fundamental se concretiza, no plano processual, com o exercício da ação (processual, bem entendido), que decorre dos poderes e faculdades concedidos à parte autora, iniciando-se com a demanda e prosseguindo ao longo de todo o procedimento, por meio de atos concretos. Quando emitido o pronunciamento final do órgão judicial, seja o ato executivo ou sentencial, a ação (processual) já teria sido exercida na sua integralidade, seja qual for o resultado do processo, o que afasta qualquer idéia de concretude.
Hoje, em que não há mais dúvida quanto à construção de direito subjetivo público, com a constitucionalização da tutela dos direitos, a ponte entre o direito material e o processual dá-se por meio do direito fundamental constitucional de proteção, instrumentalização pela outorga de jurisdição e respectiva pretensão (ambas situadas no plano do direito público)". OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 769-770.

[427] "Com efeito, o direito subjetivo público de ação nasce no exato momento em que é estabelecido o monopólio da jurisdição pelo Estado, ou seja, quando da própria constituição deste – não necessita de norma expressa, por conseguinte, para que reste plenamente caracterizado, já que a vedação da autotutela é pressuposto da própria existência do Estado. E tem natureza pública, tendo em vista o caráter público da relação jurídica processual, cujo objeto consiste justamente na prestação de uma atividade estatal. Embora com reservas aos conceitos, entendemos por ação o exercício do direito subjetivo público perante o Estado, com o objetivo de que este preste a tutela jurisdicional".SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo.* 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 121.

[428] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora

ato praticado pelo indivíduo (o exercício do direito de ação) “produzir efeitos sobre a esfera jurídica alheia; e essa capacidade define-se como poder, não como direito subjetivo”, sendo certo que a este poder corresponde o dever de prestar a atividade jurisdicional, destinada a pacificar o conflito social[429].

A esta visão central de direito ou poder de agir em face do Estado, todavia, já se contrapõem, de pronto, pelo menos o entendimento de outros 2 (dois) grandes doutrinadores brasileiros. No que diz respeito à primeira parte da conceituação delineada por Leonardo Greco, o de que o direito de ação é um direito subjetivo público, discorda Pontes de Miranda para quem a ação não é um direito subjetivo público[430]. Já no que se refere ao núcleo da definição, ou seja, no fato de ser o direito de ação verdadeiro direito ao exercício da jurisdição, discorda dela Moacyr Amaral Santos, que a reduz ao mero direito de provocar a atividade jurisdicional[431].

Malheiros, 2001, v. II, p. 322.

[429] Adotando posição em muito assemelhada está Marcelo Abelha Rodrigues, também defendendo ser o indivíduo titular de um poder em face do Estado, poder este decorrente de um direito constitucional: “Sem pretender esgotar o tema nesse momento, e lembrando o que foi dito alhures, a ação, semanticamente, é a força de uma agente sobre outro, atitude, obra, movimento, e, procurando aplica-lo ao direito processual, o sentido não se afasta por completo. Ação no direito processual pode ser entendida como direito constitucional que cria um poder ao cidadão de ir ao Poder Judiciário para reclamar (queixar-se, solicitar, reclamar, provocar, pedir) a tutela jurisdicional a uma determinada situação em conflito em um caso concreto. Assim, o direito (ou poder) de reclamar a tutela (proteção) é que constitui essa garantia constitucional. A ação seria, portanto, uma porta de acesso ao Poder Judiciário, para que este possa declarar ou atuar a lei no caso concreto. Justamente ”no dia” em que o Estado fechou todas as portas da autotutela, deixou aberta apenas essa via, a porta da ação. Assim, como a tutela é requerida (e, se for o caso, dada pelo Estado), temos que os titulares ativo e passivo da ação são, respectivamente, o autor (exequente, requerente) e o Estado. Portanto, o poder de ação, se exercido, estabeleceria uma relação entre reclamante e Estado”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil.* 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 167.

[430] Nesse sentido, o seguinte excerto: “Vimos que reduzir a ação a elemento do direito subjetivo seria desatender à realidade. Há direitos subjetivos sem ação. B. Windscheid tentou mostrar a diferença entre a actio romana e o Klagrecht, que seria o conceito arbitrário, criado pelos juristas; mas as suas meditações não resolveram o problema. Não viu ele a prestação jurisdicional do Estado, desde o momento em que monopolizou a justiça, fato, esse, que não se diferencia, essencialmente, daqueles em que o Estado estabelece outros monopólios, como o de telégrafos, de correios e de demais serviços - e é o fito da pretensão à tutela jurídica.”.MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações.* Campinas: Bookseller, 1998, tomo 1, p. 285.

[431] “A ação, em suma, é um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, nesse sentido abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação da sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*.

Mas, as controvérsias na doutrina processual pátria não param por aí. Arruda Alvim, em seu Manual de Direito Processual Civil, apesar de manifestar sua concordância com Leonardo Greco ao dizer que o direito de ação não se limita ao direito de provocar o exercício da jurisdição, alcançando mesmo o direito de obter a manifestação do Estado diante de uma situação concretamente descrita, escapa da definição do direito de ação como sendo um direito de índole constitucional, já que na sua visão sua origem está na legislação processual[432], tese com a qual concorda Eduardo Arruda Alvim, que realça o fato de que a ação que interessa ao direito processual civil não é aquele direito genericamente previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, mas sim aquele que é apto a efetivamente ensejar o exercício da atividade jurisdicional[433]. Ainda sobre a questão da origem do direito de ação, pode-se registrar o posicionamento adotado por Fredie Didier Jr.. Segundo este autor há uma nítida diferença entre o que chama de direito de ação (direito fundamental de ação, a abstratamente considerada) e a ação enquanto ato jurídico apto a gerar efeitos (a concretamente materializada), precisamente o de provocar a prestação jurisdicional por parte do Estado[434].

Outra linha controvertida que pode ser apontada é aquela escrita por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini. Estes dois autores também comungam do núcleo do conceito destacado pelo professor Leonardo Greco ao mencionar que o direito de ação é um direito público (porque dirigido contra o

---

28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 193. A restrição do direito de ação fica ainda mais clara na página anterior, a de número 192, onde se encontra a delimitação de que o direito de ação "é um direito que se confina na provocação do exercício da função jurisdicional."

[432] "Definimos a ação da seguinte forma: é o direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nele formulada, à aplicação da lei (material)." ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 205.

[433] ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 150-151. Expressamente mencionando sua concordância com Arruda Alvim leia-se o seguinte trecho, consta da mesma obra, às fls. 152: "Daí por que Arruda Alvim, corretamente conceitua a ação como sendo (...)."

[434] "Note, portanto, que não se pode confundir o direito de ação, que é uma situação jurídica (efeito jurídico, pois), com a ação, que é um ato jurídico (apto a gerar efeitos jurídicos, portanto). A ação é o ato jurídico que se chama demanda, que é o exercício do direito fundamental de ação". DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, v. 1, p. 176.

Estado), abstrato (porque independe da titularidade do direito material invocado), mas incluem aí um novo elemento. É que, enquanto Leonardo Greco apenas aponta que o Estado-Juiz deverá debruçar-se sobre uma hipótese fático-jurídica que lhe foi apresentada, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini especificam que esta hipótese fático-jurídica é a lide, o que traz à baila o conceito de Carnelutti de que a atividade jurisdicional vai ocorrer se houver uma pretensão resistida[435].

Alexandre de Freitas Câmara também caminha no sentido de reconhecer a abstração do direito de ação, que não é dependente da existência de um direito material e, em sua opinião, não é um direito propriamente dito, mas um poder a ser exercido pelo indivíduo em face do Estado, o que se caracteriza em razão de entre o indivíduo demandante e o Estado simplesmente inexistir um conflito de interesses. Porém, faz do seu traço distintivo, o fato de que esse tal poder não se esgota no pontapé inicial dado para o exercício da atividade jurisdicional, renovando-se a cada ato praticado pelas partes no curso do processo. Daí, inclusive, decorre outro traço distintivo, o de que esse poder é também estendido para o réu, que ao longo do trâmite processual exerce diversas posições ativas (ele, por exemplo, produz provas, interpõe recursos e etc.)[436].

A multiplicação de entendimentos acerca do direito de ação não é um privilégio da doutrina processual pátria. Os intensos debates havidos sobre a sua natureza, dentre os quais se destaca aquele envolvendo Giuseppe Chiovenda e Enrico Tullio Liebman, também deixou suas marcas na Itália, onde também não se identifica uma pacificação sobre o tema.

Salvatore Satta, por exemplo, menciona a autonomia do direito de ação, mas não nos termos em que ela é feita pelo restante da doutrina. Com efeito,

---

[435] "Hoje se entende que a ação é um direito público abstrato de requerer a tutela jurisdicional do Estado, para a solução (útil) de determinada lide." WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Direito Processual Civil*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 143.

.

[436] A definição é explicitada da seguinte maneira: "Assim é que podemos conceituar a ação como o poder de exercer posições jurídicas ativas no processo jurisdicional, preparando o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional". CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. 1, p.112-113.

não concorda que ele seja autônomo em relação a um direito subjetivo substantivo, mas sim pelo fato de que:

> (...) não existe nenhum direito atrás de si, e ainda se tem, como dissemos, tantas outras coisas a inserir no processo de formação do ordenamento e não um direito propriamente, pois que se assim fosse seria preciso de um outro direito para sua tutela[437].

Ainda segundo Satta, a ação não é dirigida contra o Estado porque a sua presença na relação se dá na qualidade de "norma", o que equivale a dizer que a ação é função da própria ordem jurídica[438]. Conclui, dessa forma, que:

> (...) se se quiser insistir em falar de direito, poder-se-á talvez dizer que o direito tem por conteúdo único a ação; e é isto no fundo que exprime a comum linguagem quando fala de renúncia à ação, de decadência da ação, de cessão da ação"[439].

Ao tratar da relação entre ação e processo, Satta ainda reafirma esta unicidade da ação, afastando inclusive a distinção feita por Liebman entre ação existente e ação fundada[440].

Gian Antonio Micheli, professor da Universidade de Roma acompanha o pensamento de Satta no que diz respeito à autonomia do direito de ação, mas o faz sob a ótica comumente lida nos manuais, a de independência em relação

---

[437] SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Tradução feita por Luiz Autuori. 7. ed. Rio-GB: Editor Borsoi, 1973, p. 163.

[438] SATTA, op. cit., nota 436, p. 163.

[439] SATTA, op. cit., nota 436, p. 163/164.

[440] "É caso apenas de notar que usamos a expressão, dado que nos encontramos defronte a nomes diversos, mas em realidade tudo – ordenamento, ação, jurisdição, processo – se reduz ad unum, não sendo cogitável o ordenamento jurídico, e enquanto jurídico sem ação e sem jurisdição, podemos ora acrescentar sem processo. O art. 24 da Constituição, pelo qual "todos podem agir em juízo para a tutela dos direitos", se resolve numa tautologia e não faz senão repetir superfluamente a juridicidade do ordenamento.
A regra anterior jus persequendi judicio enuncia em definitivo tudo sobre a relação entre ação e processo. A ação é prejudicial, postula a instância do juízo; mas por isso mesmo é que se forma o processo, pois que obriga ao juízo um outro sujeito, e o ordenamento mesmo incarnado na pessoa do juiz. Por tal não se pode aceitar nem aquela distinção que procurou estabelecer entre ação-direito e ação-suposta, que afinal deseja pôr a salvo, não obstante a observação do processamento essencial da ação, aquele direito que seria indicado pela ação proposta. A ação, insistimos em dizer, não será nunca nem firmada nem infundada; é ação tout-court, e certamente a suportar sempre uma pretensão;". SATTA, op. cit., nota 436, p. 163/164.

ao direito material em disputa[441]. Prossegue Micheli, sustentando que o art. 24 da Constituição Italiana prevê simplesmente a capacidade genérica de ir a juízo, que não constitui o direito de ação, sendo apenas o pressuposto do exercício do poder estatal, que por sua vez nada mais é do que a especificação do direito de ação. Segundo Micheli o dispositivo constitucional é apenas um signo do direito de liberdade, mas não ação, que deve ser entendida como o poder -- diz ele, instrumental -- de pedir ao juiz, no caso concreto, a tutela jurisdicional. O direito de ação, insista-se, seria:

> (...) a concreta manifestação e especificação da capacidade genérica de obter do Estado a tutela dos próprios direitos e interesses, e se manifesta no cumprimento de todos os atos da demanda em diante, que são necessários ou úteis[442].

Para se alcançar o provimento final, que pode inclusive ser de improcedência, conclui ele sua análise defendendo que o direito de ação, em verdade, constitui-se num poder, já que não possui a correlata obrigação do órgão judicial e do adversário. O Estado pelo fato de possuir outro poder, o de exercitar a função jurisdicional que é realizar a justiça no caso concreto, e o adversário porque é detentor, ele próprio, de poderes processuais que lhe permitem atuar em juízo para obter uma decisão que lhe seja favorável, e que também possui como fundamento o art. 24 da Constituição Italiana[443].

Na doutrina italiana mais moderna as divergências parecem continuar sem solução. Claudio Consolo adere à teoria abstrata da ação, desvinculando o direito de ação do direito material que, uma vez violado ou ameaçado, justifica o exercício. Mas, -- e esse parece ser o seu ponto de convergência com a tese de Liebman -- não compactua com o abstratismo extremado, dizendo que o direito a obter uma sentença de mérito somente assiste àqueles

---

[441] MICHELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*. Tradução: Buenos Aires: Ediciones Juridicias Europa-America, 1970, v. 1, p. 16.

[442] Trecho traduzido livremente a partir do original: “El poder instrumental (procesal) de acción representa, pues, la concreta manifestación y especificación de la capacidade genérica de obtener del Estado la tutela de los proprios derechos e interesses y se manifesta en el cumplimiento de todos los actos, de la demanda em adelante, que son necessários o útiles para laobtención del pronunciamento, o mejor de la providencia del juez que concede o no la tutela pedida.”. MICHELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*. Tradução: Buenos Aires: Ediciones Juridicias Europa-America, 1970, v. 1, p. 19.

[443] MICHELI, op. cit nota 440, p. 20-21.

que preencherem determinados requisitos, as condições da ação. Contudo, talvez no intuito de deixar sua marca no desenvolvimento da teoria da ação, Claudio Consolo faz questão de imputar um novo elemento, uma nova denominação, a de direito semi-abstrato[444].

Dito isto, um ponto não passa despercebido, o de que praticamente todos os doutrinadores voltam seus olhares exclusivamente para um dos polos da relação processual, o do autor. Dito de outra forma, o que se verifica é que a definição do direito de ação partiu sempre da relação que se forma a partir da postulação feita pelo indivíduo perante o Poder Judiciário. Ou, ao revés, a definição teve como base a entrega da prestação jurisdicional àquele que

---

[444] "Essa é a tese(ou melhor,as definições operacionais) que oportunamente tem prevalecido, especialmente depois da guerra.Portanto, émelhor falar deação como um direito abstrato,ou seja, um direito a uma prestação processual, quenada tem a vermesmo com oreconhecimento judicialdo fundamento da demanda do autor. Nesse sentido, fala-se deação que não se extingue por força da extinção do processo, conforme previsto noart.310do Código deProcesso Civil.Esteé o mesmo conceitoque está localizado noart. 24 da Constituição, que afirma: "Todo mundopode tomar medidas legaispara proteger seus direitose interesses legítimos", porque dizer que todos podemtomar medidas legais paraproteger seus direitos em juízo significa sustentar que, se alguém pensa ter um direito, o legislador ordinário deve capacitá-lo a agir em juízo. E nesta sede deverá obter uma resposta do juiz sobre o mérito: apreciação, portanto, sobre o afirmado direito ou interesse legítimo esua lesão. Se assim o fizer,irá cumprir comseu "direitode ação"; seria incontroverso,inoportunoe muito restrito entender que este célebre e disputado direito epoder de agir emsentido estritamente institucional,é meramente um direito subjetivo público a uma decisão judicial, mesmo que de rejeição,e, assim, em um máximo "abstrato",porque tal direito existe,na órbita do autor,e quase semprenão ajuda a identificar e colocar no objeto de apreciação do processo.
Então, sevocê possui este- digamosintermediário e"semi-abstrato" -é o sentido maisútil dodireito de ação,as condições de existênciadeste direito nãopodempostular a existência dedireito individualsubstancialem si."
Tradução livre feita a partir do original: "È questa la tesi (rectius, la definizioni operativa) che oportunamente è prevalsa, specie nel dopoguerra. Pertanto, è meglio parlare di azione come di un diritto astratto, vale a dire di un diritto a uma prestazione processuale che non há nulla a che vedere ancora con il riconoscimento giudiziale della fondatezza della domanda dell'attore. In questo senso parla di azione, che non si estingue per effetto dela estinzione del processo, l'art. 310 c.p.c. È la stessa nozione che si trova nella Constituzione all'art. 24, il quale recita: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"; infatti dire che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti significa sostenere che, se qualcuno pensa di avere un diritto, il legislatore ordinário deve consentirgli di agire in giudizio. Ed in tale sede egli dovrà ottenere del giudice uma risposta sul mérito: vertente, dunque, sull'affermato diritto od interesse legittimo e sulla sua lesione. Così facendo sarà rispettato il suo "diritto de azione"; sarebbe per incontroverso, inoportuno e troppo ristretto intendere questo celebre, e disputatto, diritto e potere di azione in senso meramente istituzionale ossia puramente come diritto soggettivo pubblico ad una decisione quale che sia, anche di rigetto in rito, e così in modo massimamente "astratto"; anche perché un siffatto diritto esiste, in capo all'attore, praticamente sempre e non giova quindi disquisirne o porlo ad oggetto di verifica nel processo.
Così, se proprio questa – diciamo pure intermedia e "semi-astratta" -- è la più utile accezione del diritto di azione, le condizioni di esistenza di questo diritto non possono postulare l'esistenza del diritto soggettivo sostanziale stesso". CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2010, v. II, p. 176.

buscou a guarida do Estado-Juiz, relegando ao réu -- nos poucos casos em que isso é feito -- um papel secundário.

3.3 **Direito de ação: a visão mais abrangente**

Não se pode perder de vista que a vigente Constituição brasileira buscou instituir mais do que um Estado Democrático de Direito, um Estado que tem como finalidade zelar pela materialização da justiça -- afinal, este precisa ser o objetivo maior do Estado que se pretende seja de Justiça. Sem ignorar a complexa discussão filosófica travada a respeito da temática da "justiça", certo é que parece ser senso comum que a sua realização passa pela noção de igualdade, que está inclusive expressamente prevista no Texto Maior (vide redação dos arts. 3º, inciso IV[445], e 5º, *caput*[446]).

Não bastasse isso, a Constituição Federal, especificamente em relação ao Direito Processual possui dispositivos que indicam nesta mesma direção da consecução do Estado de Justiça. Ao menos, é o que penso poder ser extraído dos comandos insertos no art. 5º, inciso LV, que tratam dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Diante dessa premissa, os diversos significados emprestados para o direito de ação parecem merecer ao menos alguma complementação, especialmente no sentido de levar em consideração o polo passivo da relação processual[447]. É que, se a base de todo ordenamento

---

[445]"Art. 3º, da Constituição Federal - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.".

[446] "Art. 5º, da Constituição Federal - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:".

[447] Luiz Guilherme Marinoni não deixa de reconhecer que o direito fundamental de ação "pode repercutir sobre o réu". Mais adiante, inclusive, ressalta o jurista que "como a jurisdição, ao se deparar com uma omissão de técnica processual, pode supri-la em nome do direito fundamental de ação, é evidente que essa atuação repercute sobre o réu, que assim deve ter a oportunidade de se contrapor a ela, sob pena de o poder jurisdicional, sob o manto do direito de ação, ficar isento de controle". MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 219-220.

jurídico pátrio direciona a construção de um modelo de Estado vocacionado para buscar a implementação da justiça, os institutos de direito processual não podem ser entendidos dentro de uma realidade diversa[448].

Nesse sentido, penso que o direito de ação não pode ser visto apenas e tão-somente como o direito de provocar a jurisdição mediante a afirmação de um direito e dela obter um provimento a respeito do pleito que lhe foi dirigido[449]. Tal direito vai adiante, precisando englobar o pronunciamento sobre o mérito da demanda, e até mesmo os meios de se materializar o comando contido na sentença que resolveu o mérito. Neste particular, destacam-se as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

> Deixe-se claro, porém, que o direito de ação não é apenas o direito de afirmar um direito material em juízo ou o direito de formular um pedido de tutela do direito material com base em fundamentos de fato e de direito. A ação não se resume ao ato que invoca a jurisdição. Não é um ato solitário, como se o direito de ação pudesse ser restringido a um requerimento de tutela jurisdicional.
> A ação é exercida e, portanto, desenvolve-se com o objetivo de permitir o julgamento do mérito (do pedido), e, no caso de reconhecimento do direito material, ainda se mantém presente para exigir que os meios executivos da sentença de procedência propiciem a efetividade da tutela do direito material.
> Considerando-se que a ação é exercida e, por isso, passa por várias fases até chegar ao julgamento do mérito da concessão da tutela jurisdicional, resta natural a pergunta sobre o modo como ela se desenvolve, isto é, sobre os corolários do direito de apresentar o pedido de apreciação da afirmação do direito.

---

[448] Sobre a importante tarefa de os juristas revisitarem antigos conceitos, e formularem novos, é lapidar a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, *in verbis*:
"O manejo da questão judiciária nacional passa pela contribuição que juristas e operadores do Direito podem e devem ofertar no sentido de reexaminar antigos conceitos, redefinir institutos e categorias processuais, por meio de critérios consistentes e exata terminologia, sendo toda essa atividade premonitória absolutamente necessária à melhor compreensão do objeto considerado, o desenvolvimento de estudos a respeito e a objetiva formulação de propostas." MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 215.

[449] Na verdade, como muito destaca Rodolfo de Camargo Mancuso, a leitura exacerbada do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal acaba sendo uma das causas do abarrotamento do Poder Judiciário, como se percebe do seguinte excerto:
"(c) ufanista e irrealista leitura do que se contém no inciso XXV do art. 5º da CF/1988 – usualmente tomado como sede do acesso à Justiça – enunciado que, embora se enderece ao legislador, foi sendo gradualmente superdimensionado (ao influxo de motes como ubiquidade da justiça, universalidade da jurisdição), praticamente implicando em converter o que deveria ser o direito de ação (específico e condicionado) num prodigalizado dever de ação!". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 53-54.

> Tais corolários têm a ver com a necessidade de se convencer o juiz acerca da veracidade das afirmações de fato e da solidez dos fundamentos jurídicos para que o pedido seja acolhido. Ou, mais precisamente, com a necessidade de se dar ao autor a oportunidade de influir sobre o convencimento do juiz. Isso porque, como a ação é um direito, o autor obviamente não é obrigado a convencer, mas apenas tem de dispor dessa oportunidade[450].

O que se infere da leitura do excerto acima transcrito é que se mostra limitado compreender o direito de ação como um direito de obter um pronunciamento sobre o mérito da demanda. Nele também deve ser incluído o direito de participar ativamente do processo, como decorrência do princípio do contraditório (contraditório participativo), alegando e requerendo provas, enfim, adotando todos os atos que sejam necessários à defesa de um provimento jurisdicional que venha a ser ou já lhe tenha sido favorável. Mais ainda. O direito de ação sob essa moderna concepção abrange o direito à obtenção de um provimento jurisdicional adequado à entrega do bem da vida pretendido, com a determinação dos meios executivos próprios ao atingimento desse fim[451]. Este, inclusive, parece ser o posicionamento adotado por Andrea Proto Pisani. Dizendo que o direito de ação se enquadra numa categoria atípica e reconhecendo a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, Proto Pisani realça a origem constitucional do direito de ação na Itália e volta seus olhos justamente para a necessidade de se buscar acabar com o hiato existente entre a ação e processo, pois a preocupação, hoje, deve ser a de alcançar a máxima efetividade, de modo a permitir que o Estado consiga dar a cada um o que é seu[452].

---

[450] MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 221-222.

[451] Mesmo sem nominar expressamente o réu, mas fazendo menção a um provimento jurisdicional adequado e tempestivo, Nelson Nery Junior explicita seu entendimento de que o direito de ação é mais abrangente do que o mero direito à obtenção de um provimento jurisdicional, verbis: “Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.” JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo Civil, Penal e Administrativo. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 172.

[452] “Em conclusão,possodizer que a elaboração feita noséculo XIX einício do século XXa categoria dedireito de açãocomo categoria geralatípica tem permitido lembrar automáticae necessariamente do direito material(todos os direitossubstanciais)e à proteção judicialdos

Sobre isso, importante mencionar que se extrai da Constituição Portuguesa, especificamente de seu art. 205, 2 e 3[453], essa dimensão maior do direito de ação, que engloba a efetividade do provimento jurisdicional. Tratando desse tema, inclusive com remissão ao dispositivo acima mencionado, José Gomes Canotilho também faz coro a essa dimensão mais ampla do direito de ação, enfatizando o seguinte:

> A existência de uma protecção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças ('fazer cumprir as sentenças') dos tribunais através dos tribunais (ou de outras autoridades públicas), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão da proteção jurídica é extensiva, em princípio, à execução de sentença proferidas contra o próprio Estado (CRP, art. 205.º/2 e 3, e, em termos constitucionalmente claudicantes, o Decreto-Lei 256/A/77, e 17 de junho, art. 5.º e ss., e Decreto-Lei 267/95, de 12 de julho, art. 95.º e SS). Realce-se que, no caso de existir uma sentença vinculativa reconhecedora de um direito, a execução da decisão do tribunal não é apenas uma dimensão da legalidade democrática ('dimensão objectiva'), mas também um direito subjectivo público do particular, ao qual devem ser reconhecidos meios compensatórios (indemnização), medidas compulsórias ou 'acções de queixa' (cfr. Convenção Europeia de Direitos do Homem, art. 6.º), no caso de não execução ilegal de decisões dos tribunais (cfr. O caso Hornsby, de

---

direitos civis eem seguida,superar as limitaçõesinerentes a umsistema de proteção jurisdicionalqueainda sofrea influência datipicidadedas açõesdo direito romano clássico. Hoje, a constitucionalização do direito de ação, que ocorreu em um contexto(normativo), que tem como premissa areferência ideológica da superação deigualdade no sentidoformal,exige um trabalhopara eliminaros efeitos causados pela diferença entredireito material(direitos individuais substantivos) e processo, estudando as técnicas pelas quaisé possívelpermitir que o processodesempenhe o seu papelinstitucional deinstrumento diretode "daro máximopara aqueles que têmdireito,e não mais do queeletem o direito dealcançar"sob a lei.".
Tradução livre feita a partir do original: "Concludendo, mi sembra di potere affermare che se l'elaborazione ottocentesca e dei primi anni del secolo della categoria del diritto di azione come categoria generale atipica ha consentito di raccordare automaticamente e necessariamente diritto sostanziale (tutti i diritti sostanziale) e tutela giurisdizionale civile, e di superare quindi i limiti intrinseci ad un sistema di tutela giurisdizionale che ancora risentiva l'influenza della tipicità delle azioni del diritto romano classico, oggi la constituzionalizzazione del diritto di azione, avvenuta in un contesto (normativo) che pone come principio ideologico di riferimento il superamento dell'eguaglianza in senso formale, impone di adoperarsi per eliminare le conseguenze causate dalla cesura creatasi tra diritto sostanziale (singoli diritti sostanziali) e processo, studiando le tecniche attraverso le quali sia possible consentire che il processo assolva la sua funzione istituzionale di strumento diretto a 'dare per quanto è possible praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha un diritto di conseguire' ai sensi del diritto sostanziale". PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 53.

[453] "Art. 205. Decisões dos tribunais
1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.
2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades.
3. A lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela sua inexecução."

> 19.03.1997, em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sublinha o momento de execução como dimensão intrínseca da declaração do processo)[454].

O que se disse acerca de uma maior amplitude do direito de ação encontra outro exemplo no direito europeu. Com efeito, segundo o art. 24, 1, da Constituição Espanhola[455], o direito de ação igualmente compreende a efetividade da tutela jurisdicional, alcançando, portanto, também a execução. Veja-se excerto extraído de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol, em que restou consignada a maior amplitude do direito de ação com fundamento no aludido dispositivo constitucional:

> Es preciso que esta situación supone, como afirman los recurrentes, una violación del art. 24.1 de La Constitución. El derecho a La tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en La exigencia de que el interessado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de La libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto e su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.[456]

As diretrizes do direito alienígena, que já ganham seus adeptos na doutrina processual brasileira, então, emprestam força à maior amplitude do direito de ação tal como proposta por Luiz Guilherme Marinoni[457]. Mas, também

---

[454] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 496.

[455] "Artículo 24.
1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

[456] Tribunal Constitucional Espanhol, Referência n. 32/1982, Tipo: Sentencia, aprovado em 7.06.82, Publicação: BOE 19820268 [BOE nº 153], Sala Primera, Recurso de Amparo.

[457] Este jurista resume seu raciocínio com as seguintes palavras: "Nesse sentido importa, em uma expressão, o direito de participar adequadamente do processo, que deflui do direito ao contraditório, outorgado tanto ao autor quanto ao réu – o direito de o autor participar alegando, requerendo prova, participando da sua produção, falando sobre o seu resultado, e até mesmo recorrendo ou respondendo a eventual recurso interposto pelo réu." MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 222.

nos exemplos citados, em que se defende uma compreensão mais elástica do direito de ação, o foco é a postulação apresentada e a efetividade da decisão que a acolheu. Dessa forma, mesmo louvando esse entendimento elástico, entendendo ser ele ainda insuficiente para adequar tal conceito à ordem constitucional que zela pela instituição de um Estado de Justiça.

3.4 **Direito de Ação: a outra face da moeda**

A tudo o que foi dito a respeito da necessidade de se entender o direito de ação sob uma ótica mais ampla do que aquelas normalmente encontradas na doutrina processual[458], não se pode deixar de considerar, para fins de sua delimitação, o contexto do ordenamento jurídico em que tal direito está inserido. Esta é a chamada interpretação sistemática, já mencionada no capítulo precedente, e definida por San Tiago Dantas[459] como sendo "aquela que se utiliza situando a norma que precisamos interpretar no sistema da lei ou no sistema do direito positivo em geral". De se destacar, pois será assaz importante mais adiante neste trabalho, trecho em que o civilista insere dentro desta modalidade interpretativa a busca de conceitos em outros ramos do direito:

> Não é fácil precisar muitas vezes o alcance de certas normas jurídicas. Então veja-se a colocação dessa norma no sistema da lei. Esclarece-me alguma coisa por estar antes ou depois de uma outra norma, por estar em relação com outra que lhe completa o sentido, por estar num certo capítulo, em vez de outro. Muitas vezes o que esclarece o sentido da norma, a respeito da qual se tenha dúvida, é a interpretação sistemática. Não raro a interpretação sistemática vai

---

[458] Gustavo de Medeiros Melo também defende que a "moderna filosofia do direito constitucional estabeleceu um corte metodológico no estudo e na compreensão do processo civil contemporâneo. Não há mais espaço para uma visão hermética dos institutos processuais, como se fossem ferramentas que trabalham mecanicamente em função de sua própria engrenagem". MELO, Gustavo de Medeiros. O Acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.) *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coord:, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 684.

[459]DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 105.

> mais longe e obriga-nos não só a pesquisar a posição da norma numa lei, mas em todo o sistema de direito positivo. Encontram um campo importantíssimo de pesquisas desse gêneros especialmente nas relações entre o Direito Penal e o Civil. Não raro, certos institutos de Direito Penal, certas normas penais são obscuras e nós só lhes podemos completar o sentido recorrendo a uma relação de sistemas que aqueles institutos ou normas guardam com institutos ou normas de direito civil[460].

Pois bem, parece ter sido entendimento assemelhado a este que fez com que o Direito Processual fosse beber na fonte do direito constitucional, já que, como se verifica no direito europeu, as variadas referências ao fundamento constitucional de cada um dos países conferiram uma nova amplitude do direito de ação. Mais que considerá-lo como o direito de acesso a um juiz, incluindo-se aí o direito de obter um provimento jurisdicional que seja efetivo, passa-se a vislumbrar no direito de ação o que foi denominado na doutrina italiana de “giusto processo” (processo justo)[461]. Quando se fala em processo justo no direito nacional, não se pode deixar de destacar as palavras do professor Leonardo Greco, *verbis*:

---

[460]DANTAS, op. cit., nota 458, p. 105-106.

[461]Veja nesse sentido, as palavras de Luigi Paolo Comoglio: “Sefala assim- a este respeito- de"garantiade justiça" e "direitos de segurança" ou "instrumentos de direitos", cuja principal função (na esteira dos princípios dejulgamento justo,a fórmulaincorporada no direito anglo-americanodo due process of law)é fazer o exercícioefetivo"de qualqueroutrodireito ouliberdadefundamental no contextode um direitoprocessualou de um direito de justiça material, cuja gênese é baseado nosmesmos requisitosconstitucionais.
Desta forma,em paralelocom a evolução do"constitucionalismo" e o modernochamadogarantismolegal,tem sido gradualmente expandido- nasexperiências da civil law europeue fora da Europa- a áreade influênciado que, corretamente,pode agoraser definido comodireito processualconstitucional,em que convergem certos temascruciaisda justiçamoderna.”
Tradução livre feita do original: “Si parla dunque – a tal proposito – di “garanzie di giustizia”, di “diritti di sicurezza” o di “diritti strumenti”, la cui primaria funzione (sulla scia dei principi di fair trail, racchiusi nella formula anglo-americana del due process of law) è quella di rendere efetivo ‘esercizio di qualsiasi altro diritto o libertà fondamentale, nell’ambito di un diritto processuale o di un diritto di giustizia materiale, la cui genesi trova fondamento nelle stesse norme costituzionali.
Per tale via, in paralelo con l’evolversi del “costituzionalismo” moderno e del c.d. legal guarantism, si è progressivamente ampliata – nelle esperienze di civil law, europee ed extraeuropee – l’area di influenza di quello che, corretamente, può oggi definirsi come diritto processuale costituzionale, in cui confluiscono taluni temi cruciali della giustizia moderna.” COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e “giusto processo (Modelli a confronto). In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, abril/junho, n. 90, ano 23, p. 102-103. A abrangência do princípio do “giusto processo” no direito italiano, inclusive a sua extração do ordenamento constitucional pode ser lida em interessante digressão feita por Luca Fanotto. FANOTTO, Luca. I Principî Costituzionali in Materia Di Giustizia. In: *Principî Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 649-662.

> Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supranacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciando em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.
> (...)
> Na Constituição brasileira esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV, do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna[462].

Agora, muito mais do que contemplar o direito de o autor ir a juízo para buscar a proteção de um direito que foi violado ou que entende ter sido ao menos ameaçado, o direito de ação passa a englobar também a efetividade desse direito, ou seja, a efetividade da tutela jurisdicional que reconheça a titularidade do direito material violado ou ameaçado. E mais do que isso, passa a englobar, ainda, a necessidade de observância dos direitos fundamentais não só do autor, mas também do réu. Como consequência do direito à ampla defesa e ao contraditório passa-se a entender que tanto autor como réu podem -- melhor seria dizer devem -- ter garantido o direito de influenciar na decisão do juiz, podendo, por exemplo, produzir todas as provas que entendem necessárias à comprovação de suas alegações. E, como decorrência do princípio da igualdade garantido constitucionalmente, fica assegurada, também, a paridade de armas, que significa que às partes deve ser assegurado, na mesma medida, o direito de atuar em juízo, sem o favorecimento de qualquer delas[463].

---

[462] GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre, 2003, n. 305, p. 62.

[463] Luigi Paolo Comoglio, no artigo publicado na Revista de Processo elenca o rol de direitos fundamentais que estão incluído no conceito de “giusto processo”. COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie Costituzionali e “giusto processo” (Modelli a confronto). In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Revista de Processo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, abril/junho, n. 90, ano 23, p. 107-108. No estudo que fez especialmente sobre o processo justo o professor Leonardo Greco analisa uma a uma as garantias fundamentais que compõem o chamado “processo justo”, e que ele divide em garantias individuais e estruturais. GRECO,

Já se disse anteriormente neste trabalho que a Constituição Federal de 1988 idealizou um modelo de Estado que tem por objetivo romper a fronteira do Estado Democrático de Direito. Igualmente frisou-se que um dos pilares de sustentação desse denominado Estado de Justiça é a igualdade, que se encontra expressa logo no preâmbulo da *Charta Magna*[464]. Ora, sendo a igualdade pilar de sustentação do Estado e da Sociedade brasileira -- um direito fundamental --, não se pode dela dissociar o direito de ação, até mesmo para que se possa considerar o processo dela decorrente como o processo justo hoje preconizado pela doutrina. Torna-se imperioso que toda e qualquer tentativa de se delimitar a extensão desse direito -- ou de qualquer outro -- não incorra na omissão de somente ter como foco o indivíduo que movimenta a máquina do Judiciário, o autor. Afinal, tem-se aí um diálogo bastante interessante entre dois direitos inequivocamente fundamentais, o de ação (ou de acesso à justiça) e o de isonomia.

Não fosse a igualdade razão suficiente para se justificar a necessidade de se cunhar a outra face da moeda do direito de ação, há outras que serão melhor explicitadas. A primeira delas é um conflito que se desenha também dentro do âmbito dos direitos fundamentais. Ora, se, de um lado, não se nega o direito de um indivíduo dirigir-se ao Poder Judiciário para obter um provimento jurisdicional que seja efetivo e tempestivo, de outro não se pode ignorar que há, agora sob a ótica do réu, o direito a não ser indevidamente molestado. Dito de outra forma, é também um direito fundamental do indivíduo não ter um

---

Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez Informação, 2003, março, n. 305, ano 51. Comoglio, aliás, também elenca o rol de direitos fundamentais que estão incluído no conceito de “giusto processo”. COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie Costituzionali e “giusto processo” (Modelli a confronto). In: Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, abril/junho, n. 90, ano 23, p. 107-108. O estudo acerca do conteúdo do “procès équitable”, explorando todos os princípios que dele decorrem também foi feito por Serge Guinchard. GUINCHARD, Serge *et all*. *Droit Processuel*: Droits fondamentaux du procès. 6. ed., Paris: Dalloz, 2011, p. 507 *et seq*.

[464] “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”.

direito seu molestado, de ter o seu patrimônio jurídico invadido, afetado por uma demanda movida indevidamente[465].

Ao se aprofundar um pouco mais na questão pode-se até mesmo vislumbrar um segundo conflito entre direitos fundamentais. Isto porque, se objetivamente o indivíduo tem o direito de não ver um direito seu molestado por demanda movida indevidamente (por exemplo, sem prova), tem ele também o direito de não ter a sua honra, a sua vida e sua intimidade violada por demanda de tal estirpe. Nesse diapasão, destacam-se duas hipóteses em que tal pode ocorrer. A primeira consiste no caso em que uma pessoa jurídica, cujo nome é notoriamente conhecido no mercado em que atua, ser chamada a integrar o polo passivo de demanda ajuizada sem qualquer lastro probatório, e que, por envolver renomada empresa, ganha as primeiras páginas do noticiário. Já a segunda, a situação de uma pessoa física de reputação ilibada, que jamais teve seu nome atrelado a qualquer ato digno de reprovação, e que também é inserida no polo passivo de uma demanda judicial sem qualquer lastro probatório, e em que é acusada, por exemplo, de haver praticado ato ilícito reprovável socialmente.

Extremando-se ainda mais a seara exemplificativa, pode-se imaginar, a dor, o sofrimento pelo qual passaria um indivíduo, já tendo comemorado bodas de prata em seu até então inabalado casamento, um bom pai de 3 (três) filhos, e que viesse a ser indevidamente demandado (por chantagem ou vingança, p. ex.) em Ação de Investigação de Paternidade ajuizada sem qualquer lastro probatório da suposta relação amorosa da qual se originou a prole. Neste caso, não só o seu patrimônio moral estaria sendo violado, como também as

---

[465] "O entender do processo civil como uma garantia de realização do direito da parte, que é originado das leis postas pelo Estado, não pode ser confundido de modo algum com a ideia de que deva o processo servir aos interesses pessoais e usualmente egoístas dos litigantes. Aquilo que seja garantia para realização do direito da parte posto pelo Estado não pode deixar de ser, ao mesmo tempo, garantia do próprio ordenamento estatal. Essa garantia, por sua vez, só será real na medida em que reprima por igual os ímpetos egoístas tanto dos que litigam como os dos órgãos estatais investidos na jurisdição – o Estado se governa por homens tão humanos como os que são por ele julgados. A tendência de, em relação ao processo, dar prevalência aos interesses de algum dos sujeitos que nele figuram, partes ou juiz não importa, já denota uma degradação do conceito".MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*: direito de ação, partes e terceiros, processo e política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p.104-105.

instituições da família e do casamento, protegidas constitucionalmente, *ex vi* do art. 226 e parágrafo 3º, da *Charta Magna*[466].

Imagine-se a dor, o sofrimento, a angústia a que será submetida essa pessoa física, num e noutro caso, até que se alcance o desfecho das demandas[467]. Imagine-se, de outro lado, a mancha que será aposta no bom nome comercial da pessoa jurídica antes mencionada. Simples reflexão sobre tais situações é suficiente para se deduzir que as tais demandas manifestamente infundadas, posto que desprovidas de qualquer suporte probatório, violarão direito fundamental de uma e de outra[468].

Acredito que é por força dessa situação que Leonardo Greco destaca a necessidade das condições da ação:

> Creio que a necessidade das condições da ação resulta, destarte, das garantias fundamentais do Estado de Direito, que se impõe o dever de assegurar a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Essa eficácia estará completamente comprometida se o titular do

---

[466] "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.".

[467] Muito esclarecedoras são as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, que diz ser desigual a situação dos litigantes contumazes dos esporádicos:
"Ante esse contexto, não é difícil compreender que o conflito, uma vez judicializado, passa a se desenvolver em modo desigual em face das partes, conforme se trate daquela que usualmente comparece aos órgãos judiciários, ou daquela que raramente os visita, na condição de autor, réu ou interveniente. Aí se configuram duas classes de litigantes, tanto pessoas físicas como jurídicas: (a) os habituais, (repeat players, na terminologia norte-americana), que trabalham em economia de escala em sua relação com a Justiça estatal (têm departamento jurídico próprio, contratam advocacia de partido, ou mantêm Procuradorias organizadas) e por isso não são propriamente prejudicados pelas mazelas da justiça oficial (isso quando delas não tiram proveito, apostando no quanto pior melhor); (b) os eventuais (one shooters players, na nomenclatura norte-americana), que raramente comparecem ao serviço judiciário estatal, e, por isso mesmo, os ônus, encargos e riscos inerentes ao processo lhes pesa extraordinariamente.
Boaventura Souza Santos, distinguindo e nominando aquelas duas classes de litigantes como frequentes ou esporádicos, avalia que para estes últimos, o "valor do litígio é demasiado importante, relativamente à sua dimensão, ou demasiado pequeno, relativamente ao custo da reparação, para poder ser gerido de forma racional e rotineira". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*: Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 120-121.

[468] Sem nenhum exagero pode-se considerar violado o direito fundamental insculpido no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, in verbis:
"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".

> direito puder ser molestado, sem qualquer limite, no seu pleno gozo, por ações temerárias ou manifestamente infundadas contra ele propostas.
> (...)
> O direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional por parte do autor encontra limite, entretanto, no direito igualmente fundamental do réu exigir do Estado que lhe assegure o pleno gozo do seu direito e, consequentemente, de não ser molestado por uma demanda manifestamente infundada, cabendo às condições da ação o papel de fiel da balança entre esses dois direitos igualmente relevantes[469].

Outro aspecto que não pode ser esquecido é o de que, uma vez ajuizada a demanda pelo autor, ou seja, quando nasce, para ele, o direito de obter um provimento jurisdicional de procedência do seu pedido, nasce também para o réu o correlato direito de obter um provimento jurisdicional de improcedência do mesmo pleito. Noutros termos, tem ele o direito de ver definitivamente resolvido o conflito posto à apreciação do Poder Judiciário, pois só assim o bem da vida em disputa estará a salvo de novas contestações. Assim, levando-se em consideração que, "por efetiva tutela jurisdicional, deve-se entender a efetiva proteção do direito material, para a qual são imprescindíveis a sentença e o meio executivos adequados"[470], pode-se concluir que ela também guarda relação direta com a atuação do réu em juízo, já que ele também busca proteger um direito material que integra o seu patrimônio jurídico. Pode-se mesmo concluir que a efetiva tutela jurisdicional também é decorrência do princípio do contraditório.

Não bastasse isso, é de se salientar que esse direito de o réu obter o tal pronunciamento que lhe seja favorável -- de improcedência -- deve ser igualmente alcançado, até mesmo em respeito ao princípio da isonomia, dentro de um prazo razoável, de modo a conformar-se com a garantia prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, que assegura a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". E também em relação a esta garantia, Luiz Guilherme Marinoni manifesta-se no sentido de ser a mesma uma decorrência do princípio do contraditório ao asseverar que:

---

[469] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 21-22.

[470] MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 223.

> (...) o tempo já foi visto como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo. Certamente por isso foi jogado nas costas do autor, como se a demora fosse exclusivamente problema seu. Acontece que o tempo é uma necessidade: é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar a sua convicção, e uma necessidade democrática, advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo, direito esse que tem expressão no princípio do contraditório[471].

E conclui o raciocínio com a assertiva de que justamente pelo fato de ser uma decorrência do princípio do contraditório deve o tempo gasto no trâmite do processo ser compartilhado pelas partes. "Essa é a grande questão da doutrina processual contemporânea. Há que se distribuir o tempo entre as partes para se respeitar o princípio da isonomia e a ideia de democracia subjacente à noção de processo"[472]. Assim, o que tem é que, se além de tudo o que já havia sido exposto anteriormente, mais estas duas vertentes do direito de ação mostram-se umbilicalmente ligadas à atuação do réu em juízo, vislumbra-se aqui mais um motivo para que a compreensão de tal direito seja feita de maneira mais ampla[473].

---

[471] MARINONI, op. cit., nota 469, p. 229-230.

[472] MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 230.

[473] O jurista Cândido Rangel Dinamarco, ao cuidar dos direitos de ação e defesa sustenta a necessidade de se superar as barreiras que comumente se colocam entre um e outro, defendendo que as distinções devem ficar de lado, donde se conclui, que a maior amplitude que se pretende dar ao conceito do direito de ação está em consonância com o seu pensamento: *"Já é tempo de, uma vez reveladas e já amadurecidas essas ideias inerentes à isonomia processual, retificar os conceitos e eliminar as grandes distinções conceituais que a doutrina tradicional estabelece entre ação e defesa."*DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, v. II, p. 294. No mesmo sentido, a opinião de Francisco Wildo Lacerda Dantas, para quem "a ação é considerada – como nós a concebemos – como um poder legal, impessoal, objetivo e permanente reconhecido para ambas as partes: autor e réu". DANTAS, Francisco Wildo. *Teoria Geral do Processo* (Jurisdição – Ação (Defesa) – Processo). 2. ed., São Paulo: Método, 2007, p. 269.

3.5 A ponderação, na prática, do direito de ação: os pressupostos processuais e as condições da ação

3.5.1 O seu papel no ordenamento

Como já visto em tópico anterior deste trabalho, Enrico Tullio Liebman imaginou as condições da ação como um meio de temperar o abstratismo extremado, segundo o qual qualquer indivíduo, sob quaisquer circunstâncias, seriam titulares do direito de ação. Contudo, penso que as condições da ação podem ser melhor compreendidas a partir da visão mais abrangente do direito de ação, compreendido este como um feixe que passa a englobar também os direitos fundamentais do réu.

As condições da ação são verdadeiros filtros que impedem a provocação da máquina judiciária -- e, por conseguinte, também a violação o patrimônio jurídico e moral do réu -- por demandas manifestamente infundadas. Frise-se bem, mais do que racionalizar a atividade jurisdicional do Estado e impedir a abstração extremada do direito de ação, as condições da ação servem, sob a ótica do réu, para garantir-lhe o direito de liberdade, entendido este em seu sentido mais amplo. Marcelo Abelha Rodrigues, aliás, destaca o papel das condições "como um filtro, uma peneira, das demandas que serão ou não julgadas"[474]. Corrobora esse pensamento as palavras de Leonardo Greco, ao atestar que:

> (...) as condições da ação são o filtro mínimo por que deve passar o postulante a tutela jurisdicional para assegurar-lhe o mais amplo acesso a essa tutela, com todas as conseqüências, inclusive a coisa julgada, se for o caso, e, ao mesmo tempo, evitar que o adversário seja submetido a um processo manifestamente temerário ou injusto, que lhe retira ou limita o pleno gozo dos seus direitos e ainda pode causar-lhe prejuízos irreparáveis[475].

---

[474] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 168.

[475] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 230.

O tantas vezes citado professor Leonardo Greco, reitera que as condições da ação funcionam "como freio às demandas inviáveis, estabelecendo o necessário equilíbrio entre o direito de amplo acesso à justiça e a garantia da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos"[476].

Seja como for, o que chama atenção é que tanto os pressupostos processuais como as condições da ação funcionam como filtros à concretização da atividade jurisdicional. Sem adentrar, ao menos agora, no debate acerca da correção, ou não, do elenco de pressupostos processuais e condições da ação, o que não se pode deixar de observar é que a previsão, no ordenamento jurídico pátrio, da existência de filtros leva à inexorável conclusão de que o direito a exigir do Estado a prolação de uma decisão sobre o bem da vida em disputa não é absoluto. E parece mesmo que não deva ser, visto que esse direito fundamental de ação vai de encontro a um direito de igual força, e em sentido contrário, pertencente ao réu, que não deve passar pela incômoda -- melhor mesmo seria dizer inadmissível -- situação de não ter um direito legítimo contestado. Veja-se, quanto ao particular, a lição de Leonardo Greco, *in verbis*:

> Se o direito de acesso à jurisdição fosse um direito subjetivo absoluto, não deveria sofrer qualquer limitação à guisa de pressupostos processuais ou condições da ação. Se, ao contrário, fosse apenas um poder de desencadear uma atividade estatal no interesse público, a lei poderia impor-lhe discricionariamente limitações. Mas se ele é um direito fundamental de um cidadão a que se contrapõe o direito igualmente fundamental do adversário de não ser molestado por um processo inviável, porque isto reduz ou dificulta o pleno gozo do seu direito material, que o Estado de Direito se comprometeu a tornar efetivo, então é preciso definir com clareza as limitações a esse direito impostas pela necessidade de conciliá-lo com os direitos fundamentais do seu adversário, de tal modo que, sem cercear o amplo acesso à Justiça em benefício daquele que afirma ser titular de uma situação juridicamente protegida e da paz social, o direito à jurisdição não se torne para quem tem razão um meio de suprimir ou limitar o pleno gozo dos seus direitos[477].

---

[476] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, São Paulo, 2003, p. 15.

[477] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 14-15.

O raciocínio acima exposto não é isolado na doutrina, podendo-se encontrar na obra de Cândido Rangel Dinamarco excerto em que o tema é tratado em termos bastante semelhantes, senão vejamos:

> Não seria eticamente legítimo sujeitar o adversário aos vínculos de um processo e ao desconforto que ele causa, quando se antevê que a tutela jurisdicional pedida pelo autor não lhe será útil ou que, por afrontar certos preceitos superiores, jamais poderá ser concedida. Nem seria economicamente legítimo impor ao adversário despesas para se defender e ao Estado o desperdício de atividades, nessa situação. Tais são as fundamentais razões de fundo ético-econômico que autorizam os condicionamentos impostos pela lei ao direito de ação[478].

Este enfoque das condições da ação também é dado por José Roberto dos Santos Bedaque, que, além de filiar-se à temática da questão ética que envolve os direitos do réu, ainda acrescenta uma questão de ordem prática, a economia processual:

> Como já observado, embora todos tenham direito ao devido processo constitucional, nenhum óbice existe a que o legislador ordinário desenvolva técnicas destinadas a obstar ao prosseguimento de processos manifestamente inócuos. A garantia constitucional não impede o controle da utilidade do processo pelo juiz, que deve, à luz dos dados concretos a ele apresentados pelo autor, verificar desde logo se a tutela jurisdicional pleiteada pode ser em tese concedida. Tal possibilidade é plenamente justificável, não só por razões econômicas, mas também éticas. O exercício, pelo juiz, dessa atividade de controle da utilidade do processo no caso concreto, representada pela verificação sobre a admissibilidade do exame da situação da vida, além de evitar despesas desnecessárias ao Estado e ao réu, impede que este último seja indevidamente submetido ao procedimento judicial[479].

Esta questão econômica não passou despercebida de Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover, *verbis*:

---

[478] DINAMARCO, Cândido Rangel.*Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, v. II, p. 296.

[479] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 244. Em outro estudo, Bedaque chega a afirmar que *"falar em condições da ação, que se situam no plano do dever-ser, é considerar as situações tutelandas e, a partir delas, a ação, para verificar se a tutela pleiteada é, em tese, possível."* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*: Influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 102.

> A exigência da observância das condições da ação deve-se ao princípio da economia processual: quando se percebe, em tese, segundo a afirmação do autor na petição inicial ou os elementos de convicção já trazidos com ela, que a tutela jurisdicional requerida não poderá ser concedida, a atividade estatal será inútil, devendo ser imediatamente negada[480].

Pelo que se vê, são atribuídas às condições da ação uma importante missão dentro do ordenamento jurídico pátrio, que é a de servir de fiel da balança para o equilíbrio entre dois direitos de nível fundamental. É que, ao mesmo tempo em que não se pode perder de vista que a Constituição Federal assegura a todos os indivíduos o amplo acesso à jurisdição, o que significa não admitir a colocação de óbices injustos, não é menos verdade que deve ser respeitado o direito do réu, também de índole fundamental, que lhe garante a situação de não ser molestado por demandas manifestamente infundadas.

E, apenas para que não se diga tratar a afirmação um exagero que justifique essa pretensão de dilargar abrangência do conceito de direito de ação, destaque-se as palavras de Eduardo J. Couture, no sentido de que "o processo leva consigo uma carga de sacrifício (eu ousaria dizer: -- de dor) que nenhuma sentença pode reparar"[481].

É aqui que as assim chamadas condições da ação ganham especial relevo. Chamando a atenção mais uma vez para os direitos de igual força e estatura que se contrapõem ao direito fundamental de ação, e inclusive se encontram nele compreendidos, as condições da ação funcionam mesmo com filtros legítimos ao seu exercício. Tanto assim, que em seu estudo sobre o direito de ação, Leonardo Greco muito bem destacou que "o juiz deve vigiar a existência das condições da ação desde o despacho da petição inicial (art. 295), para não sujeitar o réu a um processo injusto"[482].

Logo, a correta conceituação e delimitação de cada uma das condições da ação é medida indispensável se se pretende, de um lado, não restringir indevidamente o acesso ao Poder Judiciário e, de outro, não impor, também

---

[480] DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 29. Ed. Editora Malheiros, São Paulo, p. 288.

[481] COUTURE, Eduardo J.. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução: Mozart Víctor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951, p. 27.

[482] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 15.

injustamente, um ônus demasiado para o sujeito passivo da relação processual.

Para melhor propiciar o estudo da ação, pode-se seccioná-la em 3 (três) diferentes partes, os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito. Enquanto este último concerne à apreciação da questão de direito material que decidirá o destino do bem da vida controvertido, as duas primeiras são etapas prévias ao mérito, e que funcionam, por assim dizer, como uma espécie de controle. Os pressupostos processuais, da atividade jurisdicional, e as condições da ação do próprio exercício do direito de ação[483].

Neste momento, em que se pretende apenas explorar o tema do exercício do direito de ação, deixar-se-á de lado a questão meritória, concentrando-se o discurso nos pressupostos processuais e nas condições da ação.

3.5.2 Os pressupostos processuais

Os pressupostos processuais são os requisitos previstos em lei que, se não preenchidos corretamente, impedem a válida formação e o desenvolvimento regular do processo. Eles cuidam, portanto, do meio (o processo) utilizado para o exercício da jurisdição, assegurando o respeito às garantias formais mínimas do acesso à justiça que devem ser observadas pelo Estado. São verdadeiros requisitos de validade do exercício da jurisdição.

Rememorando que o magistrado não deixa de ser um funcionário público por excelência, Leonardo Greco ressalta que:

> (...) no exercício de suas funções, o juiz deve velar pela validade e regularidade do processo desde a sua formação até o final, porque delas vai resultar a legalidade ou validade da própria atividade-fim, que é o exercício da jurisdição[484].

---

[483] Mais adiante tratar-se-á do debate existente acerca de as condições da ação serem relativas à existência ou ao exercício de tal direito.

[484] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil.* São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 15.

Ou seja, o exame dos pressupostos processuais é um corolário do princípio da legalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal[485].

A respeito desses requisitos, há de se fazer uma distinção para a sua análise e a correta percepção das consequências advindas da sua não verificação, do seu não atendimento. É que, não se pode tratar igualmente os requisitos que, por sua natureza, possam ser sanados, daqueles em que tal providência não seja possível, hipótese solucionada pelo art. 249, *caput*, e §2º, do Código de Processo Civil brasileiro[486], segundo o qual aqueles cujo vício não puder ser sanado devem ser repetidos, salvo no caso de a parte eventualmente beneficiada pela declaração de nulidade receber uma sentença de mérito favorável, quando, em homenagem ao princípio da economia processual, a retificação do ato não se fará necessária. E é preciso diferenciar também daqueles requisitos que são essenciais a determinado ato daqueles cuja presença não é imprescindível, mas apenas útil[487], caso decidido pelo art. 154 do mesmo *Codex*[488], que somente exige a obediência à determinada forma quando expressamente indicado na lei.

Dessa forma, e tendo em conta, principalmente, que os pressupostos processuais dizem respeito à regularidade da atividade estatal, parece ser mais correto afirmar que são as condições da ação que efetivamente exercem um controle sobre o direito de ação, impedindo o seu uso inadequado, razão pela o estudo seguirá dedicando-se a estas.

---

[485] "Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte:"

[486] "Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.
(...)
§2º. Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, suprir-lhe a falta."

[487] Tratando o tema, Leonardo Greco consigna que "há, pressupostos processuais, portanto, que constituem requisitos essenciais de certos atos processuais, enquanto outros constituem requisitos apenas úteis. Nem toda inobservância daquilo que a lei exige para a prática de determinado ato vai gerar a sua nulidade absoluta (...)" GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 228.

[488] "Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial."

3.5.3 As condições da ação em espécie

3.5.3.1 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido é matéria que causa polêmica em âmbito doutrinário. Os defensores da corrente concretista dizem que a possibilidade jurídica do pedido estaria consubstanciada na existência de uma previsão legal que abarque o pleito formulado pelo autor[489]. Já entre os adeptos da corrente abstratista, a polêmica ganha ares ainda maiores, havendo aqueles que sustentam a possibilidade jurídica do pedido como sendo a possibilidade, em tese, de o provimento pretendido ser acatado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e os que, indo além, defendem que ela significa a simples inexistência de vedação ao pedido formulado, e não a possibilidade de aceitação[490] e, ainda, aqueles que o consideram como sendo aquele pedido já excluído do ordenamento jurídico[491].

Entre tais teses é possível identificar com razoável certeza um ponto em comum, que á licitude do pedido. Isto é, o pedido formulado pelo autor não pode ser vedado pela lei. E mais, o pedido também precisa ser materialmente factível.

Em que pese essa razoável convergência quanto ao conceito da possibilidade jurídica, ela desaparece quando se vai adiante. Com efeito, verifica-se no seio doutrinário a existência de vozes sustentando a extensão da possibilidade jurídica do pedido também à causa de pedir[492], contrariando a

---

[489] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 149; MONTELEONE, Girolamo. *Compendio di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 2001, p. 73.

[490] ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 123.

[491] DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 288-289.

[492] ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 35; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michelle. *Lezione Sul Processo Civile.* 2. ed. Bologna: Mulino, 1998, v. II, p.245; MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*. 13. ed. Torino: Giappichelli, 2000, v. I, p. 49.

parcela da doutrina que, como Leonardo Greco[493], defende a sua restrição ao pedido.

Entendo, neste ponto, assistir razão a este último processualista. A uma, pois se a aferição da presença das condições da ação é feita num juízo preliminar, onde não foi permitido ao autor exercer plenamente o direito à ampla defesa de suas razões, somente pode ele ter um provimento jurisdicional denegatório do seu direito -- ainda que ele possa renová-lo em outra oportunidade -- quando a ilegalidade for nítida. E, estando a ilicitude relacionada com a causa de pedir, isto é, ao mérito da relação jurídica de direito material propriamente dita, deve ela ser resolvida quando da apreciação do mérito. E a duas, porque conferir autorização ao magistrado para apregoar a carência do direito de ação em virtude de qualquer ilicitude, o que se terá é a imposição de óbice exacerbado e, portanto, injusto, ao exercício do direito de ação[494]. Ademais, como bem adverte Leonardo Greco:

> (...) a posição mais restritiva justifica-se também por uma razão pragmática, pois toda vez que se alarga a abrangência de uma condição da ação se restringe o exame do mérito, ou seja, o julgamento do direito material", e é "justamente nessas causas em que há o julgamento do mérito que há a formação da chamada coisa julgada material, que gera a impossibilidade de discussão da decisão em qualquer outro processo[495].

Portanto, é também por um imperativo de segurança jurídica, igualmente protegido como valor constitucional, que se justifica a restrição da impossibilidade jurídica somente ao pedido.

---

[493] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 230.

[494] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, São Paulo, 2003, p. 30-31.

[495] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 232.

3.5.3.2 Interesse de agir

Seguindo na mesma linha de polêmicas já mencionadas anteriormente, o interesse de agir é outro instituto que desperta diferentes olhares da doutrina processual. A corrente defensora da teoria concreta do direito de ação advoga a tese de que o interesse processual estaria presente na hipótese de haver a utilidade concreta do provimento jurisdicional requerido pelo autor, excepcionando-se aí tão-somente o caso das ações declaratórias, onde seria necessária a existência de ameaça a direito para que restasse demonstrada a utilidade do provimento[496].

Abrandando esse entendimento, a corrente abstrata diz que haverá o interesse de agir sempre que o provimento pleiteado pelo autor for necessário e útil à satisfação do direito violado por um terceiro[497]. Em outras palavras, o interesse seria uma decorrência natural de haver se tornado controvertido determinado direito.

Neste particular, cumpre apenas ressalvar que no campo da jurisdição voluntária esse interesse de agir também seria proveniente de um terceiro, a própria lei, por ser ela que exige um provimento jurisdicional para conferir a validade ou a eficácia a determinados atos[498].

Hoje, pode-se dizer ser voz corrente[499] que o interesse de agir é composto pelo binômio "necessidade-adequação"[500]. A primeira parte

---

[496] MONTELEONE, Girolamo. *Compendio di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 2001, p. 185.

[497] Nesse sentido, ensina Enrico Tulio Liebman: "o interesse processual existe quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento do seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse material que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa". LIEBMAN, Enrico Tulio. *O Despacho Saneador e o Julgamento de Mérito* - Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947, p.140.

[498] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil.* São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 34-35.

[499] Vide, por exemplo, os ensinamentos de José Joaquim Calmon de Passos (Comentários ao Código de Processo Civil, v. III), bem como de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (Teoria Geral do Processo).

[500] A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça parece ainda não ter decidido qual caminho adotar em definitivo, encontrando-se arestos recentes que sustentam 3 posições distintas. Na linha do binômio necessidade-adequação, veja-se os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais n. 1.215.189. DF – Distrito Federal. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial n. 1.215.189. Relator (a): Ministro Raul Araújo.

referindo-se à necessidade da intervenção do Poder Judiciário para proteger o direito material posto em disputa. Ou seja, havendo para o postulante outro meio lícito de satisfazer o seu direito, não teria ele a necessidade de lançar mão de uma medida judicial. Assim, nasce o interesse processual, no dizer de Leonardo Greco[501], "da impossibilidade de o autor satisfazer a sua pretensão diretamente, pelo uso da força". Especificamente no caso da ação declaratória, esta seria justificada pela necessidade de se obter uma certeza sobre a existência ou inexistência de determinado direito ou relação jurídica[502].

Já a segunda diz respeito à adequação do provimento jurisdicional, significando isso a perfeita congruência entre o meio utilizado pelo autor e o bem da vida que se quer ver resguardado. Vale dizer, é preciso que o meio por ele eleito seja apto a conferir-lhe o bem da vida em disputa. É a anunciada idoneidade do meio segundo a lição de Montesano e Arieta[503]. Quanto a esta parcela do binômio, Leonardo Greco sustenta não ser a mesma uma condição da ação, mas sim um pressuposto processual, uma vez que eventual equívoco na eleição do meio não afeta o direito do autor a um provimento jurisdicional, que pode ser concedido por outra via, inclusive mediante a conversão da primeira[504], se possível[505]. Insta repisar, o seu direito à jurisdição continua

---

Julgamento 02/12/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1215189&b=ACOR> Acesso em 06-092011; RJ - Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial n. 1.065.257. Relator (a): Ministro Massami Uyeda. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1065257&b=ACOR>. Acesso em 06-09-2011.

[501] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v I, p. 232.

[502] Diz o art. 4º do Código de Processo Civil brasileiro:
"Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;
II - da autenticidade ou falsidade de documento.
Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.".

[503] MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1996, v. I, p. 140.

[504] Tal medida pode ser adotada mediante a emenda da petição inicial (*ex vi* art. 295, inciso V do CPC).

[505] Vide o art. 277, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil brasileiro.

intacto, ainda que ele necessite lançar mão de uma via processual diversa[506]. Aliás, invocando ainda o art. 264 do Código de Processo Civil brasileiro, que em sua opinião autoriza a modificação do rito até o momento da prolação do despacho saneador, desde que com a concordância do réu, Leonardo Greco[507] sustenta que não há neste caso ausência do direito de agir.

No Brasil, fala-se muito ainda em outro item necessário à caracterização do interesse de agir, a utilidade do provimento jurisdicional[508], que seria o meio de justificar as demandas que não necessariamente cumprirão a missão de dar ao autor o bem da vida pretendido, ou mesmo daquelas que não são necessárias à proteção de um direito material, de que seriam exemplos a ação declaratória, a notificação judicial e as ações possessórias em que o Poder Público é autor. Todavia, sou da opinião de que em todas elas pode-se inferir, ao final, que não se trata de utilidade do provimento jurisdicional, mas sim de necessidade. Há a necessidade de se conferir certeza jurídica aos atos antes mencionados, principalmente daqueles que eventualmente podem acarretar a

---

[506] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v. I, p. 235.

[507] "Essas possibilidades a meu ver são suficientes para demonstrar que a inadequação do procedimento ou do provimento não implica na ausência do direito de exigir do Estado o provimento jurisdicional que equacione a situação fático-jurídica, mas em obstáculo mais ou menos rígido imposto em cada sistema processual, referente aos pressupostos de validade do próprio processo, como atividade-meio da jurisdição. É a lei processual que estabelece essas restrições, cuja legitimidade em face do direito de amplo acesso à tutela jurisdicional pode até ser questionada, mas que em nada afeta a existência do direito à jurisdição. GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 37.

[508] Prosseguindo na narrativa da diversidade de entendimentos encontrados nas decisões do e. Superior Tribunal de Justiça, encontram-se pelo menos 3 (três) acórdãos que mencionam a utilidade como parte integrante do interesse de agir. São eles: Recurso Especial n. 940.314/RS. RS - Rio Grande do Sul. Órgão Julagador: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Recurso Especial n. 940.314. Relator (a): Ministro Luiz Fux. Julgamento 24/03/2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=868681&num_registro=200700758684&data=20090525&formato=PDFAcesso em 06-09-2011. RJ - Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial n. 777.089/RJ. Relator (a): Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento: 04/03/2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=949933&num_registro=200501421595&data=20100329&formato=PDF. Acesso em 06-09-2011. SP – São Paulo. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Agravo Regimental no REsp. n. 902.458/SP. Relator (a): Ministro Luiz Fux. Julgamento: 17/03/2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=865212&num_registro=200602470151&data=20090330&formato=PDF. Acesso em 06-09-2011. Vale aqui, apenas o registro de que no primeiros dos acórdãos citados o Min. Luiz Fux equipara a utilidade à adequação.

responsabilização do postulante, como é a hipótese da desocupação forçada promovida pelo Poder Público, ente dotado de autoexecutoriedade de seus atos[509].

O que se tem, portanto, é que, mesmo não havendo um completo consenso acerca do conceito de interesse de agir[510], que somente converge quanto à questão da necessidade do provimento jurisdicional para garantir o bem da vida violado, pode-se ao menos dizer que há uma tendência na doutrina moderna em se entender a adequação como parte integrante do interesse de agir[511].

Assim, levando em consideração que, como visto anteriormente, a vertente da utilidade por ser uma variável da necessidade, ponto de convergência de todos aqueles que se debruçam sobre o estudo do interesse de agir, parece confiável adotar como conceituação do interesse de agir o binômio “necessidade-adequação”.

3.5.3.3 Legitimidade das partes

No que concerne à terceira condição da ação, a situação é diversa daquela verificada nas duas anteriores. Se lá o que se viu foi uma divergência a respeito do conteúdo da impossibilidade jurídica (restrita ao pedido ou eventualmente englobando a causa de pedir) e do interesse de agir (com maior

---

[509] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v. I, p. 39-40.

[510] Lembre-se, que no Superior Tribunal de Justiça ainda se encontra pelo menos uma decisão que trata do interesse de agir como um trinômio (necessidade-utilidade-adequação), segundo se depreende do aresto proferido nos autos do Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 685.829/RS. RS – Rio Grande do Sul. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Relator (a): Ministro Luiz Felipe Salomão. Julgamento: 05/10/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 06-09-2011.

[511] Nesse sentido, os escólios de Cândido Rangel Dinamarco, Donaldo Armelin, Rodrigo da Cunha Lima Freire e José Maria Rosa Tesheiner (Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*),* além de José Joaquim Calmon de Passos (Comentários ao Código de Processo Civil, v. III).

ou menor extensão, isto é, incluindo ou não a adequação e a utilidade), aqui o cenário é de aparente tranquilidade.

A legitimidade das partes é identificada, via de regra, pela relação de direito material deduzida em juízo. Sendo o indivíduo titular, ou ao menos alegadamente titular de um direito, é conferido, por expressa disposição constitucional (*ex vi* art. 5º, inciso XXXV, da *Charta Magna*), a legitimidade para ajuizar uma demanda judicial em face daquele que se diz ter violado o tal direito. É a chamada pertinência subjetiva da lide, nas palavras de Alfredo Buzaid[512], reduzida, na lição de Arruda Alvim, na assertiva de que:

> (...) estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença[513].

A definição antes mencionada é apta a solucionar os casos em que os titulares da relação jurídica de direito material reúnem as condições necessárias para litigar em juízo. Entretanto, não se pode olvidar que este cenário nem sempre se mostra presente. Casos há em que o titular de um direito não reúne tais condições, o que levou o legislador a introduzir no Diploma Processual de 1973 a legitimação extraordinária[514], que ocorre quando um terceiro ocupa, na relação processual, o lugar do titular da relação jurídica de direito material. Veja-se, portanto, que a legitimação extraordinária não se confunde com a representação, já que neste último caso o terceiro está em juízo em nome do representado, ao passo que na legitimação extraordinária o legitimado vai a juízo em nome próprio e não em nome do substituído. Ressalte-se, ademais, que a substituição processual é excepcional, e somente ocorre nos casos expressamente previstos na lei.

Com relação à legitimidade das partes, então, apenas dois comentários mostram-se dignos de registro além da questão relativa à legitimação

---

[512] BUZAID, Alfredo. *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 259.

[513] ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo, 1975, v. I, p. 319.

[514] É o que se infere do texto do art. 6º do Diploma Processual:
"Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei."

extraordinária. O primeiro é o de que, sendo hoje consenso que o contraditório, a ampla defesa e, por conseguinte, o direito de agir ativamente para influir no resultado de determinado julgamento são garantias fundamentais inerentes ao processo justo, não se pode mais admitir as hipóteses de legitimidade extraordinária exclusiva. Não há como se negar ao substituído o poder de praticar atos tendentes a influenciar no resultado do processo.

Na mesma linha do que acabou de ser dito, se modernamente também pode ser inferido um consenso a respeito da impossibilidade de se submeter um indivíduo aos efeitos da imutabilidade da coisa julgada caso não tenha exercido regularmente os direitos ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, na hipótese de não ter tido a oportunidade de influenciar na prolação de determinada decisão judicial, o instituto da substituição processual pode, se interpretado de maneira equivocada, configurar uma violação a essas garantias fundamentais. Para tanto, é imperioso que não se reconheça a constituição da coisa julgada em desfavor de alguém a quem não foi facultada a oportunidade de praticar todos os atos que entenda necessários à sua defesa em juízo.

Por esta razão, é mesmo de se considerar consentânea com tais garantias fundamentas a previsão, no ordenamento brasileiro, da coisa julgada *secundum eventum litis*[515], quando a mesma somente irá se formar relativamente ao substituído se favorável àquele que não integrou o processo[516]. Assim sendo, ainda que se reconheça a existência de algumas nuances importantes no tema atinente à legitimidade das partes, pode-se ao menos extrair da doutrina processual um consenso quanto à sua conceituação.

3.6 A teoria -- problemática -- da asserção

Uma vez feito um apanhado sobre quais são as condições da ação tradicionalmente reconhecidas no ordenamento brasileiro, uma questão que

[515] Exemplo disso são as sentenças proferidas nas ações coletivas previstas no art. 103, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

[516] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 41-42.

não pode passar *in albis* é aquela concernente à verificação da presença, ou não, das tais condições em uma determinada demanda apresentada ao Poder Judiciário.

Não é novidade o fato de o texto do Código de Processo Civil brasileiro ter recepcionado a teoria da ação desenvolvida por Enrico Tullio Liebman, uma teoria intermediária, que atuou no sentido de diminuir as diferenças entre as duas grandes correntes que até então se confrontavam, a teoria concretista e a teoria abstratista. É em decorrência disso que o Código de Processo Civil, em seu art. 267, inciso VI[517], prevê as mesmas três condições da ação que Liebman inicialmente identificou[518]. Entretanto, esta mesma influência de Liebman fez com que se tornasse arraigada no Brasil boa parte dos conceitos inerentes à teoria abstrata do direito de ação, sendo certo que uma das principais consequências disso -- senão a maior delas -- é a teoria da asserção.

O termo asserção deriva do latim *assertione* e tem significado de alegação, argumentação. De acordo com a teoria da asserção, as condições da ação devem ser verificadas exclusivamente consoantes o alegado pelo autor na petição inicial (*in statu assertionis*), sem que o magistrado realize uma análise mais detida. Insista-se no ponto, a verificação da presença, ou não, das condições da ação serão feitas pelo magistrado admitindo, *ex hypothese*, serem absolutamente verdadeiras, idôneas as afirmações lançadas na petição inicial.

No Brasil, esta teoria foi abraçada por abalizadas vozes da doutrina processual, podendo-se destacar, dentre outros, os ensinamentos de Machado Guimarães[519], José Carlos Barbosa Moreira[520], Arruda Alvim[521], Kazuo

---

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

[518] Note-se que a redação do art. 3º do Estatuto Processual prevê somente duas das condições da ação, a legitimidade e o interesse:
"Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade". Segundo a doutrina, tal ocorreu pois o mesmo foi elaborado já após Liebman haver editado a 3ª edição de seu Manual.

[519] Ainda sob a égide do Código de Processo Civil *de 1939, Machado Guimarães, fazendo referência a uma conferência realizada por Liebman, asseverou que: "*Já havíamos, também nós, em 1939, adotado idêntica solução: "Deve o juiz, aceitando provisòriamente as afirmações feitas pelo autor – si vera sint exposita – apreciar preliminarmente as condições da ação, julgando, na ausência de uma delas, o autor carecedor da ação: só em seguida apreciará o mérito principal – isto é, a procedência ou improcedência da ação"*.".* GUIMARÃES, Luiz

Watanabe[522] e Alexandre de Freitas Câmara, para quem "exigir, a demonstração das 'condições da ação' significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material"[523]. Comunga da prevalência da teoria da asserção no direito brasileiro Marcelo Abelha Rodrigues, apenas asseverando que ela serve para "minimizar os problemas causados pela interpretação literal do art. 267, §3º do CPC"[524], o que evitaria o problema de se paralisar o processo para produzir provas[525]. Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça também parece ser firme no sentido de que é ela que deve ser aplicada no que diz respeito à verificação das condições ação[526].

Machado. *Estudos de Direito processual civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 103.

[520] Legitimação passiva: Critério de Aferição. Mérito. In: José Carlos Barbosa Moreira (coord.). *Direito Aplicado II:* pareceres. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 377. O professor Barbosa Moreira, em outra oportunidade, defende a mesma tese nos seguintes termos:
"O exame da legitimidade, ´pois – como o de qualquer das 'condições da ação' --, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a res iudicium deducta. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória.". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial.In: José Carlos Barbosa Moreira (coord.). *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, 1ª série, p. 200.

[521] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 430.

[522]WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 58.

[523] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. I, p. 113.

[524] RODRIGUES, op. cit., nota 520, p. 181.

[525] De fato, segundo Fredie Didier Jr., "é possível, de acordo com o texto normativo, que haja a necessidade de produção de prova para a constatação da regularidade do exercício da ação. As condições da ação não resultariam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento (...)". DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, v. 1, p. 181.

[526] A jurisprudência também é uníssona em afirmar que no direito brasileiro esta foi a teoria que vingou quando da edição do Código de Processo Civil de 1973. Veja-se, a título de ilustração, os arestos colhidos no seio do e. Superior Tribunal de Justiça: MG – Minas Gerais. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.095.276/MG. Relator (a): Ministro Humberto Martins. Julgamento: 25/05/2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=894530&num_registro=200802252878&data=20100611&formato=PDF. Acesso em 05-09-2011; RJ – Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especiai n. 753.512/RJ. Relator (a): Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão. Min. Luis Felipe

Todavia, a existência desse marco da teoria abstrata em nosso sistema processual não deixa de trazer consigo os males desde há muito apontados pelos críticos de tal teoria. Marcos Bernardes de Mello, por exemplo, disserta que:

> A concepção de uma pretensão à tutela jurídica como algo abstrato, desvinculada, portanto, de um direito subjetivo violado merecedor de satisfação, tem suscitado objeções doutrinárias. O argumento mais utilizado é o de que seria absurdo admitir-se a possibilidade de alguém poder invocar a jurisdição estatal sem que tenha de demonstrar, previamente, a existência de lesão a um direito subjetivo, ou a menos a titularidade de um direito que se deseja proteger ou impor, obrigando-a a atuar para atender a qualquer interesse sem uma causa jurídica ou mesmo por uma motivação qualquer, por mero capricho[527].

Como bem destaca o professor Leonardo Greco[528], o exagero abstratista "tornou o acesso à justiça fácil instrumento da opressão do mais forte sobre o mais fraco e da utilização da via judicial não para a tutela do direito, mas para retardar indefinidamente ou impedir o reconhecimento do direito alheio". E ainda salienta que uma das críticas à teoria da asserção lançada pelos concretistas é a de que "o direito de ação nasce das próprias afirmações do autor, ainda que inverídicas ou até absurdas"[529].

Salomão. Julgamento 16/03/2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=935848&num_registro=200500857078&data=20100810&formato=PDF. Acesso em 05/09/2011. SP – São Paulo. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. Recurso Especial n. 470.675. Relator (a): Ministro Humberto Martins. Julgamento: 16/10/2007. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=728464&num_registro=200201177112&data=20071029&formato=PDF. Acesso em 05-09-2011.

[527] Da ação como objeto litigioso no processo civil. In: Eduardo José da Fonseca Costa, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coords.). *Teoria quinária da ação*: estudos em homenagem a Pontes de Miranda. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 393.

[528] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 7.

[529] GRECO, op. cit., nota 527, p. 27. Cândido Rangel Dinamarco ainda aponta outras críticas à teoria da asserção:
"a) só advogados menos preparados iriam incorrer na carência de ação, porque os competentes sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação;
b) ao dar provimento à apelação interposta contra uma sentença 'de mérito' fundada no fato de uma das partes ser estranha à relação substancial controvertida (ação de despejo movida a quem não é inquilino), ao tribunal seria permitido examinar as verdadeiras questões de mérito e julgar procedente a demanda, sem suprimir um grau de jurisdição (CPC, art. 515, § 1º);
c) se fosse de mérito a sentença que reconhece tratar-se de dívida de jogo ("improcedência da demanda"), a coisa julgada que se formará em torno dela impediria a plena vigência do art.

Por tudo o que foi visto, até mesmo como forma de evitar a violação de direitos fundamentais do réu protegidos constitucionalmente, a supracitada teoria não pode ser levada ao extremo[530], sob pena de se configurar a esdrúxula situação descrita por Rodrigo Ramina de Lucca:

> Basta que o demandante minta para que a petição seja recebida. Destarte, se o autor afirmar que emprestou dinheiro ao réu, ainda que tenha emprestado ao filho dele, teria direito de ação e o juiz proferiria uma sentença de mérito. Se o autor deixar claro que propõe uma demanda contra A, mas tinha, em verdade, emprestado dinheiro a B, então o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito. Em resumo, dois casos concretos idênticos receberiam sentenças de natureza diversa, de acordo com o relato fático do demandante[531].

1.477 do Código Civil, porque eventual pagamento que se faça seria pagamento de dívida inexistente e não, simplesmente, não suscetível de cobrança judicial (obrigação natural);
d) se em dois ou mais processos o mesmo autor pediu a anulação do mesmo ato ou contrato, mas com fundamentos diferentes, a anulação decretada em um deles conduziria o juiz a concluir, nos demais, que o autor não teria direito à anulação (mas todos entendem que o caso é de falta de interesse de agir, porque o resultado almejado já foi obtido) etc.". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II, p. 314-315.

[530] Ao dissertar sobre o interesse de agir Rodolfo de Camargo Mancuso já propõe uma leitura mais avançada do interesse de agir:
"Cuida-se, então de saber se o interesse de agir é de se entender configurado in status assertionis, bastando a apresentação de um singelo histórico de lesão sofrida ou temida perante uma autoridade judiciária, ou hoje se reclama um passo a mais, que permita densificar, atualizar e contextualizar aquele conceito, mormente em se considerando que o interesse de agir é a mola propulsora da judicialização do conflito, assim como o é da interposição de recursos (interesse recursal, calcado na situação de sucumbência).
Presente esse contexto, e numa exegese sistemática e teleológica dos textos trazidos à realidade judiciária contemporânea, é justo que se promova um enriquecimento conceitual do interesse de agir, agregando-lhe a exigência do prévio esgotamento de outros meios auto e heterocompositivos (...)". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 222-223.

[531]LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Revista de Processo*. Coord., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, outubro, n. 188, ano 35, p. 96. Crítica bastante assemelhada é feita por Oreste Nestor de Souza Laspro, *verbis*: "Na verdade, e sem embargo dos notórios processualistas que aderiram à teoria da asserção, a mesma nada mais faz do que criar uma ficção jurídica. Com efeito, o que era e sempre foi carência de ação, simplesmente pelo fato de não ter sido detectado diante da simples leitura da petição inicial transforma-se misteriosa e inexplicavelmente em improcedência da demanda.
De fato, os adeptos dessa teoria com o objetivo de ampliar os casos de julgamento de mérito, acabam de maneira simplista dando duas decisões diferentes para situações absolutamente idênticas, pelo simples fato da carência poder ser decretada pelas próprias afirmações do autor em sua petição inicial.
Adotar essa teoria significa afastar toda a construção doutrinária e jurisprudencial, em torno da ação e de sua real natureza, enquanto poder de exigir a tutela jurisdicional do Estado, na medida em que somente ocorreria a carência de ação em situações absolutamente patológicas, em que das próprias afirmações dos autores extrai-se a ausência das condições da ação".LASPRO, Oreste Nestor de Souza. A Ação e suas condições no Processo Civil de Cognição. In: José Rogério Cruz e Tucci (coord.). *Processo Civil* - Evolução e Vinte anos de Vigência. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 206-207.

Por tal razão, Cândido Rangel Dinamarco, em tópico de uma de suas obras intitulado “condições existentes e não apenas afirmadas (repúdio à teoria da asserção)”, defende que “não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente”[532]. Percebendo que, diante do ordenamento vigente -- lembre-se, o de um Estado de Justiça --, o réu não pode ser molestado por demandas manifestamente infundadas, Leonardo Greco se posiciona contrariamente ao purismo da teoria da asserção, sustentando que:

> (...) a afirmação de situação fático-jurídica apta hipoteticamente ao acolhimento do pedido formulado deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e de provas capazes de evidenciar a possibilidade concreta desse acolhimento e de que a iniciativa do autor não submete o réu a um ônus de plano manifestamente abusivo de defender-se de uma demanda inviável[533].

E, com base nisso, prossegue o jurista concluindo o seguinte:

> (...) as condições da ação se aferem a partir da asserção, pois são um juízo de mera possibilidade de acolhimento do pedido,

---

[532] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito ProcessualCivil.* São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 313-314. Em outra obra por ele publicada, a crítica à teoria da asserção e aos absurdos que a mesma pode conduzir são reiterados, senão vejamos: “Esses desvios de perspectiva são devidos ao intensíssimo grau de influência do direito material na verificação das condições da ação, que chega a estrangular e mesmo dá a impressão de aniquilar, nesse ponto, o espaço existente entre os dois pontos do ordenamento jurídico. Ceder a essa falsa impressão, todavia, significaria levar a indesejáveis extremos a teoria abstrata da ação, minimizando a valia de suas condições. A visão instrumentalista de todo o sistema processual propaga-se a todos os institutos que o compõem e particularmente à ação; considerá-la uma inerência da personalidade, garantia posta no mesmo plano do direito à vida à intimidade ou à honra, é permanecer no vago, sem raízes na situação jurídico-substancial que clama por solução em cada caso. Por isso é que, na linha de prestigiosa doutrina que o vigente Código de Processo Civil brasileiro visivelmente tomou por premissa, tem-se por ação algo distinto de mero ‘direito de demandar’, ou ‘direito à administração da justiça’; para o Código, ação é o poder de exigir o provimento jurisdicional (no processo de conhecimento, sentença de mérito) e dela só dispõe quem estiver amparado na efetividade das três condições. O que sucede é que, para a presença efetiva de cada uma delas, mostra relevância de primeira linha a situação de direito material concretamente considerada, sendo imprescindível, ‘sem quebra da autonomia dos institutos do direito processual, debruçar a vista sobre a situação do direito material que está à base da pretensão do autor’ e verificar se cada uma das condições da ação está presente”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 257-258.

[533] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 24.

> concretamente fundamentada na logicidade da verdade relatada e das suas consequências jurídicas e na sua sustentação em provas, ainda que mínimas. Ou seja, não basta a simples asserção. Se esta for absurda ou vier desacompanhada de qualquer indício da sua verossimilhança, deverá o autor ser julgado carecedor da ação, para não submeter o réu ao ilegal constrangimento de ter de defender-se e de perder o pleno gozo do seu direito decorrente da litigiosidade, sem uma causalidade adequada. E não haverá coisa julgada. Volte o autor, se quiser, com outra postulação, com outra postulação satisfatoriamente fundamentada[534].

Este pensamento vem ganhando adeptos na doutrina processual mais moderna, retirando-se da lição de Humberto Dalla Bernardina de Pinho as seguintes palavras:

> No entanto, a asserção não é suficiente para demonstrar a presença das condições da ação. Na verdade, ela deve ser examinada em conjunto com as provas que instruem a petição inicial. É necessário um mínimo de provas a demonstrar a verossimilhança das asserções formuladas na petição inicial. Entendimento contrário permitiria a autolegitimação do exercício da ação e criaria a possibilidade de submeter o réu ao ônus de defender-se de uma demanda manifestamente inviável (...)[535].

Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes, mesmo sem mencionar expressamente a necessidade de apresentação de uma prova mínima por parte do autor a fim de que seja possível verificar a presença das condições da ação, não deixam de anotar que a construção da teoria da asserção por parte daqueles que seguem a tese elaborada por Liebman conduz a absurdos:

> Consoante temos frisado, os adeptos da teoria eclética procuram "contornar" o problema afirmando que a investigação de tais elementos não implica exame de mérito porque deve ser levada a efeito hipoteticamente, com o que caem na desastrosa consequência de bastar ao autor da demanda mentir para adquirir o direito à jurisdição! Sim, pois ao propor uma ação de despejo, por exemplo, bastará que o autor minta ser ele o locador e o réu o seu locatário, para que esta doutrina considere presente a condição da ação relativa à legitimidade![536].

---

[534] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 24.

[535] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 192.

[536] SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

Em suma, o que se quer demonstrar é que a teoria da asserção não se mostra o instrumento mais adequado para verificação das condições da ação no modelo de um Estado de Justiça, posto que pode vir a submeter o réu a um ônus demasiado, o de ter direitos fundamentais violados[537], o que inclusive leva a crer que, em casos que tais, não se teria caracterizada a figura do processo justo, tal como o concebem os processualistas modernos.

3.7 **Terceira conclusão parcial**

Diante de tudo o que foi exposto neste capítulo sobre a teoria da ação, o que se percebe é que o modelo concretista, no qual é exigida a titularidade do direito material para se conceder o direito de ação a um indivíduo não se amolda com esta garantia fundamental, que preceitua amplo acesso aos portões do Poder Judiciário. Basta lembrar que, desde há muito, os esforços têm sido no sentido de afastar todos os óbices legítimos que eventualmente se coloquem entre a sociedade e o Estado-Juiz[538].

No Brasil, cujo sistema processual segue a teoria intermediária de Liebman, e no qual as condições da ação deveriam servir de verdadeiros filtros às demandas manifestamente infundadas, a busca pela maior amplitude do acesso à justiça acabou refletindo, no que concerne à verificação das

---

[537] Com base nisso, louvo o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.022.763/RS, no qual foi indeferida a produção de prova pericial (no caso um exame de DNA) em razão de não terem sido apresentados elementos suficientes a comprovar os fatos deduzidos na exordial relativos ao vício que teria ocasionado a assunção de uma paternidade. Entendeu-se, no caso, que, ante a falta de fundamento probatório para as alegações contidas na petição inicial, haveria de prevalecer a proteção aos interesses do menor. Ressalto, contudo, que este posicionamento, adotado já no curso do processo ainda não é, a meu sentir, suficiente para resguardar adequadamente os direitos fundamentais do réu. RS – Rio Grande do Sul. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial n. 1.022.763/RS. Relator (a): Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 18/12/20088. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=848109&num_registro=200800097813&data=20090203&formato=PDF. Acesso em 19-04-2013.

[538] Por todos, mencione-se o estudo de Mauro Cappelletti sobre o acesso à Justiça. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

condições da ação, na adoção e aplicação -- quase sempre extremada -- da teoria da asserção, ocasionando as distorções já anteriormente apontadas.

Dentre estas, destaco, de pronto, aquela concernente à violação do patrimônio jurídico e/ou moral do indivíduo, que sob a ótica de um modelo de Estado de Justiça, onde vigora o processo de cunho garantístico ("giusto processo", "procés èquitable" ou simplesmente processo justo), tem direito à preservação, em âmbito processual, de seus direitos fundamentais.

Sobre isso, sou da opinião de que o processo justo, ou melhor, a preservação dos direitos fundamentais do réu não pode se dar exclusivamente quando já estabelecida a relação processual, isto é, quando já instado o réu a integrar o polo passivo da demanda. A meu ver,a leitura mais consentânea com o espectro mais amplo do princípio do devido processo legal indica a proteção do patrimônio jurídico e/ou moral do pretenso réu ainda no momento anterior ao da formalização da relação processual, impedindo que ele suporte os ônus das demandas manifestamente infundadas. Estou concorde, no ponto, com a assertiva feita por Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci[539] no sentido de que "a garantia do devido processo legal deve ser uma realidade em todas as etapas do processo", a começar, claro, pelo instituto que dá o primeiro impulso para o início do exercício da atividade jurisdicional, que é o direito de ação.

Se já não fosse a defesa dos direitos fundamentais do réu razão suficiente para se encampar esse entendimento, o é a própria intenção de se garantir o maior acesso possível à justiça. Diz-se isso, pois não é novidade que o Poder Judiciário vem passando por uma verdadeira crise com a enxurrada de demandas que tem sido propostas, e que, ao cabo, acabam por dificultar -- e quiçá impedir -- a adequada prestação da atividade jurisdicional, que é exatamente o que se pretendia -- e ainda se pretende -- com a defesa do direito de acesso à justiça[540]. Veja-se, a título de ilustração, que, segundo

---

[539] TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Devido Processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

[540] Essa, talvez, tenha sido uma das razões para que Paulo Cezar Pinheiro Carneiro tenha afirmado que "é preciso que o juiz, na prática, estanque na raiz processos inviáveis, seja através do indeferimento da inicial, seja por meio do controle adequado das condições da ação (...)". CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça:* juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 72.

dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça relativamente à 1ª instância do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro[541], onde a relação é de 6,5 magistrados para cada 100.000 (cem mil) habitantes[542], cada magistrado empossado[543] recebeu 2.939 (dois mil novecentos e trinta e nove) processos novos para julgamento[544]. O quadro caótico do Poder Judiciário no Estado do Rio de Janeiro é complementado pela informação de que a taxa de congestionamento, isto é, dos processos que ainda se encontram pendentes de julgamento é de assustadores 64,6%[545].

Tem-se assim, mais uma razão a corroborar a necessidade de mitigação da teoria da asserção, não apenas de modo a permitir que o Poder Judiciário somente processe demandas que possuam um grau mínimo de maturação para julgamento, como também impedir que ocorram violações indevidas e exageradas à esfera dos direitos do réu. Até mesmo porque, a teoria da asserção, aplicada da forma como comumente se vê, ainda que aparentemente amparada pela norma do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, não sobrevive a uma colisão com a norma do art. 1º, *caput*, da referida Carta Maior, o qual enaltece que o nosso Estado não é apenas de Democrático Direito, mas acima de tudo de Justiça.

Para que este modelo alcance seu principal objetivo, é inadmissível permitir que um indivíduo possa ser submetido a um processo judicial sem que o autor apresente o mínimo de indícios que suportam a sua pretensão. Até

---

[541] Os dados que serão mencionados agora foram extraídos do documento denominado "Justiça em números" no ano de 2012, e que tem como referência dados relativos ao ano de 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf>. Acesso em 08-04-2013.

[542] Esse número, por si só, é alarmante!

[543] O total de cargos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de 1.049 (mil e quarenta e nove), mas no momento da pesquisa haviam 790 (setecentos e noventa) ocupantes de cargos. Op. cit., nota 540, p. 79.

[544] Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça o total de processos novos ajuizados no ano de 2011 foi de 2.322.154 (dois milhões trezentos e vinte e dois mil cento e cinquenta e quatro) processos, número que não inclui as execuções. Op. cit., nota 540, p. 427.

[545] A informação denota que no Estado do Rio de Janeiro a situação de caos não é a pior. Em 14 (quatorze) Estados da federação a taxa de congestionamento é ainda maior. As maiores são as dos Estados do Piauí (85,9%), Pernambuco (84,3%) e Mato Grosso (81,9%). Op. cit., nota 540, p. 244.

porque, decorre desse modelo de Estado a cláusula do devido processo legal estampada no inciso LIV do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a violação ou ameaça a um direito sujeita o responsável pela prática não a um processo, mas a um "devido processo"[546].

Ocorre que, tomando-se como ponto de partida as definições das 3 (três) condições da ação comumente reconhecidas pela doutrina processual, quais sejam, a legitimidade das partes, o interesse de agir[547] e a possibilidade jurídica do pedido, não se identifica nelas a expressa exigência da tal prova mínima necessária à demonstração da verossimilhança dos fatos articulados na peça vestibular[548]. Contudo, penso ser conveniente e razoável -- para não utilizar demasiadamente o vocábulo "justo" --, a partir da leitura do direito de ação como sendo "integrado" pelo processo justo, aquele que tem por objetivo maior também a garantia dos direitos fundamentais do réu, enxergar no ordenamento um meio de permitir aos operadores do direito realizar o devido temperamento à teoria da asserção.

Frise-se bem, é absolutamente imperioso, tal como defendido por notórios doutrinadores, que as alegações do autor sejam minimamente comprovadas, pois só assim pode-se ter como legítima a invasão que será feita no patrimônio jurídico e moral do apontado réu. E isto, até mesmo como forma de alçar a demanda a um ponto de maturação que permita a sua perfeita e correta apreciação por parte do Poder Judiciário[549]. Esta leitura, a meu ver, é a

---

[546]SOARES, Marcos José Porto *et all*.A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes.In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 195, p. 418.

[547] Sobre o interesse de agir, é importante destacar que "na aferição do interesse de agir o juiz não pode contentar-se com as simples afirmações do autor, sejam elas quais forem. Essas afirmações devem ser verossímeis e virem acompanhadas das provas pré-constituídas de que o autor desde logo disponha (CPC, arts.283 e 396), cuja dispensa deve ser justificada. A juntada inicial dos documentos não visa simplesmente a resguardar o princípio da eventualidade, mas a possibilitar o exame das condições da ação, particularmente do interesse de agir." GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil.* São Paulo: Editora Dialética, 2003,p. 39.

[548] Ressalve-se o entendimento contrário de Leonardo Greco, que comentando os exemplos de outras condições da ação citados por José Carlos Barbosa Moreira, asseverou que tais exemplos não significam limitação ao direito de ação, mas no máximo caracterizam "o interesse de agir como necessidade fundamentada do exercício da jurisdição." GRECO, op. cit., nota 546,p. 43.

[549] Rodolfo de Camargo Mancuso também destaca a importância da maturação da causa, inclusive como meio de se abreviar o tempo de duração do processo:

única compatível com o sentido mais amplo do princípio do devido processo legal, o de resguardo de direitos fundamentais.

E que não se diga que tal exigência fará com que se retorne aos primórdios da teoria concretista da ação, ou mesmo que violará o princípio do acesso à justiça, colocando-se um obstáculo indevido ao exercício do direito de ação, pois não se está a falar da prova cabal do direito alegado, daquela que se exige para julgar procedente a demanda. Está-se a falar, sim, apenas de uma prova mínima, daquela que seja apta a conferir indícios de verossimilhança das alegações postas na petição inicial[550].

A pretensão de se introduzir no processo civil esse conceito, o de necessidade de prova mínima para o ajuizamento da demanda, torna pertinente uma breve visita ao ordenamento processual penal pátrio, onde tal conceito já é utilizado.

"Quanto mais não seja, por aí se terá alcançado o importante objetivo de ensejar que a controvérsia atinja o desejável ponto de maturação, por modo que, em resultando necessário o processo judicial, seu rito ficará abreviado e aumentarão as chances de uma resposta jurisdicional tecnicamente consistente". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 225.

[550] Nesse sentido, Humberto Dalla Bernadina de Pinho aduz que: "(...) o exame das condições da ação não trata de um juízo de mérito, mas de um juízo sobre questões de direito material a partir da situação fática e concreta relatada pelo demandante com fundamento de sua pretensão, que deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e provas que evidenciem a possibilidade do acolhimento". PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.164-165.

4 A JUSTA CAUSA NO PROCESSO PENAL

> (...) a acusação não pode e não deve ser leviana ou temerária, daí por que deve vir lastreada nos elementos de prova colhidos na fase investigatória[551].

4.1 Introito

A dimensão que ganhou o direito de acesso à justiça, com a sua elevação ao patamar de garantia fundamental, fato decorrente da curva ascendente, no aspecto qualitativo, que ganhou o Estado Democrático de Direito na modernidade, e que, segundo preconizado pelo legislador constituinte, há de ser entendido como um "Estado de Justiça", é um inegável ganho para os indivíduos que desfrutam desse sistema. Ter a garantia de que qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser evitada ou remedida pelo mais amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário constitui, de fato, uma benesse sem precedentes.

Não se pode deixar de observar, contudo, que a modernidade não se limitou a trazer benefícios para os indivíduos que vivem sob a égide do Estado de Justiça. As inovações tecnológicas que acabaram por influenciar sobremaneira o fenômeno da globalização tornaram o fluxo de informações de tal modo intenso, que foi capaz de levar ao conhecimento de uma parcela significativa da população o conteúdo do direito de acesso à justiça. Esse fenômeno foi responsável, também, pela divulgação entre todas as camadas da população, principalmente aquelas que detinham menos informação, das inovações legislativas e das políticas judiciárias que foram se desenvolvendo em razão da já mencionada elevação de patamar do direito de acesso à justiça.

Se antes, então, o acesso à justiça era limitado até mesmo pelo desconhecimento, a realidade ganhou novos contornos com o melhor nível de informação e os novos instrumentais postos à disposição dos indivíduos. Com isso, o poder Judiciário tornou-se a panaceia de todos os males. Além de

---

[551] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 219

atender a uma demanda que até então se encontrava reprimida, passou ele a ser palco de disputas nas quais o que se colocava em jogo não era propriamente uma ameaça de lesão ou um direito violado. Para alguns, as demandas judiciais passaram a ser um verdadeiro meio de vida. São exemplos clássicos do que se disse as ações onde se buscavam indenizações por dano moral em razão de fatos absolutamente corriqueiros da vida humana.

Dentro de um Estado de Justiça, em que a prioridade número um é resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles o acesso à justiça e o direito à honra e à moral, e baseado num sistema processual em que as alegações -- mesmo que deficientes -- contidas na petição inicial são suficientes para dar o impulso inicial a uma demanda judicial, o que se viu florescer e propagar foi o abuso do direito de ação. Esse abuso, diga-se, foi de tal forma que a doutrina apropriadamente lhe apôs a pecha de "indústria do dano moral"[552]. Nessa fase, portanto, o que salta aos olhos não são mais os obstáculos do direito de acesso à justiça, mas o abuso do direito de ação que reflete diretamente na esfera jurídica daquele apontado como réu.

---

[552] Eis a observação feita, dentre outras, por Rosangela Carvalho Menezes, em sentença publicada no periódico de responsabilidade do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verbis: "Deve ser desencorajada a proliferação da indústria de dano moral que atualmente ocorre, havendo exacerbado número de demandas da espécie em nossos tribunais e, na maioria das vezes, desacompanhadas de justa causa". (MENEZES, Rosangela Carvalho. Revista Sentenças e Decisões de Primeiro Grau, nº 13, Rio Grande do Sul: TJRS, 2005, p.63). Esse movimento foi de tal forma significativa no Brasil que o e. Superior Tribunal de Justiça sentiu-se no dever de coibir as demandas intentadas com base na banalização do dano moral.
Veja a ementa do Recurso Especial n. 504.639/PB, oriundo da 3ª Turma e na qual foi relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:
"Civil e Processo Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Indenização. Danos Morais. Carta de cobrança sem dizeres ofensivos. Dívida em juízo. Inscrição no cadastro não consumada. Liminar observada. Indenização indevida. Recurso Desacolhido.
I - Uma vez examinados todos os pontos controvertidos, não se vislumbra negativa de prestação jurisdicional, a ensejar o retorno dos autos ao Tribunal de origem.
II - O envio de carta informando da possível inscrição do nome do destinatário nos cadastros de controle de crédito, sem dizeres ofensivos, cobrando dívida que, embora esteja em discussão judicial, restara vencida, não sustenta o pedido de indenização por danos morais, principalmente pelo fato de que a inscrição não se consumou.
III - No caso, de outro lado, não houve descumprimento de decisão judicial, uma vez sequer concretizada a inscrição.
IV - A indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada "indústria do dano moral".".
PB – Paraíba. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial n. 504.639/PB. Relator (a): Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 26/06/2003. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=416434&sReg=200201743974&sData=20030825&formato=PDF>. Acesso em 23-04-2013.

Se a situação já se mostra preocupante do ponto de vista do direito processual, o que dizer então quando o campo for o direito processual penal, onde o bem da vida em jogo é o direito de liberdade do indivíduo? Não há como se negar que o exercício indevido do direito de ação acarretará sérios prejuízos ao envolvido.

Nesse cenário, analisar as justas limitações do direito de ação passou a ter importância ímpar na compreensão do direito fundamental de acesso à justiça. E mais, se até o momento as limitações expressamente previstas no ordenamento processual civil foram insuficientes para impedir os excessos até agora verificados, talvez uma apreensão mais abrangente do sistema processual como um todo possa auxiliar na solução do problema. Está-se a falar, especificamente, da importação, para o ordenamento processual civil, de uma justa limitação que já se encontra expressamente prevista no ordenamento processual penal.

4.2 **O significado da expressão "justa causa"**

4.2.1 Comentário inicial

O estudo da justa causa no Processo Penal é tarefa que, como se verá a seguir, possui lá os seus tormentos, seja porque não são muitos os que se dedicam ao estudo do tema, seja porque diversos são os significados encontrados para a expressão no ordenamento jurídico pátrio. A situação ainda se mostra mais delicada quando se atenta para o fato de que nem mesmo etimologicamente a expressão "justa causa" apresenta um significado unívoco.

Com efeito, a depender da área do conhecimento científico a referida expressão ganha contornos distintos. Nesse sentido, Maria Thereza Rocha de Assis Moura[553] menciona a existência de pelo menos 17 (dezessete) diferentes sentidos para a expressão "justa causa". Diante dessa propagada dificuldade, a

[553] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.

tarefa de compreender o exato sentido da expressão pode ser mais facilmente alcançada pela depuração de cada um dos vocábulos separadamente.

4.2.2 Etimologia do vocábulo “causa”

Iniciando pelo vocábulo causa, verifica-se que na filosofia o significado que se lhe deu foi metafísico, “aquilo pelo qual uma coisa se realiza”, “a razão de ser do causado”[554]. Ainda na filosofia, o conteúdo de causa sofreu a influência de Santo Agostinho, que considerava Deus “como a única e exclusiva causa de todas as coisas”[555]. Em outra senda, São Tomás de Aquino, dando prosseguimento ao raciocínio desenvolvido por Aristótoles, remodelou os conceitos de causa eficiente[556] e causa final concebidos pelo último, além de estabelecer a distinção entre causa e princípio. No período histórico conhecido como Renascimento vê-se ainda a separação das causalidades científica, aquela determinada pela física, filosófica e teológica[557], até se

[554] JOLIVET, Régis. *Vocabulário de filosofia*. Tradução: Geraldo Dantas Barreto. Rio de Janeiro: Agir, 1975, p. 39. Para explicar a diferença entre condição necessária e causa, menciona Walter Brugger, como exemplo, que a luz é condição necessária, mas não é a causa da ação de escrever. BRUGGER, Walter. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária (EPU), 1987, p. 77 *et seq*.

[555] José Juan Bruera ressaltou ainda que, para Santo Agostinho, é tão grande a potência da causa primeira que condiciona o destino do homem, suprimindo deste toda liberdade da vontade. BRUERA, José Juan. *El concepto filosófico-juridico de causalidade.* Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 108.

[556] Causa eficiente, segundo José Salgado Martins, seria o que atua para que a substância adquira determinada forma, sendo determinante para a sua essência, e causa final, o objetivo último para o qual caminha determinada coisa, a sua finalidade. MARTINS, José Salgado. *Direito Penal*: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 144. Vale lembrar que, juntamente com as quatro causas comumente enumeradas (causa eficiente, causa material, causa formal e causa final), acrescentaram os escolásticos mais uma, a causa exemplar. CORREIA, António Mendes *et all*. *Grande Enciclopédia Portuguesa Brasileira*. Lisboa: Editorial Enciclopédia, 1953, v. 6, p. 327.

[557]Hobbes reformulou o conceito de causalidade advindos da tradição aristotélico-escolástico com a finalidade de substituir a concepção de uma causalidade linear para uma ideia de causalidade mecanicista. HIRATA, Celi. A Causalidade em Hobbes: Necessidade e Intelegibilidade. In: *Cadernos Espinosanos Estudos*. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 2011, v. XXIII, p. 33.

chegar, finalmente, a Augusto Comte, que esvaziou a ideia de causa, substituindo-a pela de lei[558].

Modernamente, os conceitos de causa mais utilizados pela filosofia são aqueles construídos inicialmente por Aristóteles e posteriormente aprimorados por São Tomás de Aquino, os de causa eficiente e causa final, sendo a primeira um evento do qual decorre outro, a ele conexo de modo inseparável, ao passo que a segunda é a finalidade que orienta a realização de determinado ato[559].

No campo do Direito, tal como ocorre na esfera filosófica, o conceito de causa ganhou diversos significados ao longo do tempo, e até hoje é empregada com distintos sentidos, destacando-se dentre eles 3 (três), quais sejam, os de motivo determinante de um ato, o de fim imediato almejado pelas partes interessadas e o de litígio judicial[560]. Observa-se, portanto, que os conceitos de causa eficiente e causa final delineado por Aristóteles e São Tomás de Aquino tiveram a sua importância também na área do Direito, principalmente no Direito Civil. A origem de "causa" no Direito, contudo, possui seus primeiros fundamentos no Direito Romano, onde são encontradas diferentes opiniões a respeito do sentido emprestado ao referido vocábulo, sendo certo que para uns seria o de causa-fonte, muito próximo ao de causa

---

[558] LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: Press Universitaire de France, 1980, p. 132.

[559] BERALDO, Carlo *et ali*. *Enciclopédia filosófica.* 2. ed. Roma: Edipem, 1979, p. 156; LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie.* Paris: Press Universitaires de France, 1980, v. 2, p. 132.

[560] BRUERA, José Juan. *El concepto Filosófico-Jurídico de Causalidad*: ensayo, Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 200; ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento Sem Causa. In: *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1957, maio, n. 259, ano 46, p. 24-25; NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica.* 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, v. 1, p. 226; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 16-17. De se destacar as palavras de Rogério Lauria Tucci, que defende que o vocábulo "causa", constante dos artigos 102, III, e 105, III, da CF/88, deve ser entendido em um sentido amplo, *"abrangente de qualquer espécie de procedimento, inclusive os da denominada jurisdição voluntaria em que o órgão jurisdicional coletivo a quo tenha proferido ato decisório ordinariamente irrecorrível."* TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil*: processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, p. 347. Assim como a lição de Paulo Barbosa de Campos Filho afirmando que são duas modalidades de causa interessantes ao direito, sendo a eficiente, aquela que consiste na própria vontade, e que convém ao Direito sob aspecto da voluntariedade dos atos humanos, e a final, que seria aquela que na linguagem jurídica considera-se como causa. FILHO, Paulo Barbosa de Campos. *O Problema da Causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, p. 94.

eficiente, e para outros, o de causa-fim, que por sua vez é semelhante ao de causa final antes mencionado[561].

No Direito Canônico, identifica-se a mesma problemática do sentido plurívoco, sendo ora o de motivo, razão, ora o de litígio, controvérsia, não sendo incorreto, todavia, afirmar que *a* expressão "justa causa" tem, no Código, o sentido que, segundo alguns autores, lhe conferiam os romanos, qual seja, circunstância (ou fato) objetiva(o) que justifica um comportamento"[562].

Também no Direito Civil o conceito de "causa" é um tema dos mais tormentosos desde o *ius privatum* do Direito Romano, fato que talvez tenha levado os civilistas modernos a efetuar uma revisão do mesmo. Diante da disputa que se travou entre os causalistas e os anticausalistas, o Código Civil brasileiro de 1916, em posição corroborada pelo Diploma Civil de 2002, não se referiu à causa como requisito de validade de um negócio jurídico, referindo-se tão-somente para dizer que ela pode ser tida como tal na hipótese de haver sido tratada como razão determinante de sua celebração[563]. Nesse contexto, o entendimento da doutrina, reconhecendo a duplicidade de sentidos do vocábulo, asseverou que o mesmo foi empregado com o conteúdo de causa final[564].

---

[561] Segundo a observação de José Antonio Doral, na era clássica do direito romano, a tipicidade da causa não significava apenas a legalidade, mas também proteção de interesses que variam de acordo com os critérios de equidade e justiça, sendo assim uma tipicidade social. Além disso, assevera que a justa causa tem conexão com a boa-fé, representações ambas de um mesmo conceito geral. Concluiu também que a boa-fé completa integra a noção de justa causa. DORAL, Antônio José. Justa Causa. In: *Nueva Enciclopédia Jurídica*. Barcelona: Francisco Seix, 1971, tomo XIV, p. 637.

[562] Torquato de Castro, em sua obra entitulada "Causalidade Jurídica" afirmou que na causa, entendida no sentido judicial, existia uma matéria, que além de ser fechada, também era juridicamente qualificada, eis que nela se comporta a ordem de fatos que, quando afinal separados e valorados, constituir-se-ão em causa-fonte daquilo que, no mérito, será definido pela sentença. Assim, afirmou então que seria um erro afirmar que nesta acepção o termo significasse apenas uma lide. CASTRO, Torquato de. *Causalidade Jurídica no Direito Romano*. Recife: Cadernos da OAB de Pernambuco, 1983, p. 9 e 13.

[563] Diz o art. 140 do Código Civil de 2002 que: "Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante".

[564] CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, p. 67; BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Ed, 1969, tomo 1. p. 343-344; ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. In*:Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1957, maio, n. 259, ano 46, p. 24-25.

Já no âmbito do Direito Processual Civil, o vocábulo é comumente utilizado como sinônimos de origem de determinada nulidade[565], litígio[566] ou causa de pedir[567], sendo nesse segundo sentido também utilizada pelo Processo Penal, onde, não havendo um litígio propriamente dito, fala-se em controvérsia penal[568]. Por fim, na seara do Direito Penal, encontra-se uma vez mais a causa com significado de causa eficiente e causa final[569].

4.2.3 Epistemologia do vocábulo "justo"

Também quanto ao vocábulo "justo" a questão está longe de ser pacífica, e esta divergência é identificada já na explicação da origem do significado. Há os que sustentam que o vocábulo derivaria do latim, *justus* ou *iustus*, com seu primeiro significado religioso, passando, posteriormente, à sua primeira aplicação concreta no direito posto, dizendo-se, hoje, daquilo que é equitativo. Entretanto, existem aqueles que dizem a derivação do vocábulo vir do grego, *isos*, *egual*, *isótes*, no sentido de igualdade, que seria a base de toda a justiça[570]. Inobstante a divergência quanto a origem do termo, o que não se pode negar é que "justo":

---

[565] É, nesse sentido, empregada pelo art. 249, *caput*, do Código de Processo Civil: "O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados".

[566] Neste outro, é utilizada no art. 258 do Diploma Processual Civil: "A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato".

[567] Este terceiro sentido pode ser visto no art. 264, *caput*, do Estatuto Processual Civil: "Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei".

[568] Como defendeu Carnelutti, o conflito de interesses ocorre quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de uma necessidade diversa. Também conceitua o "conflito de interesses como advindo de uma reivindicação qualificada de uma das partes e pela resistência do outro".
Tradução livre feita a partir do original: "il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell'altro". CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile.* Padova: Cedam, 1933, v. 1, p. 40 e 342; CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 13.

[569] NUNES, Pedro. *Dicionário da Tecnologia Jurídica.* 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, v. 1, p. 226.

[570] Do vocábulo "*ius"* formaram-se, os adjetivos latinos *iustus* e *iniustus,* que corresponderiam

> (...) é um valor absoluto, que não se pode fazer derivar de nenhum outro, cujo ingrediente primordial reside no respeito e dignidade da pessoa humana. E a ideia de justiça constitui o verdadeiro ponto de partida para a determinação do Direito, como qualidade do justo[571].

De todo modo, assim como se fez anteriormente, um breve histórico parece salutar para se melhor extrair o sentido do vocábulo. Começando, então, pela Grécia antiga, os filósofos pré-socráticos tinham a noção de que a justiça se consubstanciava em dar a cada um o que é seu, de onde evoluiu para significar obediência às leis e cumprimento de deveres de guerreiros, significado defendido por Platão, que concebeu a existência de 4 (quatro) virtudes cardeais do ser humano, sendo a justiça aquela que confere a unidade a todas as outras[572]. Na mesma linha de pensamento, Aristóteles, defendendo que a justiça é a virtude completa do homem, disse ser ela o senso que orienta a realização de ações justas, acrescentando que justo seria aquilo que está previsto na lei e se harmoniza com a igualdade. A justiça, portanto, poderia ser definida como a igualdade dos direitos juridicamente estabelecidos ou moralmente exigíveis. Outra grande contribuição deixada por Aristóteles foi a distinção entre as duas formas de justo, o comutativo e o distributivo. Na justiça comutativa, a atenção estaria voltada para a paridade dos direitos cambiados, abstraindo-se das pessoas envolvidas, enquanto que na justiça distributiva o importante é justamente o inverso, o foco é o mérito das pessoas[573].

às expressões “conforme o direito” e “contrário ao direito”, com derivados *iustitia* e *iniustitia*. LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie.* Paris: Press Universitaires de France, 1980, p. 551; OLIVIERI, Dante. *Dizionario Etimológico Italiano*. Milano: Ceschina, 1953, p.347.

[571] Platão pensava desta forma ao afirmar que a ideia de justiça está intimamente ligada ao conceito de dignidade humana, refletindo desta forma no direito. No mesmo sentindo, manifestou-se Gustav Radbruch, ressaltando que a idéia de Direito não pode ser diferente da ideia de justiça. FIGUEROA, Miguel Herrera. *Justicia y Sentido*. Tucumán: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, 1955, p. 66; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. 1979, p.86-87.

[572] “Creio que se a nossa cidade, se de fato foi bem fundada, é totalmente boa; - É forçoso que sim; - É, portanto, evidente que é sábia, corajosa, temperante e justa”. Platão. *A República.* Tradução: Maria Helena Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, Liv. 4p. 175.

[573] Aristóteles criou a teoria da justiça como virtude particular ou universal, de natureza exclusivamente social, concernante à repartição de bens entre os homense tendo como objetivo a atribuição a cada um do que é seu, isto é, o seu direito segundo o critério de igualdade. CABRAL, Roque. *LOGUS Enciclopédia luso-brasileira de filosofia.* Lisboa: Edições 70, 1986, p. 98. Vide ainda: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Tradução: Cabral de Monada. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 88-89; JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz.

Passando à era cristã, o que se percebe é que a ideia de justiça, para Santo Agostinho, está ligada ao todo, ao bem comum. São Tomás de Aquino, por sua vez, tornou ao pensamento de Aristóteles, atribuindo à justiça um sentido metafísico, o de ser uma virtude do homem. Tratando especificamente do Direito, e considerando-o uma vertente diferenciada da justiça, voltou à ideia de que esta consistiria em dar a cada um o que é seu. Em sua opinião, uma coisa pode ser tida como justa por duas razões diferentes, por sua própria natureza (justo natural) ou por convenção humana (direito positivo). Ademais, insistindo na distinção entre justiça comutativa, aqui vista como uma relação entre os particulares, e a justiça distributiva, que seria a relação de cada um com o todo, tentou de alguma forma superar essa bipolaridade com uma inovação, o justo legal, também denominado de social, que preconizava a primazia do bem comum sobre o particular e seria regulada pela equidade, um justo natural[574].

Modernamente, o que se verifica não é uma escolha hermeticamente fechada entre os dois conceitos de justiça, o grego e o cristão. Ao revés, tais conceitos mostram-se complementares. O conceito de justiça meramente subjetiva, como virtude do ser humano, foi transposta, materializando-se na busca por uma ordem social justa[575]. Norberto Bobbio resume em três as teorias a respeito da justiça identificadas ao longo da historia do direito, a saber, aquela que considera a justiça como sendo a paz social, a que identifica a justiça com a igualdade e a que diz ser a justiça a liberdade externa, sendo neste último senso acompanhado por Immanuel Kant, para quem um

---

Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1988, p. 322.

[574] São Tomás de Aquino defende que a justiça seria uma virtude geral, que ordena o homem em suas relações interpessoais. Esta virtude poderá ocorrer de duas formas: com alguma pessoa, singularmente considerada; ou com outem que poderia ser uma comunidade, onde parte do bem seria dirigido ao todo. Assim, o bem de qualquer virtude é referente ao bem comum, para o qual a justiça é conduzida. Desse modo, resultaria na justiça geral que seria a justiça legal, pois o homem deve proceder de acordo com a lei. AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução: Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Ed. Bilíngue português-latim - Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1980, 2ª parte da 2ª parte questão, LVII, art. II.

[575] Vide ensinamentos de Miguel Reale, onde se pode notar a idéia do justo como uma justiça objetiva, apenas ocorrendo nas relações entre homens. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 376.

comportamento não pode ser considerado ilícito se a faculdade de realizá-lo pode ser compatibilizada com a liberdade de toda a coletividade[576].

Outro filósofo, Rodolf Tammler, verificando a dicotomia entre direito natural e direito positivo, acabou por conjugar os polos opostos, sustentando que uma decisão somente pode ser justa se estiver balizada pelo direito, e este, por sua vez, somente estará legitimado se se harmonizar com os pensamentos da coletividade[577].

No Brasil, talvez a voz mais importante seja a de Miguel Reale, que também prega a complementarieade das noções subjetiva e objetiva de justiça. Segundo ele, justiça não é valor que serve de fundamentação para nenhuma norma jurídica, mas é mesmo condição de todos eles. Ela existe para que todos os demais também o sejam[578].

O que se tem, então, é que não se pode definir justiça com uma simples palavra, nem talvez com um único significado, parecendo adequada a definição de John Rawls, que entende que a justiça "é a primeira virtude das instituições

---

[576] Norberto Bobbio, defende que o pensamento jurídico de Kant visa a conceituar a justiça como uma forma de liberdade, sendo esta a finalidade do direito. Salienta também que segundo Kant, "quem se apega ao direito positivo, como faz o jurista, não poderá nunca estabelecer o que é justo e injusto, mas poderá somente estabelecer se um determinado fato ou ato seja lícito ou ilícito sob o ponto de vista jurídico". BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant.* 3. ed. Tradução: Alfredo Fait, Brasília: UNB Brasília, 1995, p. 71. Para Kant, "o jurisconsulto pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito, ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram, mas se é justo o que estas leis prescrevem e o critério universal por meio do qual é possível reconhecer em geral o que é justo ou injusto, permanece-lhe completamente obscuro, se não abandonar por um certo tempo aqueles princípios empíricos, e se (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fios condutores) não buscar as origens daqueles juízos na razão pura como único fundamento de qualquer legislação positiva possível". KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes.* Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p.67.

[577] A noção de justo para Stammler seria equivalente a "ordenado unitariamente", e a noção de justiça objetiva seria baseada na possibilidade de reduzir "a uma harmonia fundamental de todos os desejos e aspirações, apesar da diversidade de seus conteúdos, mantendo-os todos a um único padrão de julgamento". Stammler defende que aquilo que é objetivamente justo não é imutável, nem absoluto, ou definitivo. STAMMLER e LARENZ. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Tradução: Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985, p. 21-54.

[578] O posicionamento de Miguel Reale acerca do direito como valor de justiça, diverge do posicionamento de Hans Kelsen, que defende que o direito não deve ser valorado, mas sim descrito. Miguel Reale defende que o direito possui uma estrutura tridimensional, sendo composto por fato, valor e norma. O aspecto axiológico diz respeito ao direito como um valor da justiça. Já para Kelsen, o mundo do direito é o do dever ser, no sentido lógico e não-axiológico e moral. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64-78. KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. XIII.

sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”[579], um conjunto de princípios que deve ser tido como superior aos demais quando houver a exigência de solução de conflitos entre os sujeitos morais[580]. Ou seja, ao cabo, é a justiça um valor de ordem ética e porque não dizer também social, posto que ligada à coletividade, e que não se limita ao conteúdo da lei. Em verdade, sua relação mais densa, como se vêm é com a igualdade.

[579] RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 4.

[580] Para Rawls,“uma sociedade é bem-ordenada não somente quando foi planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é realmente regulada por uma concepção pública de justiça. Ou seja, é uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em igual se sabe que atendem a esses princípios (...). Entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares, uma concepção compartilhada de justiça define os vínculos da amizade cívica; o desejo geral de justiça limita a busca de outros fins”.RAWLS, op. cit., nota 578, p. 5-6.

4.2.4 O significado da expressão “Justa Causa”

A dificuldade na conceituação dos dois termos isoladamente também será encontrada quando passar-se à aglutinação, afinal, a junção de duas coisas de uma mesma natureza dificilmente resultará numa natureza diversa. De fato, há realmente muito embaraço em se conseguir delimitar precisamente o conteúdo da expressão “justa causa”. A uma, pois existem vários significados para o vocábulo “causa”, destacando-se aí os de causa eficiente e causa final, e a duas porque o vocábulo “justo” constitui um valor[581]. Todavia, é possível se chegar a um norte.

Assim, buscando delimitar o conceito de forma concisa, pode-se dizer que justa causa é “tudo o que possa justamente servir de motivo ou dar origem a um fato”[582], vale dizer, são aqueles fatos que tornam legítimo o exercício de um direito. Maria Thereza Rocha de Assis Moura considera a justa causa como

> (...) um “antídoto” do abuso, “um dos instrumentos necessários para temperar o exercício absolutamente discricionário dos direitos potestativos e para realizar, assim, a exigência de superar aquela desumanização da relação jurídica, anunciada já da definição do Direito como liberdade de agir com efeito sobre outra esfera jurídica e da relação jurídica como medida abstrata de poder e de dever[583].

---

[581] Este é o pensamento de Eusébio Fernandez: “Añado, en cuanto a A. Ross, quer ver en la utilización de los términos “juto” e “injusto” u significado exclusivamente emotivo, que también lo tienen, ES un juicio parcial y un absurda limitación. Tampoco creo que tiene razón al argumentar que invocar a La justicia implica utilizar um postulado absoluto, pues nuestros juicios de valor sobre lo que es justo e injusto no tienen por qué ser necesariamente juicios de valor absolutos, ni al defender la impossibilidad de una discusióon racional sobre este tema.” FERNANDEZ, Eusébio. *La Teoria de La Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Editora Debate, 1991, p. 35.
Na tradução livre: “Ademais, enquanto A. Ross quer ver na utilização dos termos “justo” e “injusto” significado exclusivamente emocional, que também o tem, é um juízo parcial e uma absurda limitação. Tampouco creio que tem razão ao argumentar que invocar A justiça implica utilizar um postulado absoluto, pois nossos juízo de valor sobre o que é justo ou injusto não tem porque ser necessariamente juízos de valor absolutos, nem ao defender a impossibilidade de uma discussão racional sobre este tema.”.
Faz-se apenas necessário, quanto ao particular, fazer o alerta de que esta opinião não é unânime, podendo-se lembrar, por exemplo, os dizeres de Hans Kelsen de que a justiça é um ideal irracional. ESQUIVEL, Javier. *Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral*. México: Revista Hispanoamericano de Filosofia, 1981, abril, v. XIII, núme. 37, p. 12; 17 27 e 26.

[582] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 33.

[583]MOURA, op. cit., nota 579, p. 99. Pode-se encontrar este entendimento na jurisprudência, que, considerando a justa causa elemento essencial na ação penal, conclui que a sua ausência poderá acarretar o trancamento da ação penal. Na jurisprudência do e. Supremo Tribunal

Mesmo sendo possível extrair um conceito razoavelmente seguro da expressão “justa causa”, não se pode esquecer que, por ser composto de termos cuja conceituação é fluida -- a causa, por sofrer influxo considerável da realidade política da época[584] e a justiça, repita-se, por ser um valor --, a expressão não encontrará um conceito fixo ao longo do tempo, de onde sobressai o importante papel que terão os operadores do direito na delimitação de seu significado.

De se ressaltar, inclusive, que tal característica não se mostra necessariamente maléfica, uma vez que, se o papel da justa causa, como salientado anteriormente, é o de mediadora entre a realidade social e a realidade jurídica, por certo ela deve amoldar-se à constante mutação da sociedade.

O que não se pode perder de vista é que, ao fim de tudo, ela se destina a excluir a responsabilidade de determinado indivíduo em razão de uma ação ou omissão ou a conferir determinado efeito jurídico a um ato praticado.

Federal pode ser citado o acórdão proferido nos Embargos de Declaração opostos no Habeas Corpus n. 102.903/PR. PR – Paraná. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Habeas Corpus n. 102.903/PR . Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 19/02/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3477037>. Acesso em 21-04-2013.

[584]Vale ressaltar que justa causa também é um conceito político, contudo, seu significado foi ampliado na história do direito processual brasileiro, passando de seu primitivo sentido o entendimento que a jurisprudência lhe concede hoje. O antigo entendimento jurisprudencial, como pode-se notar em acórdão proferido pelo Pretório Excelso no Habeas Corpus n. 1.008, em 11.08.1897, firmou a doutrina de que a causa material da prisão só desaparece quando o fato não é pela lei considerada como criminoso; mas existe, desde que o fato seja pela lei considerado criminoso, ainda que não haja prova do mesmo fato, ou que haja erro na classificação do fato. Posteriormente, o conceito de justa causa foi sendo ampliado, entendendo a doutrina majoritária que se trata de uma das condições da ação penal, e não uma condição autônoma.

4.3 **Justa causa no Processo Penal**

4.3.1 A justa causa no direito brasileiro

Como destacado no capítulo anterior deste trabalho, o significado da expressão justa causa é de difícil delimitação. E, o que se verifica no mundo real é que esta dificuldade acaba permeando o ordenamento jurídico brasileiro, que em seus diversos ramos empresta à expressão diferentes signos.

No Direito Civil, por exemplo, existem pelo menos 3 (três) significados diversos para a referida expressão. Os dois primeiros, no direito das obrigações, ao tratar da extinção do contrato de locação[585], bem como da recusa do credor em receber o pagamento do devedor ou a dar-lhe quitação[586]. Já a terceira, no âmbito do direito de propriedade, quando qualifica a posse como sendo justa[587] ou sendo dotada de justo título[588]. Da leitura dos dispositivos legais atinentes a cada uma das hipóteses antes mencionadas, o que se percebe é que nem mesmo dentro do mesmo ramo do direito o legislador utilizou a expressão com um único significado, como bem advertiu o civilista Agostinho Alvim[589] ao sustentar que o Código Civil não distingue entre causa e motivo, nem entre causa, motivo e motivo justificado.

---

[585] Diz o art. 567 do Código Civil de 2002: "Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, este caberá pedir a redução proporcional do aluguel ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava."

[586] Reproduzindo a redação do art. 973, inciso I, do Código Civil de 1916, o art. 335, inciso I, do Código Civil de 2002 diz que:
"Art. 335. A consignação tem lugar:
I – se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;"

[587] Este termo é utilizado no art. 1.200 do Código Civil de 2002, que já tinha correspondência no Código revogado: "Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária."

[588] Esta expressão, por sua vez, consta do parágrafo único do art. 1.201 do Diploma Civilístico vigente, verbis:
"Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vicio, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.
Parágrafo único. O possuidor com justo titulo tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrario, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção."

[589] ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1980, p. 25.

No Direito do Trabalho, a expressão justa causa é encontrada no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho[590], que trata da despedida motivada do empregado pelo empregador. Mas, também aqui, não se verifica uma homogeneidade de seu significado, como se verifica do teor do art. 483 do mesmo diploma legal[591], que menciona os casos em que o empregado pode considerar rescindido o contrato de trabalho. Com efeito, em que pese a abalizada doutrina de Evaristo de Morais Filho[592], no sentido de que a justa

---

[590] Eis o texto do aludido dispositivo legal:
"Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador::
a) ato de improbidade;
b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
e) desídia no desempenho das respectivas funções;
f) embriaguez habitual ou em serviço;
g) violação de segredo da empresa;
h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
i) abandono de emprego;
j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
l) prática constante de jogos de azar.
Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional."

[591] Veja-se o texto do art. 483 da CLT:
"Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:
a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
) correr perigo manifesto de mal considerável;
d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.
§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.
§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.
§ 3º - Nas hipóteses das letras "d" e "g", poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo."

[592]FILHO, Evaristo de Morais. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968, p. 78-105.

causa para a rescisão do contrato de trabalho "é todo ato doloso ou culposamente grave, que faça desaparecer a confiança e a boa-fé que devem entre elas existir, tornando assim impossível o prosseguimento da relação", equiparando-se, portanto, o sentido empregado nos aludidos dispositivos, e excluindo desse significado o caso fortuito e a força maior, não se pode ignorar que há vozes divergentes. Nessa corrente, Wagner Giglio, mesmo sem negar que na prática há similitude no emprego prático das expressões "justa causa" e "falta grave", assinalou um traço distintivo entre elas:

> (...) se é certo que toda falta grave envolve uma justa causa, a recíproca não é verdadeira. A justa causa constitui-se, essencialmente, pela prática de uma infração. Mas nem toda infração ou ato faltoso configura justa causa para a rescisão; é necessário que esse ato se revista de gravidade[593].

Outro ramo que se utiliza da expressão justa causa é o Direito Penal, bastando para tal constatação a leitura dos arts. 153, *caput* e §1º-A[594], 154[595], 244[596], 246[597] e 248[598] do Código Penal brasileiro. Da análise dos citados dispositivos da legislação penal, infere-se que a expressão "justa causa" é aqui empregada como um dos elementos integrantes do tipo penal, especialmente nos denominados tipos abertos, onde não consta da norma penal incriminadora

---

[593]GIGLIO, Wagner D.. *Justa Causa*. 4. ed. São Paulo: Editora LTr, 1993, p. 16.

[594] "Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:
(…)
§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública"

[595] "Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:"

[596] "Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:"

[597] "Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:"

[598] "Art. 248. Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de dezoito anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame:"

toda a descrição do tipo a que ela se refere[599]. No caso das normas antes mencionadas, as ações são, *a priori*, lícitas, somente ganhando contornos de ilicitude após a valoração, pelo magistrado, da expressão "justa causa". Pelo menos neste ramo, parece que a utilização da expressão "justa causa" parece ter sido feita de maneira homogênea. Assim é que, para Nelson Hungria[600], justa causa é "toda causa, explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente, aprovada pela ordem jurídica", no que é acompanhado por Luiz Vicente Cernicchiaro[601], para quem o significado é o de "conduta conforme a norma jurídica", que, uma vez "autorizada pelo Direito, exclui o crime". E, ainda, João Bernardino Gonzaga, atestando que:

> (...) a justa causa é 'o motivo juridicamente relevante que torna atípico o comportamento do agente, cabendo ao magistrado, antes de dar início à ação penal, fazer um juízo de valor sobre o caso concreto, para decidir se a atuação do imputado foi ou não reprovável[602].

O problema na seara do Direito Penal, portanto, não se mostra na pluralidade de sentidos em que a expressão "justa causa" foi utilizada pelo legislador, mas propriamente na atividade do magistrado, que vai necessitar aferir em cada caso concreto a existência, ou não, de justa causa na hipótese posta à apreciação. A grande questão, então, está na valoração e no grau de subjetivismo que lhe é intrínseco.

---

[599] No tipo penal aberto a descrição da conduta exige uma valoração do intérprete para completar o seu entendimento. Os tipos penais abertos são como leis penais incompletas, pois existe uma necessidade de um juízo de valor por parte do intérprete para entendimento da conduta incriminada. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Plabos. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 73.

[600]HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980, v. 6, p. 254.

[601]CERNICCHIARO, Luiz Vicente.*Dicionário de Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, Editora UnB Brasília, 1974, p. 291.

[602]GONZAGA, João Bernardino*. Violação do segredo profissional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1975, p. 159.

4.3.2 A justa causa no Direito Processual Penal

Pois bem, muito embora a expressão "justa causa" seja bastante utilizada e conhecida no Direito Civil, no Direito do Trabalho e no Direito Penal, talvez seja no Direito Processual Penal que ela tenha sua mais importante significância, o que, aliás, justifica aqui uma breve digressão histórica da "justa causa" no Direito Processual Penal brasileiro.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura salienta que a história do emprego da expressão justa causa no direito processual penal brasileiro está umbilicalmente ligada ao instituto do habeas corpus, que, segundo ela, teria sido introduzido na legislação pátria quando da edição, em 1830, do Código Criminal do Império[603], e também do Código de Processo Criminal de Primeira instância, de 1832[604], diploma que, no texto do art. 353, 1º, asseverou não estar em conformidade com a lei a prisão quando não houver uma justa causa para ela[605].

Diga-se, quanto ao particular, que a introdução do habeas corpus no ordenamento pátrio sofreu forte influxo do instituto similar existente no direito inglês, tal como era, à época, lá utilizado. Com efeito, inicialmente o habeas corpus era utilizado na Inglaterra como instrumento de condução física do réu à presença do magistrado[606], somente vindo a ter essa nova faceta, a de análise

---

[603] O Código Criminal do Império prescrevia, por exemplo, no Título I da Parte III, ao tratar dos crimes contra a liberdade individual, precisamente em seu artigo 188: "Recusar-se qualquer cidadão de mais de dezoito anos de idade, e de menos de cinquenta, sem motivo justo, a prestar auxilio ao Oficial encarregado da execução de uma ordem legitima de - habeas-corpus - sendo para isso devidamente intimado".

[604] Mesmo afirmando que esta é uma posição praticamente unânime da doutrina, não deixa de observar que com esta opinião não concordou o então Deputado José de Alencar, em discurso proferido no ano de 1870, posição igualmente adotada por Pontes de Miranda. Seu discurso dizia: "Senhores! Alguns pensam que o habeas corpus data do Código de Processo Criminal: minha opinião é contrária. Entendo que, embora caiba aos autores do Código de Processo a glória de terem compreendido e tratado de desenvolver o pensamento constitucional, todavia, o habeas corpus é uma instituição constitucional, o habeas corpus está incluído, está implícito na Constituição, quando ela decretou a independência dos poderes e quando deu ao poder judiciário o direito exclusivo de conhecer tudo quanto entende com a inviolabilidade pessoal". MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 135-136.

[605] "Art. 353. A prisão julgar-se-ha illegal:
1º. Quando não houver uma justa causa para ella."

[606]TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2,

das razões que levaram à prisão a partir dos Séculos XV e XVI[607]. Foi nessa época que adveio a ideia de que a privação da liberdade somente poderia ocorrer na hipótese de existir uma causa -- justa -- para tanto, causa esta cuja legalidade poderia ser examinada pela via do habeas corpus[608]. Sobre esta faceta de controle da prisão conferida ao habeas corpus, veja-se a lição de José Frederico Marques:

> A Magna Charta, imposta pelos barões ingleses, em 15 de junho de 1215, ao rei João Sem Terra, foi ato solene para assegurar a liberdade individual, bem como para impedir a medida cautelar de prisão sem o prévio controle jurisdicional (retro n. 923). O modo prático de efetivar-se esse direito à liberdade – como lembra Costa Manso – foi estabelecido pela jurisprudência: expediam-se mandados (writs) de apresentação, para que o homem (corpus) e o caso fossem trazidos ao tribunal, deliberando este sumariamente sobre se a prisão devia ou não ser mantida. Dos diversos writs, o que mais se vulgarizou foi o writ of habeas corpus ad subjiciendum, pelo qual a Corte determinava ao detentor ou carcereiro que, declarando quando e por que fora preso o paciente, viesse apresentá-lo em juízo, para fazer, consentir com submissão e receber – ad faciendum, subjiciendum etrecipiendum – tudo aquilo que a respeito fosse decidido[609].

Durante o século XVII, em virtude da tirania de Carlos I[610], a luta pelo direito à liberdade do povo inglês fez com que o parlamento, precisamente no

---

p. 382-383.

[607] A Magna Carta de 1215, de João Sem Terra, em seu parágrafo 29 afirmava: “No free man shall be taken, or imprisoned, or disseized, or outlawed, or exiled, or any wise destroyed; nor will we go upon him, nor send upon him, but by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. To none we deny or delay, right or justice”. Tradução livre a partir do original: “nenhum homem será detido ou preso, nem despojado de seu livre domínio, de sua liberdade ou livres costumes, nem posto fora da lei, nem exilado, nem molestado de maneira alguma, e nós não poderemos nem mandaremos pôr a mão nele, a não ser em virtude de algum julgamento legal por seus pares e na forma da lei do país. A ninguém nós negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[608]R. J. Sharpe defendeu que o habeas corpus representava um comando, sendo um meio para que o acusado fosse trazido fisicamente perante a Corte. Nas palavras do autor: “the purpose of the process was to order an oficcer to bring in the defendant, and not at all to subject the cause off a detention to the court’s scrutiny”. Em tradução livre: “o objetivo do processo era o de mandar um oficial trazer o réu, e não apenas o de submeter à causa de uma prisão ao arbítrio do tribunal”. SHARP, R.J.. *The law of habeas corpus*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, p.2.

[609] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 4, p. 373. No mesmo sentido, a opinião de Fernando da Costa Tourinho Filho. FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, p. 496.

[610] Veja-se o trecho introdutório do *Habeas Corpus Act* de 1628:

ano de 1628, por meio da *Thepetition of right* (A petição de direito) estabelecesse o habeas corpus, regulamentando-o por meio do *Habeas Corpus Act*. É a regulamentação processual do direito de liberdade[611]. Em 1679, a Inglaterra viu um novo diploma legal regulamentar o instituto do habeas corpus. Heráclito Antônio Mossin, ao examinar o referido *Habbeas Corpus Act* de 1679, diz o seguinte:

> Efetivamente, extrata-se daquela lei declarativa de direito sob o título de An act for better securing the liberthy of the subject, and for prevention of imprisonments beyond the sea, que a sua composição era de caráter processual, bastando para tanto a singular verificação

---

"This is a statement of the objectives of the 1628 English legal reform movement that led to the Civil War and deposing of Charles I in 1649. It expresses many of the ideals that later led to the American Revolution."
Na tradução livre: "Esta é uma declaraçãodosobjetivos do1628 Inglêsmovimento de reformalegalquelevou à GuerraCiviledeposiçãode Carlos Iem 1649. Ela expressamuitos dos ideaisquemais tarde levou àRevolução Americana".

[611] Ilustrativamente, transcreve-se os itens III, IV e IV do diploma em comento:
"III. And whereas also by the statute called 'The Great Charter of the Liberties of England,' it is declared and enacted, that no freeman may be taken or imprisoned or be disseized of his freehold or liberties, or his free customs, or be outlawed or exiled, or in any manner destroyed, but by the lawful judgment of his peers, or by the law of the land.
IV. And in the eight-and-twentieth year of the reign of King Edward III, it was declared and enacted by authority of parliament, that no man, of what estate or condition that he be, should be put out of his land or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited nor put to death without being brought to answer by due process of law.
V. Nevertheless, against the tenor of the said statutes, and other the good laws and statutes of your realm to that end provided, divers of your subjects have of late been imprisoned without any cause showed; and when for their deliverance they were brought before your justices by your Majesty's writs of habeas corpus, there to undergo and receive as the court should order, and their keepers commanded to certify the causes of their detainer, no cause was certified, but that they were detained by your Majesty's special command, signified by the lords of your Privy Council, and yet were returned back to several prisons, without being charged with anything to which they might make answer according to the law."
O excerto pode ser traduzido livremente do seguinte modo:
III. E quetambémpelo estatutochamado "A Grande CartadasLiberdadesdeInglaterra", é declaradaepromulgada, que nenhumhomem livrepode ser detidoou presoouserdespojado do seu livre domínio, de sualiberdade, ouseus costumeslivres,ouser banidoouexilado, nem destruído de qualquer maneira, a não serpelo julgamento legalde seus pares,oupelalei da terra.
IV. E no vigésimo oitavo ano doreinadodo rei EduardoIII, foi declarada eaprovadaporautoridadedo Parlamento,que nenhum homem,de qualpropriedadeou condiçãoque ele seja, deveser posto para forada sua terraoucortiços, nemdetidos,nempreso,nemdeserdado, nem condenado à morte, sem ser levado a responderpelodevido processo legal.
V. No entanto, contrao teordos referidosestatutos, e outrasboas leise estatutosdo seu reinopara o efeito previsto,diversos sujeitostêm, ultimamente, sidopresos, semqualquer motivo; e quando dasua apresentação,são trazidosdiante de seusjuízesporwritsde habeascorpus de Vossa Majestade, para se submeter e receber conforme o Tribunal ordenaria, eseus guardiõesordenaram que certificassem ascausas da sua detenção, nenhuma causa foi certificada, mas que elesforam detidospor ordemespecialde Vossa Majestade, representado pelos senhores deseuConselho Privado, eaindaforam devolvidosparavárias prisões, sem serem acusados dequalquer ato pelo qual eles possam ter de responder de acordo coma lei".

> de seu conteúdo; (1) que toda pessoa presa, e não detida por um caso de traição ou felonia, especialmente indicada na ordem de prisão, deve: (a) receber do lord chanceler, ou, à requisição desse, de um dos magistrados presente em Londres, dentre os doze juízes do reino, ordem de habeas corpus, em virtude da qual deve ser a dita pessoa conduzida à presença do magistrado que expediu a ordem, ou perante um outro juiz obrigado a relaxar a prisão se a pessoa puder prestar caução, sob o ajuste de se apresentar aos tribunais ordinários; (b) que todas as pessoas presas por casos determinados de traição podem exigir que as submetam à acusação, ou lhes admitam prestarem caução, na primeira semana da vacância mais próxima, ou no primeiro dia da sessão seguinte dos juízes de correção, salvo se a impossibilidade de produzir os testemunhos do rei, nesses lapsos, for assentada por um juramento.
> À pessoa presa, que em seguida não tenha sido submetida à acusação e julgada na vacância ou sessão judiciária, deve ser relevada a prisão, que se decretou contra ela pelo delito em questão; (2) se alguma ordem de prisão for apresentada a um dos doze juízes, ou ao lord chanceler, e ele se recusar a dar um writ de habeas corpus, incorrerá na multa de 500 libras esterlinas, em proveito da parte lesada; (3) nenhum habitante da Inglaterra, à exceção dos criminosos condenados, que solicitar deportação poderá ser transportado como prisioneiro para a Escócia, para a Islândia, para as ilhas de Jérsia ou outros lugares de além-mar compreendidos ou não nos territórios do domínio britânico. Todo contraventor incorre, em proveito da parte lesada, na multa de 500 libras esterlinas, aumentada do triplo das custas, na perda da capacidade de exercer qualquer cargo honorifico e nenhum emprego público assalariado, assim como em penas do proenumere, sendo interdito perdoar-lhe (...)[612].

A regulamentação processual de 1679 foi reeditada em 1816[613]. Sobre estes, a professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura narra que:

---

[612] MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 8.

[613] O *writ* do Habeas Corpus pode ser depreendido logo da primeira parte do *Habeas Corpus Act* de 1816:
"Where any person shall be confined or restrained of his or her liberty (otherwise than for some criminal or supposed criminal matter, and except persons imprisoned for debt or by process in any civil suit) within England, dominion of Wales, or town of Berwick-upon-Tweed, or the Isles of Jersey, Guernsey, or Man, it shall and may be lawful for any one of the barons of the Exchequer, of the degree of the coif, as well as for any one of the justices of one bench or the other, and where any person shall be so confined in Ireland, it shall and may be lawful for any one of the barons of the Exchequer, or of the justices of one bench or the other in Ireland, and they are hereby required, upon complaint made to them by or on the behalf of the person so confined or restrained, if it shall appear by affidavit that there is a probable and reasonable ground for such complaint, to award in vacation time a writ of habeas corpus ad subjiciendum, under the seal of such court, whereof he or they shall then be judges or one of the judges, to be directed to the person or persons in whose custody or power the party so confined or restrained shall be, returnable immediately before the person so awarding the same, or before any other judge of the court under the seal of which the said writ issued."
Na tradução livre:
"Onde qualquerpessoa pode serconfinadaou restringidadesua liberdade(exceto paraalgumas matériascriminais,ou supostamente criminais, eexcetopessoas presaspor dívidasou por processosem qualqueração civil) na Inglaterra, no País de Gales,ou na cidadedeBerwick-upon-Tweed, ou nas Ilhas Jersey, Guernsey, ouMan, deve epode ser legalpara qualquerum dosbarões do Exchequer, que seja do grau *coif*, bem como para qualquerum dosjuízes

> (...) o writ ordenava que a pessoa que detivesse o acusado apresentasse à Corte, em determinado dia, o corpo deste e a causa de sua detenção. Se o relato revelasse uma causa legal, o prisioneiro era mandado de volta à prisão. Se a causa relatada fosse insuficiente ou ilegal, o prisioneiro era liberado. A matéria diretamente em questão cingia-se, simplesmente, à justificativa ou razão dada pela parte que estava exercendo a restrição sobre o acusado[614].

Ainda sobre o alcance do habeas corpus naquele momento histórico, destaca ela que a atividade da Corte acabou sendo incrementada, *verbis*:

> Alertou, porém, que este comportamento da Corte foi muito alem da questão da suficiência da prisão. Os testemunhos tomados pelas justiças eram trazidos perante a Corte, e, em muitos casos, boa ou má a prisão, a Corte decidia, por ela mesma, se a prova autorizava a mandar o acusado a julgamento.
> Enfim, a Corte não iria procurar um álibi ou outra justificativa, mas simplesmente procurava ver se existia, ou não um caso prima facie para o prisioneiro ser apresentado a julgamento.

No Brasil, o habeas corpus foi introduzido na legislação com a vinda de D. João VI, em 1808, quando foi expedido o Decreto de 3.5.1821. O instrumento de defesa da liberdade também pode ser extraído da Constituição da República de 1824, que proibiu as prisões arbitrárias. Entretanto, expressamente só foi regulamentado no Código de Processo Criminal de 1832, passando a ser regra constitucional na Carta de 1891[615].

---

deumtribunalou de outro,e ondequalquerpessoadeve serconfinadana Irlanda, deve epode ser legalpara qualquerum dosbarões doExchequer, oudosjuízes deumtribunalou de outra, na Irlanda, e eles ficam obrigados, sobrereclamação feitaa eles porou em nomeda pessoaassimconfinadaou restringida, se deveaparecerpelodepoimento que terá um provável e razoável fundamento para talreclamação, para a concessão, emperíodo de vacância,de habeascorpusadsubjiciendum, sobo selo detal tribunal, da qual ele ou eles devem, então, ser o juiz ouumdos juízes,a ser dirigidoà pessoa oupessoas cuja custódiaou poderda parteconfinadaouimpedidaserá,retornávelimediatamente antes dapessoa para a atribuição domesmo, ouantes de qualquer outrojuiz do tribunalsob o selodo qual o referidomandado foi emitido".

[614]MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis.*Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 142.

[615] Pontes de Miranda, ressaltou a importância deste decreto para o surgimento do *habbeas corpus* no Brasil: "Logo após a partida de D. João VI para Portugal, foi expedido o decreto de 23 de maio de 1821 referendado pelo Conde dos Arcos: "Vendo que nem a Constituição da Monarquia Portuguesa nem as disposições expressas da Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reformação da Justiça de 1582, com todos os outros alvarás, cartas régias e decretos de meus augustos avós, têm podido afirmar, de modo inalterável, como é de direito natural, a segurança das pessoas; e constando-me que alguns governadores, juízes criminais e magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em

O modelo de habeas corpus denominado de *ad subjiciendum*, então, é aquele que, nas palavras de Pontes de Miranda[616], deu origem ao habeas corpus previsto no Código de Processo Criminal de 1832, que também tinha por objeto conferir liberdade àqueles que tivessem sido presos sem uma justa causa. No entanto, em razão de o art. 340 do referido Código de Processo Criminal[617] apenas fazer menção à prisão ou constrangimento ilegal, o alcance que se lhe emprestou foi diminuto, restrito às hipóteses em que realmente tivesse sido verificada prisão do indivíduo. Isto, registre-se, mesmo contra o entendimento de José Antonio Pimenta Bueno[618], que sustentava ser o habeas corpus uma garantia não apenas contra uma prisão ilícita, mas também contra todo e qualquer constrangimento ilegalmente imposto ao indivíduo.

---

masmorras, vergados com os pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual; e sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra promover o mais austero respeito a lei e antecipar quando se possa os benefícios de uma Constituição liberal; hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobremencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este Decreto ordeno: 1º) que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso do flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente; 2º) que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem proceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o fato que em lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que obrigue à prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente; 3º) que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos, se lhes faça imediata e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de quarenta e oito horas peremptórias, principiando-se sempre que isso possa ser, por a confrontação dos réus, com as testemunhas que os culpavam, e ficando abertas e públicas todas as provas que houverem, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher (...)". MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habbeas Corpus*. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino,1955. p. 56.

[616]MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habbeas Corpus*. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino,1955. p. 43.

[617] Assim dizia o art. 340 do Código de Processo Criminal de 1832: "Art. 340. Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem o direito de pedir ordem de habeas corpus em seu favor."

[618]Após enumerar as hipóteses em que entendia cabível o Habeas Corpus, a afirmação do alcance mais alargado do instrumento é feita nos seguintes termos: "Do exame, tanto das leis estrangeiras, como das nossas, vê-se claramente que esta valiosa garantia é conferida não somente contra a prisão arbitrária, e sim contra todo o constrangimento ilegal, que elle provenha de uma detenção injusta, ou de ser ella verificada em logar ilegítimo, em cárcere privado, ou resulte de uma diligencia forçada, ou opressão que comprima indevidamente a liberdade do cidadão, ou do homem". BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Empresa Nacional do Diário, 1857, p. 208-209.

Independentemente do alcance conferido ao instrumento do habeas corpus, mais afeiçoado à interpretação literal do art. 340 do Código de Processo Criminal de 1832 e, portanto, mais restrito, ou zelando pela incolumidade do indivíduo diante de qualquer ilegalidade contra ele cometida, tal como defendida por José Antonio Pimenta Bueno, já naquela época foi assinalada a grande dificuldade de se definir objetivamente o conteúdo da expressão "justa causa". Salientou Joaquim de Oliveira Machado que a definição somente iria ser dada no caso concreto, dependente, assim:

> (...) da intelligente e escrupulosa apreciação do juiz que, aquilatando, os motivos occasionaes determinantes da prisão, qualificará a justiça ou injustiça da causa para declarar legal ou não o constrangimento corporal ou ameaça.
> É impossível capitular antecipadamente as causas justas, assim como não se póde definir por these dogmática onde se terminarão os actos preparatorios do crime, e onde principia a execução, assim como onde está a legitima defesa, ou onde principia o excesso.
> Tudo depende das circumstancias occurrentes, e do estudo que sobre ellas faz o juiz[619.]

Mesmo assim, ofereceu o citado jurista uma via para a solução do problema, a saber, a conceituação, em tese, de "justa causa". Partindo de variados exemplos em que faltaria o justo motivo, a justa causa para o cerceamento da liberdade de um indivíduo, Joaquim de Oliveira Machado concluiu que:

> Em summa, não ha justa causa todas as vezes que a prisão não repousar em um facto provado summaria ou concludentemente, de onde resulte criminalidade ou justificação para detenção do paciente.
> Só a acurada analyse dos factos sob todos os pontos de vista póde ministrar ao juiz a convicção da justiça ou injustiça da prisão, afim de ser pronunciada sua legalidade ou illegalidade[620].

---

[619] MACHADO, Joaquim de Oliveira. *O Habeas Corpus no Brasil*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1878, §70, p. 101.

[620] MACHADO, op. cit., nota 618, p. 103. Diante do fato de que tanto a Constituição Federal de 1891 (art. 72, §22) e o atual Código de Processo Penal de 1941 (art. 648, inciso I) continuaram a prever como hipótese de cabimento do habeas corpus o caso de prisão ilegal por falta de justa causa, assevera Maria Thereza Rocha de Assis Moura que esta tese de que a definição objetiva de justa causa não se mostrava viável continuou a ser defendida por boa parte da doutrina. MACHADO, Joaquim de Oliveira. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 146-147.

Nesta mesma linha, Pontes de Miranda[621], tecendo seus comentários acerca dos pressupostos objetivos do habeas corpus, indicou como hipóteses de prisão sem justa causa, além do excesso de prazo da prisão sem que o indivíduo estivesse sendo processado, do processo notoriamente nulo, da incompetência do magistrado que tivesse determinado a prisão e do desaparecimento da causa que deu ensejo à prisão, aquela em que o fato não fosse comprovado sumária e concludentemente, vale dizer, aquela em que a prova não fosse suficiente para justificar a detenção do paciente.

As mudanças políticas do final do Século XIX fizeram com que o instituto tivesse seu alcance alargado com o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que permitiu o recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal de decisão denegatória da ordem[622], bem como com a jurisprudência, que por sua vez alargou o conceito de liberdade individual[623] e, por conseguinte, também o de cabimento do habeas corpus. A Constituição Federal de 1891, a primeira editada na era republicana, serviu para tornar o terreno ainda mais fértil para o alargamento dos limites do habeas corpus, que passou a gozar de *status* de direito constitucional, e que inclusive poderia ser requerido em caráter preventivo.

A jurisprudência cuidou, ainda, de ampliar o entendimento acerca da expressão "justa causa"[624], estabelecendo o seu liame para além da legalidade da prisão, e alcançando até mesmo a ação penal a partir de uma interpretação extensiva da expressão coação ilegal. Este fato foi destacado por Sérgio Demoro Hamilton:

---

[621] Tal assertiva foi feita quando o autor fazia referência ao período compreendido entre 1871 e 1889. MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habbeas Corpus*. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino,1955. p. 144.

[622] *Ex vi* art. 9º, inciso IV, do referido diploma legal.

[623] Este Decreto tratou da prevaricação, em seu art. 207, e da falta de exação no cumprimento do dever, no art. 210.

[624]Em se tratando do conceito de justa causa relacionado com a ação penal, cabe salientar que foi introduzida esta ideia a partir de uma criação jurisprudencial, tornando este termo mais amplo, voltada para o mérito da acusação. HAMILTON, Sérgio Demoro. Justa Causa, um conceito polêmico. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 1977, n. 5, ano 3, p. 92.

> (...) ressaltando que coube, sem dúvida, à jurisprudência o relevante papel de ampliar o conceito de justa causa ao analisar os casos de habeas corpus, que, afastando-se de seu sentido histórico, tomou feição bem mais ampla, voltada para o mérito da acusação[625].

Em âmbito doutrinário, Marcellino da Gama Coelho[626], tornando à questão da justa causa para afirmar que sem a sua verificação a ordem não pode ser concedida, realçou dois aspectos a ela pertinentes. O primeiro relativo a falta de tipicidade, e o segundo atinente à prova que autoriza a prisão, inclusive mencionando que alguns diplomas legais "prescrevem que a ordem de habeas corpus deve ser expedida quando a parte foi presa em assumpto crime sem razoavel ou provavel causa"[627].

Já no início do Século XX, mais precisamente entre 1925 e 1937, o país passou por novas transformações políticas. Assim, a revisão constitucional de 1926 restringiu as hipóteses de cabimento do habeas corpus, somente permitindo a sua impetração quando se concretizasse a prisão ou existisse restrição ilegal à liberdade de locomoção[628]. Este influxo foi ainda reforçado quando da edição da Constituição Federal de 1937, que, além de "não aceitar a liberdade física e demais liberdades como direitos do homem"[629] e declarar estado de emergência[630], o que por si só era fato suficiente à restrição da

---

[625] HAMILTON, op. cit., nota 623, p. 91-98.

[626] "Questão de alta importância jurídica se prende a disposição que ora analysamos: a competência do juiz ou Tribunal em examinar os fundamentos da prisão, por conseguinte a prova dada para a expedicção do mandado. Igual aplicação existe ao flagrante quando dele não constam os verdadeiros caracteres do acto a que se prende.
Em relação a preventiva sobe de importância porque é a própria lei que estabelece as prescripções por um lado, a conveniencia da prisão por outro, taxando os meios de prova, em que ella, se deve fundar.".
Diz ele que "na América do Norte o poder os juízes vai não só a rever essa prova dada como a atribuição de perante o juiz em que pende o habeas-corpus de produzir e ouvir nova prova". COELHO, Marcelino da Gama. *Do Habeas Corpus*. Rio de Janeiro: Editora Guimarães, 1900, p. 247.

[627] COELHO, op. cit., nota 625, p. 248.

[628] Após a revisão constitucional, o §22 do art. 77 da Constituição Federal de 1891 passou a ter a seguinte redação: "§22. Dar-se-ha o habeas corpus sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

[629] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.

[630] O estado de emergência foi constitucionalmente declarado no art. 186, que assim dispôs: "Art. 186. É declarado em todo o País o estado de emergência".

utilização do *writ*[631], ainda excepcionou, no art. 122, inciso 16[632], o cabimento de habeas corpus nos casos de punição disciplinar.

Tal fato, contudo, não afetou o entendimento que a jurisprudência construiu a respeito da justa causa e a sua relação com a legalidade da prisão, o que provavelmente influenciou a maioria das legislações estaduais que foram produzidas sob a égide da Constituição Federal de 1891 e vigoraram até a edição da legislação infraconstitucional em 1941, que continuaram a considerar ilegais a prisão, o constrangimento ou a coação quando ausente a justa causa[633].

Quanto ao Código de Processo Penal atualmente vigente, o Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de janeiro de 1941, ele apresenta o mesmo problema da variedade de significados emprestados à expressão "justa causa". Prova disso é que que nos arts. 277, parágrafo único[634] e 278[635] a expressão é utilizada na concepção de "motivo relevante" e, em seguida, no art. 786[636], no sentido de "motivo justo", que se assemelha ao primeiro, mas não possui significação processual.

Com significado que se pode dizer propriamente processual, o legislador, inicialmente, utilizou-a tão-somente no art. 648, inciso I, do Código

---

[631] Mesmo realçando que o direito ao habeas corpus não estava suspenso, Pontes de Miranda observou que "o writ não cabia naqueles casos em que a detenção se dava em virtude dos poderes do estado de emergência ou estado de guerra, porque não era ela ilegal, nem inconstitucional". MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do habeas corpus*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 1, p. 236 e 326.

[632] "Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.".

[633] Nesse sentido, por exemplo, as legislações de Minas Gerais (Decreto n. 1.937, de 29.08.1906), do Paraná (Lei n. 1.916, de 23.02.1920), do Pará (Decreto n. 1.352, de 21.01.1905), do Distrito Federal (Decreto n. 8.259, de 29.09.1910), dentre outras.

[634] "Art. 277. O perito nomeado pela autoridade será obrigado a aceitar o encargo, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, salvo escusa atendível.
Parágrafo único. Incorrerá na mesma multa o perito que, sem justa causa, provada imediatamente:"

[635] "Art. 278. No caso de não-comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução."

[636]"Art. 786. O despacho que conceder o exequatur marcará, para o cumprimento da diligência, prazo razoável, que poderá ser excedido, havendo justa causa, ficando esta consignada em ofício dirigido ao presidente do Supremo Tribunal Federal, juntamente com a carta rogatória."

de Processo Penal[637], quando preceitua que se considerará ilegal a coação que não estiver amparada em uma justa causa. Mas, em que pese o aludido dispositivo legal enunciar a falta de justa causa como fator de caracterização de ilegalidade da coação, tal dispositivo legal não relaciona expressamente a justa causa com a procedibilidade da ação penal. Nesse diapasão, o entendimento de Andrey Borges de Mendonça[638], que realça o fato de que tal relação somente havia sido construída pela doutrina e pela jurisprudência, ainda que com base no referido dispositivo legal.

De modo explícito, a primeira menção em tal sentido ocorreu quando da promulgação da Lei n. 5.520, de 9 de fevereiro de 1967, a Lei de Imprensa[639], que dispôs em seu art. 44, §1º, que: *"*a denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal, bem como nos casos previstos no art. 43 do CPP". Nesse sentido, então, José Frederico Marques[640], contrariando representativa corrente doutrinária[641], entendeu ser limitada a

---

[637] "Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:
I - quando não houver justa causa;"

[638]"Embora a doutrina e a jurisprudência já tivessem identificado a necessidade de justa causa para o exercício da ação penal, extraindo-a do art. 648, inc. I, do CPP, ainda não havia previsão expressa no Código, em relação à ação penal (...)". MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal* – Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 260.

[639] "Ainda que não tenha sido o dispositivo em comento alvo de impugnação específica perante o Poder Judiciário, não se pode deixar de registrar que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF (Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.4.09) entendeu como não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o referido diploma legal em razão de o mesmo restringir o direito de liberdade (de imprensa). Consta, inclusive, da parte final da ementa do acórdão a aplicabilidade, às causas decorrentes da relação de imprensa, a legislação comum, havendo neste particular menção expressa ao Código de Processo Penal". Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 28-05-2013.

[640] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 4, p. 397.

[641] Integram a referida corrente doutrinária, dentre outros, Bento de Faria. FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1960, v. 2, p. 372. Marcelino da Gama Coelho:
"Estas palavras tem sido entendidas, applicaram-se somente aos casos, em que a prova dada é insufficiente para a ordem de prisão decretada pelo juiz; e que não estão autorizados a de novo examinar no habeas-corpus, as materias então em decisão; que o preso não póde ser relaxado pelo habeas-corpus senão de sua prisão ilegal; que si essa prisão não é ilegal, nenhuma matéria póde ser alegada que o inocente, si a prova dada nos depoimentos é bastante para a ordem de prisão e há a crença de que é criminoso; que em tal caso deve esperar uma decisão ou para ser processado ou pelo grande jury ou a absolvição." COELHO, Marcelino da Gama. *Do Habeas Corpus*. Rio de Janeiro: Editora Guimarães, 1900, p. 248.

visão da justa causa estritamente vinculada à lei. Indo além da simples afirmação de que haveria justa causa quando verificada, por parte daquele que suporta o ato coativo estatal, conduta ilícita, sustentou que justa causa não seria apenas a legalista, mas sim aquela conforme a ordem jurídica legítima. Elucidativo é o excerto de sua obra na qual resta asseverado que:

> (...) o ato coativo pode não ser contra a lei e nesta encontrar, até mesmo, dispositivo que o ampare; se apesar disso, o constrangimento vulnerar princípio geral da ordem jurídica vigente, causando assim moléstia injusta ao direito de locomoção, haverá coação ilegal.

Diante disso, o citado jurista[642] definiu a justa causa como sendo o "conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva". Ou seja, o que se percebe é que para ele a justa causa possui o mérito de evitar a tramitação de demandas que contenham pretensões punitivas sem que as mesmas sejam minimamente viáveis. Seguindo este mesmo raciocínio, Maria Thereza Rocha de Assis Moura segue afirmando que:

> E como a Constituição protege o ius libertatis até mesmo quando o ato coativo entre em conflito com os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ainda que não expressos no texto constitucional (art. 5º, §2º) é de concluir-se que a justa causa engloba uma imensa gama de situações, que merecem e devem ser analisadas em cada caso concreto pelo magistrado[643].

Com base nesse conceito amplo de justa causa[644], e levando em consideração o seu objetivo de servir de escudo para o direito do possível acusado, a professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura[645] defende a necessidade de o exame de legitimidade ser prévio à denúncia ou à queixa, bem como não ficar adstrito às questões de direito envolvidas, estendendo-se

---

[642]MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal.* São Paulo: Editora Saraiva, 1980, v. 2, p. 73.

[643]MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 172.

[644] A menção ao conceito amplo de justa causa em sentido processual penal, identificado como a causa que se encontra em conformidade com o ordenamento jurídico, foi utilizada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura. MOURA, op. cit., nota 642, p. 172.

[645]MOURA, op. cit., nota 642, p. 236.

também para as provas colhidas durante o curso da investigação. Diz ela, inclusive, que tal exame prévio e mais extenso é o meio adequado para se impedir a ocorrência de acusações levianas, *in verbis*:

> O exame prévio da legitimidade da acusação propiciaria, ainda, à defesa "meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento", possibilitando a rejeição de imputações temerárias e levianas" e preservando o inocente contra a injusta acusação.
> Em síntese, tal juízo, sempre fundamentado, contribuiria para impedir a formulação de imputações precipitadas e temerárias e diminuiria, via de conseqüência, a impetração de habeas corpus, visando ao trancamento da ação penal por falta de justa causa[646].

Por tal motivo, é que penso estar com a razão aqueles que, adotando entendimento mais largo[647], como o fez João Mensdes de Almeida Junior[648], defendem estar abrangido pela justa causa o exame das questões de fato, isto é, das provas que sejam suficientes à mínima comprovação da existência da conduta tipificada na lei. Pois bem, é nesse exato sentido, o de exigência de aferição, *in concreto*, da conformação da acusação com o ordenamento jurídico, o de necessidade de apreciação do contexto probatório colhido durante a fase investigatória e de sua suficiência para sustentar a acusação[649], que se pretende utilizar o conceito de justa causa.

---

[646]MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 237.

[647] Em sentido mais restrito, vale dizer, de que a justa causa somente alcança o exame em abstrato da ocorrência do fato delituoso, ou ainda de que a justa causa abrange apenas e tão-somente a narração do fato em tese típico e a descrição da conduta típica, encontra-se, por exemplo, Vicente Sabino Junior na primeira corrente e Fernando Andrade Fernandes. JÚNIOR, Vicente Sabino. *O Habeas Corpus e a liberdade pessoal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964 p. 55; FERNANDES, Fernando Andrade. *Da Ação Penal Condenatória*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte:, 1992, p. 117.

[648] "Si pela inquirição das testemunhas, interrogatório do indiciado delinquente, ou informações a que tiver procedido, o juiz se convencer da existencia do delicto e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa ou denuncia, e obrigado o delinquente á prisão nos casos em que esta tem lugar, e sempre a livramento, especificando o artigo da lei em que o julgar incurso.
Quando o juiz não obtenha pleno conhecimento do delicto ou de indicios vehementes de quem seja o delinquente, declarará nos autos que não julga procedente a queixa ou denuncia, devendo esta sentença ser fundamentada". JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *O Processo Criminal Brazileiro.* Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901, v. 2, p. 169-170.

[649] MOURA, op. cit., nota 645, p. 248.

Com esta acepção, insista-se, a de prova apta a justificar o malferimento da dignidade do acusado, que fica exposto a toda sorte de mazelas decorrente da tramitação de uma ação penal, encontra-se na doutrina, dentre outros, os entendimentos de Ada Pellegrini Grinover[650] e Maria Thereza Rocha de Assis Moura[651]. No Brasil, encontra-se ainda a lição de entendimento de Afrânio Silva Jardim:

> (...) como se sabe, a prova carreada para o inquérito não tem por finalidade o convencimento do juiz, mas principalmente dar lastro probatório à eventual ação penal, tendo em vista que a simples instauração do processo, pelo seu streptus fori, pode causar dano irreparável ao réu, atingido injustamente a sua estima social[652].

A doutrina nacional encontra eco -- ou, ao revés, foi influenciada -- pelo direito alienígena. Com efeito, no direito norte-americano, há o que se chama de “probable cause”, que possui fundamento na IV Emenda Constitucional e tem seu reflexo na ação penal ao exigir para a inauguração do processo criminal a alta probabilidade da condenação. Se os elementos de prova até então existentes não forem aptos a conferir ao magistrado esse juízo alto de probabilidade, deve ele rejeitar a acusação[653]. No direito italiano, segundo o art. 408 do Código de Processo Penal daquele país[654], sendo infundada a notícia

---

[650]GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*: uma tentativa de revisão, São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 120-127.

[651]“Estamos inteiramente de acordo com que a acusação não pode e não deve ser leviana ou temerária, daí por que deve vir lastreada nos elementos de prova colhidos na fase investigatória. Mas, ao nosso ver, isto não erige a justa causa a condição da ação”.MOURA, op. cit., nota 645, p. 219.

[652] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 84.

[653] Para Kadish, a probable-cause corresponde a "information sufficient to warrant a prudent person's belief that the wanted individual had committed a crime (for an arrest warrant) or that evidence of a crime or contraband would be found in a search (for a search warrant)".
Na tradução livre: “motivos razoáveis para acreditar que itens legitimamente procurados estão localizados em propriedades, até esse ponto justificando a procura; ou que uma pessoa cometeu um crime, até esse ponto justificando uma prisão”. KADISH, Sandford H. Ed., *Encyclopedia of crime and justice*. New York: The Free Press, 1983, v. 4, p. 1.698.

[654] “Art. 408 Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato:
1. Entro i termini previsti dagli articoli precedenti, il pubblico ministero, se la notizia di reato è infondata (125 att.), presenta al giudice (328) richiesta di archiviazione. Con la richiesta è trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari
2. L’avviso della richiesta è notificato, a cura del pubblico ministero alla persona offesa (90, 91)

de crime ao término das indagações preliminares, ou seja, não sendo os elementos até então disponíveis idôneos para lastrear a acusação, deve o Ministério Público apresentar ao juiz o pedido de arquivamento[655].

O Código de Processo Penal francês, por sua vez, preceitua em seu art. 176 que ao final da fase preparatória da instrução, entendendo o magistrado que as circunstâncias fáticas não autorizam a conclusão a respeito da existência de fato delituoso ou de autoria, determinará a *ordennance de non lieu*, a sentença que impede o prosseguimento da ação penal[656]. Aqui, tal qual no direito italiano, esta decisão não sofre os efeitos da coisa julgada, posto

---

che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione (126 att.)
3. Nell'avviso è precisato che, nel termine di dieci giorni, la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari."
Pode-se traduzir livremente para o português da seguinte forma:
"Art. 408. O pedido de arquivamento por falta de fundamento da notícia de crime:
1. Dentro dos prazos estabelecidos nos artigos anteriores, o promotor, se a notícia do crime é infundado (125 att.), Apresentar ao juiz (328) pedido de arquivamento. Com o pedido é enviado o dossiê contendo a notícia do crime, os documentos relativos a investigações realizadas e registros de atos perante o juiz de investigações preliminares.
2. O aviso de pedido deve ser notificado pelo Ministério Público para a vítima (90, 91), que, na notícia de crime ou depois de sua apresentação, já manifestou o desejo de ser informado sobre qualquer armazenamento (126 att.).
3. O edital especifica que, dentro de dez dias, a parte lesada pode inspecionar os documentos e apresentar uma objeção com um pedido fundamentado para a continuação da investigação preliminar."

[655] Francesco Caprioli, defende que no projeto preliminar das normas de atuação, o conceito de causa provável era explícito, tendo em vista que o art. 115 consentia ao Ministério Público pedir o arquivamento toda vez que julgasse os elementos da prova obtidos no curso da indagação não-suficientes para condenação do imputado. Ou seja, o Ministério Público deveria decidir pela "richiesta di rinvio a giudizio" apenas quando, sobre uma base de valoração prognóstica do êxito dos debates, julgasse altamente provável a confirmação da tese acusatória. A modificação do art. 115 demonstra a vontade do legislador em adequar a norma ao princípio constitucional, repudiando a lógica deixada ao critério da probable cause. A nova regra consiste numa valoração de elementos obtidos não mais sob o enfoque do êxito final do processo, mas sim sob aquele da sua atitude a justificar o "rinvio a giudizio". Assim, a situação está passando pela valoração da superfluidade ou do "accertamento giudizale", que consiste na autêntica prospectiva de um Ministério Público, o qual, no sistema, é a parte pública encarregada de instaurar o processo. CAPRIOLI, Francesco. *L'archiviazione.* Napole: Jovene, 1994, p. 346-349.

[656] Diz o art. 176 do Code de Procédure Pénale:
"Le juge d'instruction examine s'il existe contre la personne mise en examen des charges constitutives d'infraction, dont il détermine la qualification juridique".
Na tradução livre: "O juiz analisa se há acusações contra a pessoa indiciados constituir infração, o que determina a qualificação jurídica."

que, uma vez descobertas novas provas, autorizada está a retomada do processo criminal, nos termos dos arts. 188 e 189[657].

O sistema processual penal português segue a mesma trilha dos demais. Verificado pelo Ministério Público, ao final do inquérito, que inexistem provas acerca do cometimento de crime ou da autoria pode ele determinar o arquivamento do mesmo, com fundamento no art. 277, 2, do Código de Processo Penal[658]. Semelhante providência deve adotar o juiz quando do encerramento da instrução, como determina o art. 308 do mesmo *Codex*[659], e o presidente do Tribunal caso o processo tenha sido remetido pra julgamento e ele entenda que a acusação é manifestamente infundada, nos termos do Assento 4/93, de 26 de março[660].

Esta noção de prova mínima para a instauração de uma ação também pode ser extraída do art. 6º, item 2, do texto original da Convenção da Corte Européia de Direitos Humanos de 1950[661], que tutela o direito a um processo

---

[657] GARCIN, Claude. *L'essentiel sur procédure pénale*. Lyon: L'Hermès, 1993, p. 131; LARGUIER Jean. *Procédure Pénale*. 15. ed. Paris: Dalloz, 1995, p. 198; PRADEL Jean. *Procédure Pénale*. 8. ed. Paris: Èditions Cujas, 1995, p. 494.

[658] "Artigo 277 – Arquivamento do inquérito:
(...)
2 - O inquérito é igualmente arquivado se não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes."

[659] "Artigo 308 – Despacho de pronúncia ou de não pronúncia:
1 - Se, até ao encerramento da instrução, tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, o juiz, por despacho, pronuncia o arguido pelos factos respectivos; caso contrário, profere despacho de não pronúncia.
2 - É correspondentemente aplicável ao despacho referido no número anterior o disposto nos n.os 2,3 e 4 do artigo 283.º, sem prejuízo do disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo anterior.
3 - No despacho referido no n.º 1 o juiz começa por decidir das nulidades e outras questões prévias ou incidentais de que possa conhecer."

[660] Vale ressaltar que pelo entendimento de Manuel Maia Gonçalves a acusação manifestadamente infundada seria aquela que, em face dos seus próprios termos, não tem condições de viabilidade. Um destes casos seria os de fatos descritos na acusação que não integram qualquer infração penal. GONÇALVES, Manuel Maia. *Código de Processo Penal anotado e comentado*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 456.

[661] Art. 6º, 2:
"Art. 6º. Droit à un procès équitable.
(…)
2) Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie".
Em tradução livre:
"Art. 6º. Direito a um processo justo.
(...)

equitativo, resguardando o princípio da presunção de inocência até que a culpabilidade seja provada.

Por fim, a solução abraçada pela doutrina brasileira também encontra paralelo no direito inglês, onde a existência de prova suficiente, ou *sufficient evidence*, é requisito essencial para a persecução penal[662]. Mas, como muito bem adverte Maria Thereza Rocha de Assis Moura[663], esse juízo a respeito da prova, ao contrário do que ocorre no direito norte-americano, é meramente preliminar e destinado a averiguar a existência de uma prova mínima. Se nos Estados Unidos o juízo é de alta probabilidade, no Brasil, até mesmo para que esta análise não se confunda com o mérito da questão, ele é meramente um juízo de probabilidade mínima.

É este conceito de prova mínima[664], também encontrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[665] e do Superior Tribunal de

---

Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.".

[662] SPRACK, John. Emmins on criminal procedure, 6ª edição, London: Blackstone, 1995, Cap. 3; CARD, Richard e WARD, Richard. The Criminal Procedure and Investigations Act 1996, Bristol: Jordan, 1997, Cap.1; PADFIEL Nicolal. Text and materials on the criminal justice process, London: Butterworths, 1995, pp. 132 e seguintes.

[663]MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis.*Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 242-245.

[664] De modo a fixar o conceito que se pretende utilizar daqui por diante traz-se à baila as palavras de Plínio de Oliveira Corrêa a respeito da justa causa como acervo probatório mínimo: "Em que pese essa constatação, somada a divergências doutrinárias, já é tempo de enfrentar e de superar o problema, tentando precisar exatamente o conceito de justa causa no processo penal, a fim de se distribuir justiça como Valor e de se prevenir injustiças com negação do direito.
A elaboração desse conceito, todavia, só será viável se estiver alicerçada em dois pilares: a) na prova induvidosa da ocorrência de um fato hipotético delituoso; e b) na prova ou indícios, da autoria desse fato. Na verdade, é nisso que consiste o fundamento razoável para se acionar o jus actionis sem arranhar o princípio da presunção de inocência no seu aspecto formal.
E este fundamento razoável, sem o qual inexiste justa causa para a instauração do processo penal, advém da fase preparatória da ação penal, a qual é integrada pelo inquérito policial ou por elementos de informação que, necessariamente, devem acompanhar a denúncia ou a queixa, a fim de servir de base à acusação. Por isso, o exame para se constatar a presença ou a ausência de justa causa na ação penal há de recair nas provas que constituem esta fase pré-processual.". CORRÊA, Plínio de Oliveira. Justa Causa na reforma processual penal brasileira. *Revista do Serviço Público.* Brasília: FUNCEP, 1983, abril / junho, 1983, v. 111, n. 2, p. 63).

[665] Vide, nesse sentido, os acórdãos: SP – São Paulo. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma; Recurso Extraordinário n. 88.118. Relator (a): Ministro Leitão de Abreu. Julgamento: 01/12/1978. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=181987&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%2088118>. Acesso em 27-03-2013. SP – São Paulo. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. Recurso em Habeas Corpus n. 67.299/SP. Relator (a): Ministro Moreira Alves. Julgamento: 07/04/1989. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102408>. Acesso em 27-

Justiça[666], que se entende como mais consentâneo com o ordenamento processual brasileiro e, que, por tal razão, passa-se a adotar daqui por diante.

4.4 A justa causa como condição da ação

A doutrina do direito processual penal não é unânime quanto ao seu entendimento sobre as denominadas condições da ação, talvez pelo fato de que o(s) idealizador(es) do Código de Processo Penal não enumeraram as mesmas em seu texto. Em verdade, tal como ocorre no Direito Processual Civil, não há nem mesmo um consenso doutrinário[667] acerca do direito de ação,. De todo modo, o que se identifica na doutrina é que a maior parte dela importa do processo civil as 3 (três) clássicas condições da ação, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir, fazendo aqui e acolá as necessárias adaptações[668].

03-2013.

[666] Vide, nesse sentido, os acórdãos proferidos: SP – São Paulo. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. Autos do Inquérito n. 83-8. Relator (a): Ministro Paulo Costa Leite. Julgamento: 05/08/1994. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199200301827&dt_publicacao=21-11-1994&cod_tipo_documento=>. Acesso em 27-03-2013. RJ – Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma. Recurso em Habeas Corpus nº 35.028/RJ. Relator (a): Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Julgamento: 26/02/2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199200301827&dt_publicacao=21-11-1994&cod_tipo_documento=>. Acesso em 27-03-2013.

[667] A polêmica já foi estudada no capítulo anterior, cumprindo apenas rememorar que, para Liebman, a ação apesar de ser autônoma e ter caráter abstrato, assim que é concebida deixa de ter relevância como uma categoria a ser utilizada no sistema processual. A ação desempenha um papel instrumental com relação ao direito material. Outros definem que a ação penal consiste em um direito subjetivo de postular a prestação jurisdicional do Estado. Mas, alguns autores evitam esta conceituação, pois alegam que o Estado também teria interesse na prestação jurisdicional invocada, Com isso, ao direito subjetivo, não corresponderia um dever do Estado, por ausência de posições antagônicas ou conflitantes. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 87-91.

[668] Juristas como Rogério Lauria Tucci, José Raimundo Gomes da Cruz e José Barcelos de Souza entendem que a justa causa não configura uma condição da ação, mas apenas, exprime a falta de uma das três condições para a instauração da ação penal. Ou seja, faltando uma das condições para o exercício regular da ação penal, logo faltará justa causa para o processo. TUCCI, Rogério Lauria. *Habbeas Corpus, Ação e Processo Penal*. Belém: Cejup, 1984, p. 167; CRUZ, José Raimundo Gomes da. Justa Causa e Abuso do Poder Referentes à Propositura da Ação Penal. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, janeiro, n. 423, ano 60, p. 303-316; SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e Prática da Ação Penal*. São

Com relação à possibilidade jurídica do pedido, se no processo civil ela significa a inexistência, no ordenamento jurídico, de vedação ao provimento jurisdicional pleiteado, no processo penal ela é entendida no sentido inverso. Há a necessidade de que a legislação expressamente admita a providência. Em sua figura mais comum, a da ação penal condenatória, é absolutamente imperioso que o ordenamento jurídico contenha a previsão de uma conduta delituosa e de uma pena correspondente[669]. Dessa forma, o pedido seria juridicamente impossível quando não houvesse previsão de conduta típica na lei[670].

No que diz respeito à legitimidade das partes, se no Direito Processual Civil ela está ligada à pertinência subjetiva, sendo, portanto, ordinariamente[671] legitimados os titulares da relação jurídica de direito material, no Direito Processual Penal é legitimado ativo para a ação penal o Estado, representado, diante de duas funções institucionais, pelo Ministério Público[672], podendo o particular, somente em caráter extraordinário, exercer tal mister[673]. De outro lado, é legitimado passivo da ação penal condenatória aquele contra o qual é imputada a prática de um crime.

Paulo: Saraiva, 1979, p. 137; SOUZA, José Barcelos de. Direito Processual Civil e Penal, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 77.

[669] Vide, dentre outros, as lições de Helio Tornaghi (Comentários ao Código de Processo Penal, v. 1) e José Frederico Marques (Elementos de Direito Processual Penal, v. 1).
Hoje, não se pode olvidar de mencionar, ainda, que tal afirmação possui amparo no art. 5º, inciso XXXIX do Texto Maior, que assim dispõe:
"Art. 5º. omissis
(...)
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;"

[670] Em sentido contrário, Afrânio Silva Jardim: "Estamos com a eminente professora Ada Pellegrini Grinover quando sustenta que a ausência de tipicidade e a extinção de punibilidade não configuram impossibilidade jurídica do pedido, mas dizem respeito ao próprio mérito da pretensão punitivo deduzida na denúncia ou queixa. Nestas hipóteses, não importando o momento em que a decisão é pronunciada, o órgão jurisdicional declara a inexistência do poder-dever de punir afirmado pelo Estado (ius puniendi). Em outras palavras, a sentença é absolutória e resulta do não acolhimento da pretensão do autor." JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 96.

[671] Diz-se ordinariamente pois não se pode olvidar das hipóteses de legitimação extraordinária, que somente podem ocorrer quando houver expressa autorização legal.

[672] Dentre outros, vide os entendimentos de José Frederico Marques (Tratado de Direito Processual Penal, v. 2) e Júlio Fabbrini Mirabete (Processo Penal).

[673] Vide art. 100, *caput*, do Código Penal brasileiro: "A Ação Penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido".

Já no que se refere ao interesse de agir, conquanto existam algumas polêmicas no âmbito do Direito Processual Civil, pode-se dizer que há uma razoável tendência de se entendê-lo abrangido pelo binômio necessidade-adequação[674]. Isto é, a indispensabilidade do provimento jurisdicional para garantir determinado bem da vida, que não pode sê-lo por outro meio, bem como a adequação do meio utilizado para obtê-lo. No processo penal, todavia, diz-se que o interesse de agir está sempre presente diante da existência de vedação à autocomposição, à impossibilidade de o Estado impor unilateralmente sanção sem um provimento jurisdicional[675]. Esta explicação, contudo, mostra-se insuficiente para explicar as ações penais que não tenham conteúdo condenatório, onde a tutela jurisdicional pode ser inócua[676]. Quanto à segunda parte do binômio, a adequação, tanto quanto no Processo Civil ela significa que o provimento jurisdicional utilizado deve ser apto a entregar o bem da vida, seja para o Estado, no caso da ação penal condenatória, seja para o indivíduo, nas hipóteses, por exemplo, de habeas corpus ou mandado de segurança.

Apesar de, como visto, existirem polêmicas em torno das 3 (três) tradicionais condições da ação, havendo, inclusive, quem sustente não só a impropriedade de se transplantar para o Processo Penal as condições da ação tal como vistas no Processo Civil, mas até mesmo a desnecessidade de se discutir as condições da ação penal[677], certo é que a maior controvérsia não reside na possibilidade jurídica do pedido, na legitimidade das partes ou no interesse processual, mas sim na justa causa, onde podem ser identificados 3

---

[674] Vide, nesse sentido, todo o exposto neste estudo, e que pode ser encontrado, por exemplo, na lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (Teoria Geral do Processo).

[675] No pensamento de José Frederico Marques, o interesse de agir, enquanto condição da ação, não está explícito no art. 43 do CPP, sendo assim implícito em toda a acusação, já que o Estado não pode impor a pena a não ser mediante sentença condenatória. MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva,1956, v. 3, p. 339.

[676] Esta crítica é feita por Afrânio Silva Jardim. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal.* 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 96.

[677] Este é o pensamento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura; MOURA, Maria Thereza Roscha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 215-217.

(três) diferentes posicionamentos, o que, suponho, ocorre em razão da falta de expressa previsão legal quanto ao particular.

Há, naquilo que se pode chamar de posição mais extremada, aqueles que sustentam simplesmente a inexistência da justa causa como condição da ação. Na opinião destes, diz-se de ausência de justa causa quando não se verificar qualquer das outras condições da ação. Nesta esteira, assenta José Carlos Barcelos de Souza que:

> (...) faltando justa causa para o processo, a coação é ilegal e remediável por meio de habeas corpus, ainda que em conseqüência dele não haja prisão ou ameaça de prisão, visto que a falta de justa causa é considerada por lei, para fins de cabimento do habeas corpus, coação ilegal à liberdade de locomoção (art. 648, I, CPP)[678].

O jurista José Carlos Barcelos de Souza[679] complementa este entendimento afirmando que a justa causa não é uma condição da ação, mas apenas um requisito particular de admissibilidade, sendo uma peculiaridade do processo penal que não encontra correspondência no processo civil. Concordando com este posicionamento, Maria Thereza Rocha de Assis Moura busca sustentá-lo sob o seguinte argumento:

> Tal ocorre, conforme já dissemos, porque a justa causa para a ação penal corresponde, no plano jurídico, à legalidade da acusação. E no plano axiológico, à legitimidade da acusação".
> Vimos que, em decorrência do cânone da legalidade, o ordenamento jurídico processual penal não suporta a atipicidade da narrativa da conduta. E, por certo, não suporta também que a acusação se faça sem que encontre lastro na prova colhida no inquérito policial ou nas peças de informação. Tanto faz a denúncia narrar fato em tese atípico, como descrever fato que não guarde ressonância para com a prova colhida. Em ambos os casos, haverá ilicitude e, mais do que isso, imoralidade. E tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que faltará, na hipótese, justa causa para a ação penal.
> É que, para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade[680].

---

[678] SOUZA, José Carlos Barcelos de. *Teoria e Prática da ação pena.* São Paulo: Editora Saraiva, 1979, p. 137. Nesta mesma linha segue Rogério Lauria Tucci. TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas Corpus, Ação e Processo Penal.* São Paulo: Editora Saraiva, 1978, p. 167.

[679] SOUZA, José Carlos Barcelos de. *Teoria e Prática da ação penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1979, p. 137.

[680] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 222. Também adota este posicionamento José

Numa segunda vertente, apesar de reconhecerem a justa causa como condição da ação penal, não o fazem com caráter de autonomia. Ela, com efeito, é entendida como englobada pelo interesse de agir, funcionando como uma espécie de adjetivo, de qualificação deste. Extraindo dos arts. 12[681], 16[682], 18[683], 27[684], 39[685], §5º, e 47[686], todos do Código de Processo Penal brasileiro, que o *fumus boni iuris* é condição para o exercício do direito da ação penal, autores como Fernando da Costa Tourinho Filho[687] dizem que o interesse de agir somente poderia ser considerado legítimo se "arrimado em elementos de convicção, quanto à prática da infração penal e sua autoria". Compartilha de tal opinião José Frederico Marques, para quem:

> (...) faltará legítimo interesse para acusar, se os fatos colhidos no inquérito (ou em outra investigação) não mostrarem a possibilidade de apurar-se qualquer lesão a bens jurídicos penalmente tutelados. O promotor não se fundará no corpus delicti para denunciar, e, sim, na suspeita de crime (opino delicti), mas em suspeita fundada e razoável. Do contrario, faltará ao Estado legítimo interesse para a

---

Raimundo Gomes da Cruz. CRUZ, José Raimundo Gomes da. Justa Causa e abuso do poder referentes à propositura da ação penal. In: *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, janeiro, ano 60, n. 423, p. 303-316.

[681] "Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra."

[682] "Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia."

[683] "Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia."

[684] "Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção."

[685] "Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.
(...)
§5º. O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias."

[686] "Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los."

[687]FILHO, Fernando da Costa Tourinho.*Processo Penal.* 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, v. I, p. 453 *et seq.*

> propositura da ação penal e a denúncia deve ser rejeitada por inepta[688].

José Frederico Marques[689] afirma que a justa causa seria um *"meio têrmo"* entre a condição da ação e uma mera circunstância, isto é, seria aquele *fumus boni iuris* a que aludimos para a verificação da legitimidade do Estado em propor a ação penal. O jurista defende que a justa causa compõe o interesse de agir, tendo em vista que o titular da ação deve formular pedido idôneo, com elementos que convençam o Ministério Público da seriedade do pedido. Se for entendido como inexistente esta circunstância, a denúncia será inepta por falta de uma das condições (interesse de agir).

A terceira corrente que versa sobre este revolto tema é aquela que não apenas considera a justa causa como uma condição da ação, mas ainda lhe confere uma autonomia em relação as demais. Desde há muito, invocando os art. 39, §5º, e 46, §1º[690], ambos do Código de Processo Penal, Afrânio Silva Jardim, realçando que a simples instauração do processo criminal atinge o *status dignitatis* do acusado, advoga a tese de que o autor da ação penal precisa, sim, preencher uma quarta condição da ação para provocar o exercício da jurisdição. Em excerto bastante ilustrativo, o citado autor assevera que:

> (...) a acusação não pode resultar de um ato de fé ou de adivinhação do autor da ação penal. Tudo que de essencial ele descrever na

---

[688] MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, v. I, p. 147. Em posição semelhante, encontra-se a de Luís Renato Ferreira da Silva, que diz ser a justa causa uma junção de outras duas condições da ação, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir. SILVA, Luís Renato Ferreira da. A justa causa como condição para o exercício da ação penal. In: *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, maio, n. 665, p. 403-404.

[689] Segundo Frederico Marques, "no processo penal, justa causa e interesse processual se confundem: tendo em vista os reflexos do processo penal sobre a liberdade e o status dignitatis do réu, não será admissível o exercício da ação penal sem que haja justa causa (...)". MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 4, p. 73.

[690] "Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.
§ 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação".

> denúncia deve estar respaldado na prova do inquérito, ainda que de forma frágil ou incompleta[691].

No entendimento de Maria Lúcia Karam, desde que exista um lastro probatório mínimo, que forneça elementos razoáveis de convicção quanto à provável ocorrência do crime, bem como da sua autoria, demonstrada estaria a seriedade e idoneidade da acusação. A justa causa, então, seria como um requisito mínimo para o legítimo exercício da ação penal condenatória, além das outras três condições da ação. A autora, concordando com Afrânio Silva Jardim, assevera que:

> Na verdade, levando em linha de conta que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do réu, o legislador exige do autor o preenchimento de mais esta condição para se invocar legitimamente a tutela jurisdicional[692].

Fazendo a distinção entre o direito constitucional – e genérico – de petição e o direito -- condicionado -- de ação, Plínio de Oliveira Corrêa também é peremptório ao defender a justa causa como uma condição da ação penal condenatória, *in verbis*:

> Se, de um lado, o direito de petição é amplo e ilimitado, de outro, o direito de ação penal é, e deve ser, restrito e condicionado. Por isso, e a fim de afastar o abuso de direito e/ou de prevenir lesão à liberdade individual, só se admite o exercício do direito de ação penal se se fizerem presentes requisitos gerais, especiais e formais, traduzidos nas chamadas condições da ação penal.
> Assim, entre as condições gerais destaca-se a justa causa, não só como condição da ação penal, mas sobretudo, como base fundamental do legítimo exercício desse direito[693].

Deve-se ressaltar os fundamentos utilizados pelo jurista para sustentar a necessidade de uma prova mínima como uma das condições da ação penal condenatória, a saber, a defesa de um direito fundamental do réu, o da presunção de inocência, bem como a preocupação com demandas lastreadas

---

[691] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 98.

[692] KARAM, Maria Lúcia. A Admissibilidade da acusação e a pronúncia. In: *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1993, janeiro/março, n. 6, p. 130.

[693] CORRÊA, Plínio de Oliveira. Justa Causa na reforma processual penal brasileira. In: *Revista do Serviço Público.* Brasília: FUNCEP, 1983, abril/junho, v. 111, n. 2, p. 63.

exclusivamente numa ilação do acusador. Eis o elucidativo excerto contido no texto de Plínio de Oliveira Corrêa:

> Eis porque não se pode recomendar o entendimento jurisprudencial de que estando descrito, na denúncia, fato criminoso, em tese, há justa causa para ação penal pois tal narrativa, mesmo configurando uma infração penal pode resultar de pura criação mental da acusação. Ademais, a noção de justa causa não se retira dos elementos formais da peça inicial acusatória, mas da base que a instituiu, isto é, da prova que espelha a idoneidade da imputação.
> Sem isso, estaremos diante de denúncias vazias, por serem destituídas de qualquer fundamento jurídico, as quais representam não só uma ameaça legítima à liberdade dos cidadãos, mas também um desrespeito aos seus direitos fundamentais, especialmente o da presunção de inocência, que, no estado de direito, somente pode ser quebrado numa destas duas circunstâncias: se existir justa causa para o processo (aspecto formal) ou se houver trânsito em julgado da sentença condenatória (aspecto material). No primeiro caso, admite-se que alguém suporte os inconvenientes de um processo jurisdicional; no segundo, a presunção não é mais de inocência e sim de culpabilidade[694].

Também entendendo a justa causa como condição da ação penal está o pensamento de Antonio Acir Breda[695], apenas que apontando suporte legal distinto, os arts. 43, inciso III, 2ª parte, e 18, ambos do código de Processo Penal.

Há ainda aqueles que defendem que a inclusão da justa causa como condição da ação penal é fundamentada a partir do preceito constitucional presente no art. 5º, LV, da Constituição da República, que assegura aos acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa, servindo o lastro probatório mínimo como mais uma garantia -- talvez uma das mais relevantes, por evitar o dano maior à pessoa do acusado -- de defesa do acusado. Eugênio

---

[694] CORRÊA, Plínio de Oliveira. Justa Causa na reforma processual penal brasileira. In: *Revista do Serviço Público*. Brasília: FUNCEP, 1983, abril/junho, v. 111, n. 2, p. 63-64.

[695] “Um estudo sistemático do artigo 43, em confronto com a norma do artigo 18 do Código de Processo Penal, indica a presença das seguintes condições (genéricas) da ação: (a) um fato penalmente relevante, isto é, a ocorrência de um tipo penal objetivo (artigo 43, I); (b) a punibilidade concreta desse fato (artigo 43, II); (c) a legitimidade da parte (artigo 43, III). A parte final do inciso III, do artigo 43, declara que a denúncia ou queixa será rejeitada quando: faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal".Esta última condição seria a “justa causa”.BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade do processo. In: *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, julho/dezembro, n. 32, p. 93. Esta também parece ser a opinião de José Frederico Marques, segundo o qual a justa causa seria uma “norma genérica de encerramento”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. IV, p. 398.

Pacelli de Oliveira é um daqueles que vislumbra a questão da justa causa sob o ângulo do direito constitucionalmente garantido à ampla defesa, *verbis*:

> A nosso ver, a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da opinio delicti[696].

No que se refere ao fundamento para a justa causa no âmbito do Direito Processual Penal, Luis Gustavo Grandinetti reconhece a sua sede constitucional mesmo não havendo norma expressa nesse sentido. Ao argumento de ser a justa causa decorrente do princípio do devido processo legal, Grandinetti acresce como supedâneo para a sua exigência outros dois princípios, quais sejam, o da dignidade humana e o da proporcionalidade dentro do processo penal. Eis os termos em que a questão é posta pelo jurista:

> Deste modo, pretende-se sugerir que a justa causa não se limite apenas a um suporte probatório mínimo, ou se restrinja ao conceito de interesse de agir, ou represente a presença da tipicidade. Ela é tudo isso, mas não é apenas isso. A justa causa é uma cláusula de encerramento, que concretiza, no âmbito processual penal, os preceitos constitucionais da dignidade, da proporcionalidade, além de exercer todas aquelas outras funções antes referidas. Ela concretiza a legitimidade de submeter alguém a um processo criminal sob todas as perspectivas exigidas pela ordem constitucional[697].

Se esta corrente doutrinária já tinha fortes argumentos a sustentá-la, como a preservação do *status dignitatis* do acusado[698], ela ganhou ainda mais

---

[696] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009, p. 118.

[697] GRANDINETTI, Luis Gustavo *et all*. Justa Causa Penal-Constitucional. In: *Revista de Estudos Criminais.* Sapucaia do Sul: Editora Fonte do Direito: 2003, n. 11, ano 3, p. 56.

[698] Esta questão também foi percucientemente abordada pelo Min. Gilmar Mendes quando do julgamento do HC n. 84.889/SP, *verbis*: “não é difícil perceber que os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais daqueles que podem decidir sobre o seu curso. Ordem deferida, por maioria, para trancar a ação penal”. SP – São Paulo. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. HC n. 84.889/SP. Relator (a): Ministro Marco Aurélio.

peso após a edição da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, diploma legal que promoveu alterações no Código de Processo Penal. Além de revogar o art. 43 do aludido *Codex*, fez constar expressamente do art. 395[699] a justa causa, o que na opinião do mesmo Eugênio Pacelli[700] fez com que restasse *"assentada a justa causa como condição da ação"*. Diga-se, aliás, que este posicionamento já foi inclusive corroborado pelo e. Supremo Tribunal Federal, como se pode inferir dos arestos proferidos no julgamento dos Habeas Corpus n. 81.324/SP[701] (2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim) e n. 82.393/RJ[702] (2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello)[703].

Ainda quanto à polêmica questão da justa causa, Afrânio Silva Jardim, mesmo reconhecendo uma "limitação" desta quarta condição da ação ao asseverar que ela não se trata de prova cabal, mas apenas de um lastro probatório mínimo, sustenta que"este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova da antijuridicidade".[704], entendimento que parece ser mais consentâneo com a ação penal, uma vez que somente autoria e materialidade não são

---

Julgamento: 21/06/2005. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79707>. Acesso em 27-03-2013.

[699] "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I - for manifestamente inepta;
II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
III - faltar justa causa para o exercício da ação penal."

[700]OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009, p. 119.

[701] SP – São Paulo. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Habeas Corpus n. 81.324-1-SP. Relator (a): Ministro Nelson Jobim. Julgamento: 12/03/2002. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78702. Acesso em 27-03-2013.

[702] RJ – Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Habeas Corpus n. 82.393-9-RJ. Relator (a): Ministro Celso de Melo. Julgamento: 29/04/2003. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79041. Acesso em 27-03-2013.

[703] Afrânio Silva Jardim faz esta mesma inferência do teor do Enunciado 524 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas". JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*.11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 99.

[704]JARDIM, op. cit., nota 702, p. 97-98.

suficientes para caracterizar a tipicidade da conduta, que necessita de outros elementos complementares[705].

Independentemente desta última problemática exposta, penso assistir razão aos defensores da tese de que a justa causa é uma condição da ação. Não fosse suficiente o argumento que toma como base o texto do direito positivo, que ganhou reforço após a reforma promovida no Código de Processo Penal, é de se atentar para o fundamento adotado para a aceitação da justa causa no Direito Processual Penal. Mesmo aqueles que, como Maria Thereza Rocha de Assis Moura[706], dizem não ser a justa causa uma condição da ação, reconhecem a necessidade de a acusação possuir um suporte probatório obtido durante a investigação. Vale dizer, seria ela um método criado para conter o abuso do direito de ação, neste caso exercido pelo Estado enquanto representante da sociedade[707].

Somando-se a isso o fato de que, como visto, parcela da doutrina defende que a justa causa é um meio de se preservar o *status dignitatis* do acusado, não há como se conceber que ela seja apreciada juntamente com o mérito, quando já consumado o "prejuízo" ao acusado[708]. Ora, se a justa causa deve, em razão disso, ser analisada previamente, como questão preliminar,

---

[705] Contrário a esta posição, defendendo que a prova mínima somente precisa estar relacionada com a autoria e a materialidade, está Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*.Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2012, tomo I, p. 107; e Edilson Mougenot Bonfim, para quem:
"A justa causa (...) consiste na obrigatoriedade de que exista, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito". BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144.

[706] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 219.

[707] Darcy Arruda Miranda, com muita propriedade, destaca que "a falta de justa causa para a ação penal é a falta de amparo legal, é a restrição indevida da liberdade individual, é o abuso de direito, ou de poder, é a acusação injusta, arbitrária, sem fomento de direito". MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Editora RT, 1969, v. II, p. 739-740 e 744.

[708] Sobre a relação da justa causa com o *status dignitatis* do acusado, Grandinetti é categórico ao afirmar que: "Há, pois, de forma induvidosa, estreita vinculação entre o que se deve entender por justa causa e a preservação do status dignitatis do indiciado do mesmo modo que deve haver vinculação entre bens jurídicos penais e o princípio da dignidade humana".GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Justa Causa Penal-Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 43.

somente pode-se concebê-la como pressuposto processual ou condição da ação. Portanto, lembrando uma vez mais da lição de Leonardo Greco[709], no sentido de que os pressupostos processuais são o controle de legalidade que se faz sobre a atividade jurisdicional propriamente dita, e não sobre o direito de ação, penso ser aqui, como condição da ação, o local adequado para a inserção da justa causa.

Ademais, se além de possuir a importante missão de coibir o abuso do direito de ação, a justa causa possui conteúdo próprio, que lhe distingue das 3 (três) condições da ação tradicionalmente aceitas pela doutrina processual penal, considerá-la como integrante de outra condição seria, no mínimo, relegar a um segundo plano a sua importância.

4.5 Quarta conclusão parcial

De tudo o quanto foi exposto neste capítulo, e que se sabe ser insuficiente para esgotar tema bastante amplo, demonstrado está que, em que pese a grande dificuldade em se determinar um conceito de justa causa, pode-se identificar a sua origem no instituto do habeas corpus, medida utilizada para combater prisões ilegais, vale dizer, para preservar o direito de liberdade dos acusados de práticas abusivas.

Ainda que na origem inglesa possam ser identificados variados sentidos para o que se entendia como sendo uma prisão sem uma causa justa, é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no Direito Processual Penal, uma conceituação usual de “justa causa”, a de lastro probatório mínimo. E, talvez o mais importante a ser destacado é que a exigência da presença do lastro probatório mínimo encontra seu fundamento de validade não apenas em dispositivo(s) constante(s) da legislação processual penal, sendo, para parte respeitável da doutrina, uma decorrência do princípio do *due process of law* e da proporcionalidade, exercendo o papel de verdadeiro filtro à atividade jurisdicional frente à dignidade da pessoa do acusado.

---

[709]GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15.

E demonstrou-se, também, que a partir deste conceito de justa causa como lastro probatório mínimo que torna legítima a persecução penal, deve ela, por seu conteúdo específico, pela importância que lhe emprestam a doutrina e a jurisprudência e, finalmente, pela existência de dispositivo legal[710] expresso, ser considerada como condição da ação penal condenatória, um controle ao direito de ação que não deve deixar de ser contraposto aos direitos fundamentais do réu, principalmente o da dignidade da pessoa do acusado. E mais, não deve deoxar de ser reconhecida a autonomia dessa condição da ação.

[710] Dentre aqueles apontados pela doutrina como fundamento legal para a exigência da justa causam destaque-se o art. 395 do Código de Processo Penal brasileiro.

5 A PROPOSTA DO NOVO FILTRO LEGÍTIMO: A NOVA CONDIÇÃO DA AÇÃO

> Pelas mesmas razões, não se pode conceder validade jurídica a preceito legal que, direta ou indiretamente, dispensa a prova da existência de fato delituoso e, pelo menos de indícios de sua autoria, como acontece, entre outros diplomas, com o conteúdo do art. 513 do Código de processo penal, o qual cuida fundamentalmente da liberdade do homem; tal situação, porém, não se faz presente no processo civil, que trata de coisas em geral. Neste último ramo, embora não tenha sido batizada de justa causa, a existência desta prova já tem tradição jurídica, uma vez que com esse sentido figura na respectiva legislação há mais de três décadas[711].

5.1 Introdução

Já se disse em outras oportunidades deste trabalho que no ordenamento brasileiro o direito à inafastabilidade do controle jurisdicional está contido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal[712]. Mesmo tendo sido concebido numa época em que o país atravessava momento de regime de exceção, quando, então, tinha um viés de defesa do indivíduo contra os atos do Estado, fato é que, hoje, este mesmo dispositivo constitucional possui duas características que o singularizam. A primeira é a de não impedir que o cidadão leve ao conhecimento do Poder Judiciário toda lesão ou mesmo ameaça de lesão a direito, ao passo que a segunda lhe garante o direito de obter desse mesmo Poder Judiciário uma resposta que seja efetiva à proteção do seu patrimônio jurídico[713].

---

[711] CORRÊA, Plínio de Oliveira. Justa Causa na reforma processual penal brasileira. In: Revista do Serviço Público. Brasília: FUNCEP, 1983, abril/junho, v. 111, n. 2, p. 64.

[712] "Art. 5º. omissis
(...)
XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

[713] Pode-se dizer com tranquilidade que esse entendimento é um consenso na doutrina processual brasileira. Por todos, cite-se Luiz Guilherme Marinoni: "Se a Constituição afirma determinados direitos – como direito à honra, o direito à imagem, o direito à higidez do meio ambiente e etc. – e estes, por sua natureza, não podem ser violados, o legislador infraconstitucional está obrigado a predispor uma tutela jurisdicional capaz de impedir a prática do ilícito". MARINONI, Luiz Guilherme.*Novas Linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 114.

É com base nessa visão do direito de acesso à justiça que se encontram na doutrina nacional inúmeras vozes incentivando uma atuação proativa dos magistrados na efetivação de direitos, mormente de direitos sociais. Esta corrente ganhou tamanha dimensão que a atividade de promoção/efetivação de tais direitos recebeu inclusive uma alcunha, "ativismo judicial"[714]. Afora a questão do ativismo, a ânsia pela efetividade do processo que, como dito, muitas vezes tem sido confundida com celeridade a qualquer custo, vem provocando, no caso brasileiro, a edição de uma série de alterações na legislação processual infraconstitucional, grande parte delas direcionada para o fortalecimento da jurisprudência, o que tem ensejado uma crítica bastante contundente, calcada principalmente no fato de que o enfraquecimento do:

> (...) primeiro grau de jurisdição, e a concentração desmedida de poderes na segunda instância e nos tribunais superiores implicam um retorno ao absolutismo, à justiça das cortes e, em consequência, à fragilidade do sistema como um todo[715].

Até aqui, insista-se, e com algumas poucas exceções, o movimento que se enxerga é o de conceber o acesso à justiça quase que exclusivamente sob o prisma daquele que busca o abrigo do Poder Judiciário para resguardar uma lesão a direito seu ou uma ameaça de lesão ao bem, inclusive de ordem jurídica, integrante de seu patrimônio. Olvida-se, entretanto, que o direito à tutela jurisdicional não é privilégio do autor de uma demanda. Aliás, nem poderia sê-lo em razão da necessidade de observância da isonomia, valor também protegido constitucionalmente. Mais do que o direito de se defender, é o réu, ele próprio, titular do mesmo direito de ação. Ao menos, este é o entendimento de Francisco Wildo Lacerda Dantas, *inverbis*:

---

[714] "Diante da expectativa social gerada pela constitucionalização do direito de acesso a uma ordem jurídica justa, os juízes brasileiros são convidados – senão desafiados – a assumirem uma responsabilidade política e social muito grande que, muita vez, implica necessariamente uma postura ativista". DANTAS, Frederico; DANTAS, Frederico Wildson da Silva.O Princípio Constitucional da Inafastabilidade: Estudo com enfoque no ativismo judicial". In: *Revista ESMAFE* – Escola de Magistratura Federal das 5ª Região. Recife, 2008, n. 17, p. p. 102.

[715] GUIMARÃES, José Alfredo Lázaro. *Tutela efetiva: garantia constitucional de justiça eficiente*. Recife: Editora do Autor, 2006, p. 38-39.

> Considero que a visão correta da defesa é a de que ela corresponde ao mesmo direito de ação, com a diferença fundamental de que enquanto esta – a ação – é proposta pelo autor, a defesa é exercida pelo réu. Uma – a defesa – é consequência da outra – a ação --, mas têm ambas a mesma natureza de direito cívico reconhecido a todos de exigir do Estado a prestação jurisdicional[716].

Mas não é só isso. Além de o direito de acesso à justiça ser também um direito fundamental do réu, não se pode esquecer a abalizada lição de Leonardo Greco, que insere nesta complexa dialética outro direito fundamental, verificado antes mesmo dele ter garantido o seu direito à ampla defesa. Diz o processualista que assiste ao réu -- ou ao pretenso réu -- o direito de não ser molestado por demandas manifestamente infundadas. Por sua representatividade, traz-se à colação elucidativo excerto:

> (...) Mas se ele é um direito fundamental de um cidadão a que se contrapõe o direito igualmente fundamental do adversário de não ser molestado por um processo inviável, porque isto reduz ou dificulta o pleno gozo do seu direito material, que o Estado de Direito se comprometeu a tornar efetivo, então é preciso definir com clareza as limitações a esse direito impostas pela necessidade de conciliá-lo com os direitos fundamentais do seu adversário, de tal modo que, sem cercear o amplo acesso à Justiça em benefício daquele que se afirma titular de uma situação jurídica protegida e da paz social, o direito à jurisdição não se torne para quem tem razão um meio de suprimir ou limitar o pleno gozo dos seus direitos[717].

Neste particular, faça-se apenas um brevíssimo parêntese para dizer que o reconhecimento de outro direito fundamental não expressamente previsto no texto da Carta Política, afora estar em perfeita sintonia com tudo o que se expendeu até aqui, encontra inclusive respaldo no próprio Texto Constitucional, conforme se infere de uma simples leitura do art. 5º, §2º[718].

Buscando enunciar dois princípios que as leis processuais sempre deveriam observar, Wilhem Von Humboldt, ao cuidar do que ele entende ser o

---

[716] DANTAS, Frederico Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo*: Jurisdição, Ação (Defesa), Processo., 2. ed. Editora Método, São Paulo, 2007, p. 295-296.

[717] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 14-15.

[718] "Art. 5º. omissis
(...)
§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.".

segundo deles, caminha no mesmo sentido ao dizer que, estando o magistrado, no momento de decidir, numa posição equidistante de ambas as partes, “deve ele evitar que alguma delas, por culpa da outra, seja atrasada ou muito molestada na obtenção de seu intento”[719].

Estas constatações de que o direito de acesso à justiça não pode ser entendido de forma simplista[720] induzem à conclusão de que alguma medida há de ser tomada em prol da defesa dos direitos fundamentais do réu, que é tão cidadão quanto o autor e goza de direito fundamental, de igual estatura. Neste particular, arguta é a observação de Norberto Bobbio, que ao tratar dos direitos fundamentais destacou que:

> (...) o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados[721].

Quanto a isso, penso que tal medida não pode se restringir a remediar o dano após a sua consumação. Não se mostra consentâneo com todos os valores protegidos pela Constituição Cidadã admitir que uma demanda manifestamente infundada tenha o condão de permitir a citação do réu para comparecer em juízo, já que a partir deste momento tem ele o seu patrimônio,

---

[719] Humboldt, Wilhem Von. Princípio das Leis Processuais. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, novembro, n. 189, p. 125.

[720] Ressaltando a necessidade de ponderação do princípio do acesso à justiça a fim de que o Estado possa atingir suas finalidades precípuas, Cássio Scarpinella Bueno afirma que “A circunstância do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal garantir que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito tem de ser estendida, como qualquer outro princípio constitucional, aliás, em seu devido contexto jurídico, já que de princípio constitucional se trata. Ora, o “devido contexto jurídico” de interpretação e aplicação de um princípio jurídico é aquele que admite a sua ponderação diante de outros princípios. Nenhum princípio vale mais ou menos que os outros; nenhum princípio deve, por si só, predominar sobre os outros em abstrato, sem levar em consideração as necessidades de cada caso concreto. Não, pelo menos, quando se está a tratar de princípios que dizem respeito à necessidade da atividade do Estado. Outros princípios constitucionais, como os que descrevem a base fundante do Estado Democrático de Direito, dentre eles a dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), terá tudo para assumir alguma primazia sobre os demais”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, v. 1, p. 336-337.

[721] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 25.

jurídico e moral, ambos com proteção constitucional, violado. É preciso, então, que, tal como previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, aja-se preventivamente e evite-se o dano. Insista-se uma vez mais, também aqui se mostra pertinente a adoção de medidas que sejam aptas a cessar a ameaça de lesão, assim como o são as tutelas inibitórias, que encontram guarida no mesmo dispositivo constitucional. Diz-se isso, até mesmo pelo fato de que, como dito por Eduardo Couture, mesmo que advenha a sentença de improcedência e as coisas voltem ao status *quo ante*, o dano já está materializado, *in verbis*:

> A circunstância de ser essa pretensão fundada ou infundada, é coisa diferente. Durante o litígio, dissemos, reina a incerteza. Só a decisão lhe põe termo.
> Se essa decisão declara que o autor não tem razão, que a demanda é infundada, as coisas voltam ao seu estado primitivo. Mas o drama já está consumado[722].

Mais ainda, que não se aguarde as tão demoradas inovações legislativas, uma vez que, por uma correta leitura do princípio do devido processo legal -- hoje não mais meramente processual, mas constitucional --, deve ser aplicada no ordenamento processual não só o conteúdo dos princípios atinentes especificamente a ordem processual, mas a ordem constitucional como um todo[723]. Pode-se ir até mesmo além. Fixada a premissa de que o grande ideal que permeia o Estado de Justiça e a sua jurisdição constitucional é o de conferir efetividade, concreção aos direitos e garantias fundamentais, de modo a manter incólume o patrimônio jurídico e moral dos envolvidos, é de se concluir que “se há regra procedimental expressa, incapaz de garantir a proteção, deve ser reinterpretada ou afastada; se não há, deve ser criada diante do caso concreto”[724].

---

[722] COUTURE, Eduardo J.. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução: Mozart Víctor Russomano, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951, p. 27.

[723] Segundo Humberto Theodoro Júnior não se fazem necessárias grandes ilações, bastando “aplicar o processo existente sob o influxo exegético dos princípios constitucionais para que o juízo se desenvolva de maneira a obter a otimização do processo”.JÚNIOR, Humberto Theodoro. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil. In: *Revista dos Tribunais*São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1991, n. 665, p. 42.

[724] PINTAÚDE, Gabriel. Eficácia Sobreprincipal do Devido Processo Procedimental (Perspectiva analítica-funcional). In: *Teoria do Processo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v.

É que, se diante de tudo o que foi exposto linhas atrás, o conteúdo do princípio do devido processo legal sofreu constantes alterações para se adaptar às novas relações sociais que circundam o Estado Contemporâneo -- lembre-se, de Justiça --, e se toda a orientação é no sentido de que o referido princípio é "aberto", de modo que sofre os influxos de todos os valores salvaguardados pela Constituição, sou da opinião de que é limitada a compreensão de que este sobreprincípio orienta somente o desenvolvimento de um processo com respeito às garantias fundamentais.

Se não é nenhuma novidade a realidade de que a retirada das barreiras inconstitucionais que se opunham ao acesso à justiça e o maior nível de informação a respeito da possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário levaram a uma utilização indiscriminada do direito de ação[725], fato que, como alertado, acaba por violar direito fundamental do indivíduo que ocupa o polo oposto da relação, deve-se extrair deste princípio-mãe o substrato que permita a sua incidência já no ato que deflagra a atividade jurisdicional, que é a "manifestação" do direito de ação.

Mostra-se indispensável que, movido por outros valores constitucionais, como, por exemplo, o da equidade, o princípio do devido processo legal, na sua terceira faceta, sirva também como um filtro, desta feita legítimo, ao exercício do direito de ação, impedindo o prosseguimento e, quiçá, a instauração de demandas manifestamente infundadas[726]. Mais do que

---

2, p. 284-285. Neste mesmo sentido o entendimento de Humberto Ávila, *verbis*: "Sendo o "devido processo legal procedimental" um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal, tem a função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), interpretar as regras que já preveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa) e bloquear a eficácia das regras que preveem elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora).". ÁVILA, Humberto. O que é "Devido Processo Legal"?. In: Fredie Didier Jr. (coord.) *Teoria do Processo*: Panorama Doutrinário Mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 2, p. 360.

[725] Sobre esse tema, Rodolfo de Camargo Mancuso adverte que "a excessiva facilidade para um certo tipo de litigante ou o estímulo a litigiosidade podem transformar a Justiça em Justiça não apenas seletiva, mas sobretudo inchada. Isto é, repleta de demandas que pouco têm a ver com a garantia de direitos – esta sim uma condição indispensável ao Estado Democrático de Direito e as liberdades individuais". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*: Condicionantes legítimas e ilegítimas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 248-249.

[726] Vale aqui lembrar as palavras de Humberto Ávila ao dizer que os princípios "estabelecem um fim a ser atingido", razão pela qual "o importante é que, se o estado de coisas deve ser

procedural due process, que servirá como um balizamento mediante as regras postas no ordenamento positivo, é essencial que não se olvide do alcance maior do *substantive due process*, que agirá no atuar dos operadores do direito não só na interpretação das normas postas no ordenamento positivo, mas até mesmo na criação de normas que se prestem a servir de fator de equilíbrio na relação autor-réu.

No que concerne à questão da equalização a que acabou de se fazer referência, esta ganhou contornos especiais quando analisada por Humberto Theodoro Júnior, que identificou a possibilidade de um desequilíbrio em um dos pilares de sustentação do sistema processual, o direito de ação. Sendo mais um adepto da tese de que o processo deve ser um instrumento posto à disposição da realização da justiça, afirma ele que:

> (...) é inconstitucional a lei, substancial, ou processual, cujo efeito prático seja criar uma situação que mesmo não impedindo o exercício do direito de ação (direito de acesso ao tribunal), cria tal desequilíbrio entre as partes (...)[727].

Dessa forma, há que se considerar ainda que uma das funções desempenhadas pelas condições da ação, segundo Maricí Giannico, é:

> (...) evitar que o feito se prolongue inutilmente, como desgaste psicológico das partes e gastos desnecessários para, ao fim, o provimento pedido estar em desconformidade com o ordenamento jurídico e, portanto, de nada valer. Como se vê, as razões são éticas e econômicas.
> Deve haver um equilíbrio entre o alargamento do acesso à Justiça e essas ideias de conotações éticas e utilitárias. Busca-se a universalização da tutela jurisdicional, mas, concomitantemente, preza-se pela realização de processos capazes de produzir resultados úteis na vida das pessoas[728].

---

buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza. (...) em outras palavras, a positivação de princípios implica a obrigatoriedade de adoção dos comportamentos necessários à sua realização (...).” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 13. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 85-87.

[727] JÚNIOR, Humberto Theodoro. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil. In: *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, n. 665, p. 12.

[728]GIANNICO, Maricí. Carência de Ação e Ação Rescisória. Jurisprudência. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, maio, ano 30, n. 123, p. 13. Nesse sentido está também a lição de Dinamarco ao tratar dos fundamentos das condições da ação: “Não seria eticamente legítimo sujeitar o adversário aos vínculos de um processo e ao desconforto que ele causa, quando se antevê que a tutela jurisdicional pedida pelo autor não

Diga-se, inclusive, que somente este entendimento do princípio do devido processo legal é que permitirá uma leitura que esteja, ao menos na realidade brasileira, em conformidade com o valor da "justiça", finalidade precípua da atividade jurisdicional.

Neste particular, ressalte-se que o e. Supremo Tribunal Federal, apreciando regra processual inserta no ordenamento jurídico pátrio (art. 636, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho), entendeu-a incompatível com a Constituição Federal de 1988, por violação, dentre outros, do princípio do devido processo legal. Ora, se a regra processual foi retirada do ordenamento e houve a invocação do princípio do devido processo legal, somente pode tê-lo sido em seu aspecto substancial, já que o seu aspecto processual determinaria, ao menos em tese, a sua aplicação. Mas, o que se entendeu quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 156/DF[729] (Rel. Min. Carmen Lúcia) foi que a referida norma, que obrigava a realização de depósito do valor da multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo violava direitos fundamentais dos interessados, atraindo a aplicação do *substantive due process* como forma de "controle".

---

lhe será útil ou que, por afrontar certos preceitos superiores, jamais poderá ser concedida. Nem seria economicamente legítimo impor ao adversário despesas para se defender e ao Estado o desperdício de atividades, nessa situação. Tais são as fundamentais razões de fundo ético-econômico que autorizam os condicionamentos impostos pela lei ao direito de ação". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Malheiros. 2004, v. II, p. 296. Por fim, cumpre trazer à baila a visão sistemática apresentada por Cássio Scarpinella Bueno sobre a temática: "As condições da ação, entendidas nesse contexto do 'modelo constitucional do processo civil', têm como finalidade precípua a de evitar o desperdício de tempo e de atividade jurisdicional, racionalizando sua prestação com vistas à concessão da tutela jurisdicional. A opção política feita pelo Código de Processo Civil brasileiro ao disciplinar as "condições da ação" encontra fundamento suficiente no art. 5º LXXVIII, e mais amplamente, antes dele no princípio do devido processo legal do inciso LIV do mesmo art. 5º, ambos da Constituição Federal: as condições da ação são técnicas para implementar maior celeridade processual e, mais amplamente, para a racionalização do exercício da própria atividade judicial, permitindo uma escorreita atuação jurisdicional. (...) É inconcebível, à luz do 'modelo constitucional do processo civil', que o Estado-juiz atue de modo não eficiente, não racionalizado, não otimizado (art. 5º LXXVIII da Constituição Federal). (...) Nesse contexto, as condições da ação têm como objetivo evitar a propositura de ações totalmente descabidas e infundadas e, durante o processo, evitar a prática de atos desnecessários, claramente incabíveis. Trata-se, em última análise, de técnica processual apta a assegurar o mínimo de seriedade na provocação inicial do Estado." BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, v. 1, p. 337-338.

[729] DF – Distrito Federal. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, Pleno. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 156 – DF. Relator (a): Ministra Carmen Lúcia. Julgamento: 18/08/2011. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629193. Acesso em 24-05-2012.

Assim, da mesma forma como é possível superar o princípio do *procedural due process* pelo *substantive due process* para a fase recursal, defende-se sê-lo no marco inicial de um processo, no momento da primeira "manifestação" do direito de ação.

Se se quiser ir um pouco mais a fundo, pode-se apontar na história do Pretório Excelso outro caso em que a sua jurisprudência adotou posicionamento de vanguarda na busca pela concreção de direitos. Ainda na época em que a nossa Corte Constitucional detinha competência para julgar as questões concernentes à violação de legislação infraconstitucional foi editado um Enunciado da súmula da jurisprudência dominante da Corte, o de n. 341[730], estabelecendo, para fins de responsabilização civil, a presunção de culpa do patrão em relação aos atos de seus empregados quando a legislação então vigente preconizava justamente o contrário[731]. O que se vê, então, é que até mesmo uma construção *contra legem* já foi feita pelo Supremo Tribunal Federal quando entendeu ser necessário para a proteção dos direitos daqueles que a Corte Constitucional entendeu restarem prejudicados.

É exatamente neste momento que o princípio do devido processo legal deve incidir para resguardar o direito fundamental que assiste ao apontado réu de não ter o seu patrimônio jurídico e moral, a sua intimidade violada por uma demanda manifestamente infundada. Dito de outra forma, comungar de entendimento diverso implicará num ato irrazoável e desproporcional, que, portanto, acaba por violar o princípio do *substantive due process* na sua facete de proteção de direitos fundamentais[732]. Frise-se bem, a atuação proativa dos magistrados, que tem sido em muito incentivada no sentido de conferir efetividade aos direitos sociais, precisa igualmente preocupar-se em evitar o prosseguimento de demandas manifestamente infundadas.

Assim, do mesmo modo como tomam a frente de processos e adotam medidas que concretizam direitos fundamentais -- ativismo judicial --, devem os magistrados ajustar a sua conduta para, aplicando na prática o princípio do

---

[730] O teor do Enunciado n. 341 é o seguinte: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.".

[731] O art. 1.523 do Código Civil de 1916 previa que: "Excetuada as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte".

[732] Esta facete foi explicitada no Capítulo 2.

devido processo legal tal como acabou de se expor, impedir, desde o seu nascedouro, demandas manifestamente infundadas, sob pena de, não o fazendo, ter-se por violado, a um só tempo e numa só tacada, os princípios da isonomia e da justiça, para não falar dos direitos do réu antes mencionados. Sobre essa intenção, além de tudo o que já foi dito a respeito do papel dos magistrados, chama-se a atenção para as palavras da Min. Eliana Calmon, ressaltando a importância de, ante o aparente antagonismo, servirem os princípios como orientadores da tarefa interpretativa:

> O pós-positivismo inaugura o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico as ideias de justiça e legitimidade materializadas em princípios, assim nominados os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar.
> Os princípios, além de condensarem valores, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo. A tradição jurídico-cristã sempre aceitou a identificação de princípios no ordenamento jurídico, mas somente no pós-positivismo foram eles abrigados pela Lei Maior, com síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema.
> (...)
> Cabe ao intérprete, diante do antagonismo, conciliar o sistema, utilizando-se das ferramentas jurídicas, como a hierarquia, a ordem cronológica ou temporal, a especialização e a ponderação de valores, dentro da ideia do razoável[733].

Apercebendo-se da chegada dessa “nova era”, o Superior Tribunal de Justiça, em caso no qual a questão posta era a de investigação de paternidade, decidiu não só pela possibilidade de ajuizamento da demanda após o prazo previsto na lei, mas também pela possibilidade de dedução de argumentos de defesa que não estivessem expressamente previstos na lei. Eis o elucidativo aresto em que isto restou assentado:

> Civil. Investigação da paternidade. Decadência superada. Interpretação atual do §3º do Art. 178 do Código Civil.
> "Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação". (Min. Eduardo Ribeiro, REsp 194.866/RS).

---

[733] CALMON, Eliana. Princípios e Garantias Constitucionais do Processo. In: Ives Gandra da Silva Martins e Eduardo Jobim (coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 198-199.

> Pelas especiais peculiaridades da espécie, admite-se a ação da paternidade, mesmo quando ultrapassado o prazo previsto no § 3º do art. 178 do Código Civil.
> O aplicador da lei não deve se deixar limitar pelo conteúdo que possa ser percebido da leitura literal e isolada de uma certa regra legal, a ponto de lhe negar sentido e valor.
> "As decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito" (Nelson Sampaio).
> Interpretação atual do § 3º do art. 178 do Código Civil.
> Recurso conhecido e provido[734].

Esta, portanto, é a diretriz que se pretende seguir na interpretação do ordenamento processual pátrio, e com base na qual penso ser possível identificar, diferentemente do que idealizado inicialmente por Liebman, que o direito de ação não está condicionado apenas à verificação das condições da ação já estudadas, mas também a uma nova[735].

5.2 **As condições da ação não são taxativas**

5.2.1 O entendimento tradicional

Como já demonstrado ao longo desse estudo, as condições da ação são um filtro mínimo por que deve passar o demandante que pretende lançar mão

---

[734] Ementa do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial n. 146.548/GO. GO- Goias. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial n. 146548/GO. Relator (a): Ministro Barros Monteiro, Rel p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 29/08/2000. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=63955&num_registro=199700613810&data=20010305&formato=PDF. Acesso em 16-04-2013.

[735] Registre-se, aqui, por sua representatividade, o alerta feito por José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que: “Deficiências técnicas na aplicação da norma são fontes de numerosas desgraças. Para começar, dão ensejo à inútil sobrevivência de boa quantidade de processos que decerto não contribuiriam como contribuem para obstruir os canais judiciais se os juízes deles incumbidos manejassem com maior destreza os instrumentos que lhes oferecem os dispositivos do Código de Processo Civil concernentes ao indeferimento da petição inicial e à extinção do feito qual modalidade de julgamento conforme o estado do processo (arts. 295 e 239, respectivamente).” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. In: José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997, 6ª Série p. 23.

do seu direito de ação. Em outras palavras, as condições da ação servem como um legítimo freio à concretização desse direito fundamental.

Justamente pelo fato de se prestarem ao papel de mitigarem a concretização de um direito de índole fundamental, o entendimento comumente encontrado na doutrina a respeito das mesmas é conservador. Assim se diz, pois, considerando que o direito de ação é um direito fundamental, e levando em conta ainda que o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil somente menciona expressamente a existência de 3 (três) condicionantes a serem preenchidas pelo demandante, o posicionamento mais adotado é aquele que diz ser tal rol taxativo. Leonardo Greco, por exemplo, pactua com tal entendimento, somente admitindo novas condições da ação se criadas por lei, desde que seja um meio de resguardar direito de igual estatura com o qual o direito de ação deva ser conjugado[736].

Contudo, já tendo sido amplamente exposta a necessidade de se efetuar uma leitura mais consentânea do direito de ação com o restante do Texto Constitucional, de modo que o mesmo albergue também as vertentes que envolvem o réu, e tendo em vista a insuficiência das tradicionais condições da ação para impedir o ajuizamento de demandas manifestamente infundadas, notadamente aquelas que, desprovidas de qualquer suporte probatório,

---

[736] GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v. I, p. 237. Dinamarco, Antônio Carlos Cintra e Ada Pelegrini parecem concordar com o fato de somente existirem 3 (três) condições da ação: “Embora abstrato e até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas condições da ação (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação ad causam, ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimendo jurisdicional.” DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 288. Nessa esteira também está a lição de Arruda Alvim, para quem “As condições da ação em nosso ordenamento jurídico, são o interesse de agir, a legitimidade para a causa e a possibilidade jurídica do pedido (arts. 295 e 267, VI do CPC). O art. é expresso: ‘A petição inicial será indeferida: I - quando for inepta; II- quando a parte for manifestamente ilegítima; III- quando o autor carecer de interesse processual (...) Parágrafo único: Considera-se inepta a petição inicial quando: (...) III - o pedido for juridicamente impossível’. Por sua vez, o art. 267, na redação da lei 11.232/2005, determina que deverá ser extinto o processo, sem resolução de mérito, não estando presentes qualquer das condições, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual (inciso VI)”. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 414. Assim também pensa Fredie Didier Jr. DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 1, p. 179.

permitem a famigerada autolegitimação, é importante interpretar a legislação vigente, tornando-a mais consentânea com esta "nova" necessidade[737].

5.2.2 A redação do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil

Nessa linha, o primeiro ponto a ser destacado é o texto empregado pelo legislador quando da elaboração da redação do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, no qual foi empregada a locução "*como*" antes da enumeração das 3 (três) condições da ação, a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido[738]. Partindo da premissa de que tal locução não foi posta no texto legal ocasionalmente pelo legislador[739], é de se concluir que, em verdade, o rol ali exposto é meramente exemplificativo. Esta observação é argutamente feita por Sergio Bermudes, *in verbis*:

> A existência de outras condições da ação, além daquelas indicadas no inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil, encontra-se prudentemente ressalvada, nesse dispositivo, pelo uso da conjunção subordinativa como, destinada à exemplificação não exaustiva[740].

No mesmo sentido, a opinião de Walter Eduardo Baethgen:

> No artigo 267, VI, dizendo o Código: 'quando não concorrer qualquer das condições da ação COMO a possibilidade jurídica, a legitimidade e o interesse processual', deixou claro que as três categorias mencionadas não esgotam todas as condições da ação. Como a falta

---

[737] Saliente-se que "cabe à jurisprudência, assim, caso a caso, a análise das hipóteses em que possa ocorrer a falta de 'condição da ação' e a definição, como tal, de certas circunstâncias que dizem respeito à admissibilidade da 'pretensão processual', apta a ser objeto de futuro julgamento de mérito". BAETHGEN, Walter Eduardo. As "condições da ação" e o novo código de processo civil. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1975, julho / setembro, n. 251, ano 71, p. 23.

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

[739] Até mesmo porque, não se pode olvidar do brocardo de que o legislador não utiliza palavras inúteis.

[740] BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53.

> das condições tem a denominação técnica de 'carência de ação' – expressão, de resto, adotada no Código, artigo 301, inciso X – chegamos à conclusão que a carência de ação pode ser motivada pela falta de ocorrência da possibilidade jurídica, da legitimatio ad causam, do interesse processual OU de outras condições não expressamente mencionadas no Código[741].

Repita-se, se tivesse pretendido o legislador que não fossem criadas ou identificadas no ordenamento processual outras condições da ação, teria ele deixado claro que o rol explicitado no inciso VI do art. 267 do Diploma Processual é taxativo. Todavia, utilizou um vocábulo que dá outra conotação. Esta a opinião de José Ignacio Botelho de Mesquita, para quem o "elenco condições de admissibilidade da ação não pretende ser exaustivo"[742]. Prossegue ele asseverando que devem ser tidas como condições de admissibilidade da ação os requisitos que puderem ser apreciados em decisão preliminar, dando como exemplos a notificação para a constituição do promitente comprador em mora na hipótese da ação de rescisão de contrato de compra e venda, a apresentação do contrato de locação comercial com prazo de pelo menos 5 (cinco) anos na ação renovatória, a existência de título executivo extrajudicial, a existência de sentença condenatória exequível[743].

José Maria Tesheiner é ainda mais contundente ao dizer que "*o art. 267,* VI, admite que se apontem outras condições da ação, além das três mencionadas por Liebman"[744]. Encontra-se também na obra de Donaldo Armelin outra manifestação favorável a este entendimento, esta lavrada nos seguintes termos:

> (...) não se trata de numerus clausus o elenco de condições de admissibilidade da ação, considerada esta como um direito a uma decisão sobre o mérito, no processo de conhecimento[745].

---

[741]BAETHGEN, op. cit., nota 736, p. 23.

[742] MESQUITA, Jose Ignacio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil:* direito de ação, partes e terceiros, processo e política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p.104-105.

[743] MESQUITA, op. cit., nota 741, p. 104-105.

[744] TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e da coisa julgada no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

[745]O autor posteriormente complementa: "Sem embargo da possibilidade de se reduzirem algumas das condições específicas de admissibilidade da ação, arroladas na doutrina, como casos de ocorrência ou inocorrência das condições genéricas, não deve isso implicar um

Ora, se há “autorização legal” para a existência de outras condições da ação que não aquelas expressamente nominadas no referido dispositivo legal, e se, como amplamente demonstrado, o direito fundamental de ação deve ser entendido de maneira mais ampla justamente para reunir também os direitos fundamentais intrinsecamente ligados ao réu, concluo que, mesmo atentando para os requisitos propostos por Leonardo Greco, é possível reconhecer a existência de uma “nova” condição da ação. É que, insista-se, há previsão legal e o objeto desta “criação” é, de fato, resguardar um complexo de direitos fundamentais do réu (propriedade, a honra, vida privada, entre outros).

Sem adentrar nas possíveis críticas[746] que podem ser feitas aos exemplos relacionados pelos juristas acima mencionados, e abstraindo do fato de que as mesmas seriam aplicáveis a demandas específicas, penso que deve ser concebida uma condição da ação capaz de evitar ou ao menos dificultar a distorção causada pelo abstratismo extremado, a autolegitimação. Esta concepção, claro, é fincada na premissa, corroborada por boa doutrina, de que o rol contido no art. 267, inciso VI, do Estatuto Processual é meramente exemplificativo.

5.2.3 Exigência de prova mínima no ordenamento processual civil

A questão da necessidade de uma prova mínima apta a “justificar” a moléstia à esfera jurídica de um indivíduo não é nova no âmbito do direito processual. Com efeito, viu-se no capítulo anterior que no Direito Processual Penal, desde há muito, existe a figura da justa causa, que nada mais é do que

---

esforço de redução às três categorias precitadas, de todas as condições específicas existentes no sistema, pois algumas existem que, pelos seus próprios contornos e especificidade, são insuscetíveis de tal redução.” ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 38-40.

[746] O raciocínio desenvolvido por eles é criticado ao argumento de que alguns dos exemplos, como é o caso do direito líquido e certo no mandado de segurança está umbilicalmente ligado à impossibilidade de dilação probatória, tratando-se, portanto, de pressuposto processual, que não interfere no direito de ação do autor, mas tão-somente – e eventualmente – o direciona para a utilização de outro meio. O mesmo diga-se em relação à comprovação do pagamento ou depósito do valor correspondente aos ônus da sucumbência. É um requisito que em momento algum guarda relação com o direito de ação.

a necessidade de lastro probatório mínimo para a deflagração da ação penal condenatória.

Mesmo ciente de que no processo penal o que está em jogo é possivelmente o maior de todos os direitos -- a liberdade --, certo é que tanto lá como aqui está-se a tratar de moléstia a direito fundamental de que é titular o indivíduo por disposição constitucional, razão pela qual, inexistindo vedação ao reconhecimento de uma "nova" condição da ação e, ao revés, havendo indício de que o rol das condições da ação expendido pelo legislador ordinário é meramente exemplificativo, é possível conceber a justa causa, entendida aqui como o lastro probatório mínimo, como sendo o instrumento hábil a conjugar o direito fundamental de ação com os direitos fundamentais do réu. Tal conclusão, aliás, pode ser extraída de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, conforme visto anteriormente.

Esta assertiva ganha mais força ao se atentar para o fato de que existe não apenas um, mas dois dispositivos de lei que servem de fundamento para a exigência do lastro probatório mínimo. O primeiro deles, inserido no Capítulo que trata da petição inicial, é o art. 283 do Código de Processo Civil, que atribui ao autor o dever de instruir a petição inicial "com os documentos indispensáveis à propositura da ação". Já o segundo, que se encontra localizado no Capítulo atinente às provas, é o art. 396 que, mesmo utilizando redação diversa, impõe o mesmo ônus ao autor[747]. Lapidar, nesse sentido, a lição de Marcos José Porto Soares, Tássio Eduardo Denker, Glaziele Zanardi e Rafaela Maria Maillard:

> A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes": "Por qual razão o Código de Processo Civil, em seu artigo. 282, VI, enaltece como requisito da petição inicial a indicação das 'provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados'? Como explicar ser condição para a propositura da ação, nos termos do art. 283 do mesmo diploma legal, que a petição seja instruída com os documentos indispensáveis? Esses documentos indispensáveis não seriam os demonstradores da fumaça do bom direito, ou seja, da justa causa? Forçoso concluir que o Código de Processo Civil, da mesma forma que o Processo Penal insere, via interpretação sistemática, a justa causa como condição da ação. E por que não dizer a única? O enquadramento da justa causa como única condição

[747] "Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhes as alegações."

> da ação se coaduna perfeitamente com o sistema proveniente do Estado Democrático de Direito moldurado por garantias fundamentais impositivas do dever de assegurar a eficácia dos direitos dos cidadãos. A medida da norma constitucional estampada no art. 5º, XXXV, da CF/1988, a qual estabelece que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' não é absoluta. E, assim, deve ser contrabalanceada com o espírito democrático que vive o nosso Estado de Direito – e, portanto, de justiça. O contraponto à norma do art. 5º, XXXV, está no inc. LIV, do mesmo artigo, o qual prescreve que: 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal[748].

Complementando esta exposição de motivos a respeito do reconhecimento de uma nova condição da ação, traz-se à baila o disposto no art. 284 do Código de Processo Civil[749], normativo que autoriza o magistrado a indeferir a petição inicial caso a mesma não atenda aos requisitos elencados nos arts. 282 e 283, i.e., caso não sejam apresentados os documentos indispensáveis à propositura da demanda. O já citado José Maria Tesheiner, inclusive, exemplifica a carência de ação com diversas hipóteses que versam sobre a falta de prova. Após reconhecer textualmente outras condições que não àquelas expressamente indicadas pelo legislador, diz ele que se incluem na carência de ação os seguintes casos:

> (...) prova do exercício da pretensão (v.g., prévia notificação); prova de ato vinculado ao exercício da pretensão (v.g., prova do depósito preparatório da ação); apresentação de documento reputado indispensável para a propositura da ação, como o título executivo, na ação de execução[750].

Dessa forma, o que se tem é que por meio de dois dispositivos legais o legislador impôs ao autor de uma demanda judicial a obrigação de oferecer, juntamente com a exordial, documentos comprobatórios do direito invocado, estabelecendo uma sanção para tal descumprimento, que é a negativa de continuidade do trâmite da demanda logo em seu nascedouro, dispensando,

---

[748] SOARES, Marcos José Porto *et all*.A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes.In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 195, p. 417-418.

[749] "Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias."

[750] TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e da coisa julgada no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

portanto, o mesmo tratamento dado às condições da ação[751]. Aí está, então, mais um motivo para se considerar tal exigência como inserida neste rol de filtros legítimos ao exercício do direito de ação.

Ora, se além de inexistir vedação ao reconhecimento de uma "nova" condição da ação, ainda há, ao menos em relação ao lastro probatório mínimo (justa causa), dois dispositivos legais que autorizam a sua exigência, bem como há outro que dá à demanda que não cumpre tal disposição o mesmo tratamento daquelas que não preenchem as condições da ação citadas nominalmente pelo Código, concluo que ela pode ser considerada a nova condição da ação, que deve servir como meio de ponderação, um freio legítimo -- posto que destinado a resguardar outros direitos fundamentais de igual importância -- ao direito de ação[752].

Não se ignora que os arts. 283 e 396 do Diploma Processual, quando utilizados para corroborar a tese aqui sustentada podem ser alvo de impugnações. O primeiro em razão da utilização do vocábulo "*indispensáveis*"[753], e o segundo por não estar relacionado no art. 284 do Estatuto Processual como causa de indeferimento da inicial.

Mas, quanto ao primeiro argumento que poderia ser sustentado para contrariar o que se aqui se defende, reporto-me a tudo o que já foi dito neste trabalho a respeito dos direitos fundamentais do réu que se contrapõem ao direito fundamental de ação do autor, bem como à necessidade de se efetuar uma leitura da legislação processual condizente com o arcabouço jurídico

---

[751] Tanto num como noutro caso o que preconiza o Código de Processo Civil é a extinção do feito, sem resolução do mérito.

[752] Penso, inclusive, ser irrazoável, diante de todas essas semelhanças, "classificar" a justa causa em outra categoria.

[753] O festejado José Joaquim Calmon de Passos, traçando uma distinção entre documentos que são necessariamente fonte de prova e outros que somente o seriam de maneira eventual defende a tese de que somente quanto aos primeiros estaria autorizado o indeferimento da petição inicial. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, v. III, p. 197/198. Esta parece ser também a opinião de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 664-665. Mesmo fazendo menção à diferenciação feita por Calmon de Passos, Daniel Mitidiero é enfático ao afirmar que "a petição inicial é o momento para que o autor traga aos autos não só os documentos indispensáveis à propositura da "ação", mas também todo e qualquer documento útil à prova de suas alegações". MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2006, tomo III, p. 164-165.

montado pela Constituição Federal de 1988[754]. A meu ver tais argumentos são os que igualmente autorizam uma interpretação do art. 283, a fim de que nele se entendam compreendidos não apenas os documentos que sejam indispensáveis à propositura da demanda, e dos quais são exemplos clássicos a prova da propriedade em ações em que se discute o domínio, ou a prova do casamento numa ação em que se pretende dissolver o vínculo[755]. Deve nele se inserir os demais documentos que sejam necessários à prova dos fatos alegados pelo autor na petição inicial, argumento que é reforçado com a leitura do já citado art. 396, integrante do mesmo sistema e que, portanto, deve com ele ser conjugado no momento de se delimitar o alcance daquele outro. Elucidativas, neste particular, as palavras de Antonio Carlos de Araújo Cintra ao tecer seus comentários sobre o art. 396 do Diploma Processual:

---

[754] Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: "O direito processual constitucional põe o estudo do procedimento e da relação jurídica processual sob o enfoque das garantias do devido processo legal, do contraditório, da igualdade, da liberdade, etc. – e com isso o estudioso conscientiza-se de que os preceitos e exigências do Código constituem projeção de normas de maior amplitude e mais alta posição hierárquica, sendo indispensável a interpretação sistemática. Daí para entender que o sistema processual é uma conjugação de meios técnicos para a efetividade do postulado democrático da participação em liberdade e com igualdade, o passo é pequeno e já vai chegando à percepção das grandes balizas que se chama justo processo". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 279.

[755] Esta a opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, senão vejamos:
"Os documentos indispensáveis à propositura da ação são os documentos substanciais e os documentos fundamentais. Os documentos substanciais são aqueles que o direito material entende da substância do ato (art. 366, CPC); os fundamentais, aqueles que dizem com a prova das alegações da causa de pedir (...)".MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 293.
Não se pode deixar de registrar que na jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça encontra-se um aresto, aquele proferido nos autos do Recurso Especial n. 114.052/PB no qual este entendimento foi sufragado. Por sua representatividade, transcreve abaixo a ementa da aludida decisão:
"Processo Civil. Documentos indispensáveis à propositura da ação. Oportunidade. Suprimento. Arts. 283 e 284, CPC. Natureza instrumental do processo. Precedentes. Recurso Provido.
I - Somente os documentos considerados "indispensáveis" devem obrigatoriamente ser apresentados com a inicial e com a contestação.
II - A extinção do feito sem julgamento do mérito, em razão da ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação, deve ser precedida da devida oportunidade para suprimento da falha, através da diligência prevista ao art. 284, CPC, em obséquio à função instrumental do processo.
III - Por documentos "indispensáveis", aos quais se refere ao art. 283, CPC, entendem-se: a)- os substanciais, a saber, os exigidos por lei; b)- os fundamentais, a saber, os que constituem o fundamento da causa de pedir". PB – Paraíba. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial n. 114.052/PB. Relator (a): Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 15/10/1998. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199600734704&dt_publicacao=14-12-1998&cod_tipo_documento=>. Acessado em 02-05-2013.

> Ao autor (inclusive nas ações incidentais, como a declaratória e a arguição de falsidade documental) incumbe instruir a inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação (artigo 283), ou seja, os documentos destinados a provar-lhe as alegações (artigo 396). Na realidade, as alegações do autor, referentes a fatos, integram a causa de pedir e os documentos destinados a prová-las, portanto, são indispensáveis à propositura da ação. Verificando o juiz que o autor não instruiu a inicial com o documento indispensável, determinará que este seja apresentado no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento (Código de Processo Civil, artigo 284 e seu parágrafo único)[756].

Em segundo lugar, compartilho da opinião de que a redação do art. 284, ao invés de servir como fundamento contrário ao reconhecimento da justa causa como condição da ação em virtude da utilização do vocábulo "*indispensável*", presta-se ao papel oposto. Isto porque, a parte final do dispositivo menciona que também serão causa de indeferimento a petição inicial outros defeitos e irregularidades que possam dificultar o julgamento do mérito[757]. Não fossem os argumentos de ordem interpretativa a orientar a leitura do art. 283 em conjunto com o art. 396, ambos do Código de Processo

---

[756] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, v. IV p. 148. Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim chegam a citar um exemplo que corrobora o que acabou de ser dito, *verbis*: "Por exemplo, se se pretende desconstituir um determinado contrato, é inegável que o instrumento de contrato é documento indispensável à propositura da ação." ALVIM, Arruda, ASSIS, Araken; ALVIM Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 445. Encontra-se até mesmo amparo jurisprudencial, mais precisamente no e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde a 3ª Câmara Especial Cível, em acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 70.037.968.914, exigiu a juntada de ficha funcional por parte de servidor público que pretendia obter reajuste previsto no art. 8º da Lei n. 10.395/95 sem, contudo, comprovar a sua situação jurídica frente ao réu. RS - Rio Grande do Sul. Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara Especial Cível. Relator (a): Desembargador Leonel Pires Ohlweiler. Jugamento: 25/01/2011. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acessoem 02-05-2013. A mesma decisão, aliás, foi tomada no julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 70043220748. RS - Rio Grande do Sul. Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 25ª Câmara Cível. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 70043220748. Relator (a): Desembargador Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento: 22/11/2011. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70043220748&num_processo=70043220748&codEmenta=4455804>. Acesso em 02-05-2013.

[757] Ao comentar este dispositivo, J. J. Calmon de Passos confirma que, não apresentado documento referido na exordial, caracterizada está a irregularidade apta a ensejar o indeferimento da petição inicial. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, v. III, p. 198. Em idêntico sentido o ensinamento de José Miguel Garcia Medina. MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 308.

Civil, está justamente nesta redação a possibilidade de se chegar à mesma conclusão, tendo em vista que o não atendimento da prescrição contida neste último dispositivo configura uma irregularidade que pode, claro, dificultar o julgamento do mérito[758], eis que não terá o magistrado como aferir, com certeza, se os fatos alegados na inicial são de fato verdadeiros ou ao menos verossímeis.

Chama-se a atenção para este ponto, pois é nele que, aparentemente, José Joaquim Calmon de Passos, atentando para a parte final do art. 284, dá força ao indeferimento da petição inicial mesmo nos casos em que os documentos ausentes não se tratarem daqueles que necessariamente serão prova do direito do autor, bastando apenas que tenham sido indicados na inicial sem, contudo, terem sido apresentados ao magistrado. Veja-se o excerto em que ele se manifesta nesse sentido:

> Ao lado de documentos dessa natureza, outros existem que não são da substância do ato jurídico, mas, apenas, em relação a ele, ou em relação aos fatos simples, têm força probante. Esses documentos não são indispensáveis para a prova do fundamento fático da demanda, que pode vir a ser aceito como verdadeiro pelo magistrado, com apoio em provas de outra natureza: testemunhal, pericial, indiciária e etc.
> (...) Há, entretanto, uma particularidade a ser considerada. O art. 284 acrescenta às previsões dos arts. 282 e 283, como causa de indeferimento da inicial, a existência, nesta peça, de defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito. A ausência de um documento probatório, mencionado na inicial, porém não anexado a ela, pode constituir irregularidade dessa natureza, conseqüentemente, autorizar a rejeição da inicial, se acaso não suprida a falta.[759]

Por mais esta razão, reitera-se que a obrigatoriedade de o autor apresentar, no momento da propositura da demanda, o lastro probatório mínimo dos fatos alegados na inicial, demonstrando, assim, a justa causa que autoriza a perturbação aos direitos fundamentais do réu, não pode deixar de ser reconhecida pelos magistrados quando da primeira avaliação pela qual passa a demanda, que tem aí um filtro legítimo, verdadeira condição da

---

[758] A ausência de documentos dificultará inequivocamente também o exercício do amplo direito de defesa garantido constitucionalmente.

[759] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, v. III p. 198.

ação[760]. É o que se prega como melhor orientação, principalmente se se adotar com premissa que se busca, no Brasil, um Estado de Justiça, bem como que a terceira faceta do princípio do devido processo legal preconiza o baçanceamento constitucional das normas.

Esta posição já encontra reflexos na jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, como se depreende de demanda na qual se pretendia a repetição de indébito tributário, oportunidade em que a 1ª Seção assentou o entendimento de que se faz necessária a comprovação da legitimidade ativa, o que, no caso, significou apresentar a prova de ter sido ele, autor, o responsável pelo pagamento do tributo, causa de pedir que fundamentou o pleito. Eis a ementa do aresto oriundo do julgamento do Recurso Especial n. 1.111.003/PR (julgado em 13.05.09, DJe 25.5.09), que teve como relator o Min. Humberto Martins:

> Processual Civil – Ação de Repetição de Indébito – Taxa de Iluminação Pública – Município de Londrina – Desnecessidade de apresentação de todos os comprovantes de pagamento com a inicial – Apuração do "quantum debeatur" na liquidação de sentença.
> 1. De acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa ad causam do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial.
> Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
> Recurso Especial improvido[761].

---

[760] Cita-se a seguinte analogia para melhor ilustrar o entendimento: “Uma pessoa liga para o corpo de bombeiros e diz que sua casa está pegando fogo. O bombeiro, uma vez acionado, se dirige ao local, mas não vê algum sinal de fumaça e, assim, sem a justa causa não retira os equipamentos do caminhão e vai embora. O juiz, tal como um bombeiro, na função pública, ao se deparar com o conflito posto em juízo precisa ver o fumus bonis juris, que é a justa causa, e, assim, somente diante da fumaça sinalizadora da situação de perigo poderá apagar o incêndio, ou melhor, resolver a lide.” SOARES, Marcos José Porto *et all*.A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes.In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 195, p. 419.

[761] PR – Londrina. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção. Recurso Especial n. 1.111.003/PR. Relator (a): Ministro Humberto Martins. Julgamento: 13/05/2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=882033&sReg=200900156550&sData=20090525&formato=PDF>. Acesso em 02-05-2013.

Por fim, não se deixe à margem um argumento de exclusão que corrobora a conclusão acima expendida. É que, adotando-se como premissa a observação, a meu ver correta, feita por Leonardo Greco[762], no sentido de serem os pressupostos processuais o controle de legalidade que o magistrado, enquanto agente público, realiza da atividade jurisdicional, e não guardando a justa causa qualquer relação com o controle que se exerce sobre a atividade jurisdicional, mas sobre a existência do direito de ação, a classificação que lhe resta é a de condição da ação, já que o seu exame, como visto, também deve ser feito no momento da apresentação da demanda ao Poder Judiciário, evitando a molesta indevida no patrimônio jurídico e moral do apontado réu.

5.2.4 Um *plus*: impedir o abuso do direito de ação

Além de servir como interessante meio de se realizar uma ponderação do direito de ação, considerando também os direitos fundamentais do(s) outro(s) envolvido(s) em uma demanda judicial, esta nova condição da ação proposta para o processo civil pode ter ainda outra importante missão dentro do ordenamento jurídico pátrio, a de ser uma ferramenta contra o abuso do direito de ação[763].

Já se disse anteriormente que um equivocado entendimento acerca do direito de ação aliado a outros fatores (como, por exemplo, a previsão constitucional/legal de um feixe maior de direitos e o maior nível de informação da população) acarretou o fenômeno denominado pela doutrina de demandismo, que traz em seu bojo tanto demandas legítimas que se

---

[762] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15.

[763] Cumpre ressalvar, tal como o fez Helena Najjar Abdo, que “dizer que o poder de ação pode ser objeto de abuso não significa de modo algum negar a garantia fundamental de acesso à justiça. Como se afirmou anteriormente (v. itens 14 e 27.1, supra), a liberdade de que gozam os sujeitos processuais é relativa e não absoluta. Assim, a liberdade no exercício do poder de ação está limitada pela vedação ao abuso do processo”. ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do Processo*. Coleção de Estudos de Direito do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 60, p 191.

encontravam represadas pelos mais diversos motivos, como também demandas manifestamente infundadas, fruto do abuso do direito de ação[764].

Pois bem, o Tribunal da Relação de Lisboa[765], desde o ano de 1941, já manifestou o seu entendimento de que, sendo um direito subjetivo, não poderia o direito de ação ser obstado judicialmente. Naquela oportunidade, foi até mesmo realçado que a atuação do Poder Judiciário seria ainda mais caótica, na medida em que seria assoberbado das ações movidas contra as ações. Diante disso, invocando o supracitado entendimento da Relação de Lisboa, Inacio de Carvalho Neto[766] sustenta que na hipótese de abuso do direito de ação, a defesa dar-se-ia "no próprio processo onde o abuso se verifica". Ou seja, identificada a lide que o citado jurista nomina de temerária[767], a única solução para o réu seria apresentar a sua defesa no próprio processo e aguardar o seu desfecho até ver tal abuso coibido com a decisão final. O Código de Processo Civil de 1939[768] e o atual[769] também possuem previsões

---

[764] Helena Najjar Abdo anota que "Uma das mais primitivas formas de abuso relacionadas ao poder de ação teve origem no período formulário do direito romano, Chamava-se pluris petitio e consistia na conduta do autor que se utilizava das formulas disponíveis para reclamar do réu uma prestação diversa daquela efetivamente devida ou fazê-lo antes do respectivo vencimento. A sanção imposta à pluris petitio era a extinção do processo, com a possibilidade , porém, de o autor repropor a demanda". ABDO, op. cit., nota 759, p. 191.

[765] Eis um trecho da decisão:
"E mal iria a vida dos tribunais se o fosse! Uma verdadeira babel de ações surgiria se fosse lícito atacar-se uma ação com outra ação com fundamento como é o conceito do abuso do direito, ficando pelas ruas da amargura a força, a certeza do caso julgado. Por isso é que, apesar de o novo Código Civil ter admitido a figura jurídica do abuso de direito (art. 334º), se não acrescentou, na reforma do Código de Processo Civil levada a efeito pelo Decreto-Lei 47.960, de 11.05.1967, como fundamento do recurso de revisão previsto neste Código o abuso do direito. E isto apesar de os Professores Manuel de Andrade e Vaz Serra se terem pronunciado favoravelmente à inclusão de tal fundamento de revisão na nossa lei processual.". O referido acórdão da Relação de Lisboa de 16.04.1941, na Revista dos Tribunais (portuguesa), 26º, p. 188.

[766]NETO. Inacio de Carvalho. *Abuso do Direito.* 5. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p.240.

[767] Segundo a lição de Pedro Baptista Martins, "a lide temerária caracteriza-se então pelo desequilíbrio dos interesses em conflito, pela desproporção entre a utilidade cuja reintegração a ordem jurídica visa a assegurar e os danos que o destinatário, desnecessariamente, em virtude de uma escolha inconsiderada, ocasiona ao seu adversário." MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do Direito e o ato ilícito*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 77.

[768] Dispunha o seu art, 3º que "responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro."

[769] Atualmente a questão é resolvida em torno da litigância de má-fé, que também soluciona a questão por meio das perdas e danos, in verbis:
"Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

de soluções paliativas, estabelecendo sanções para a questão do abuso de direito.

Mas, com as devidas vênias ao entendimento ao qual se fez referência, penso que esta não se amolda a melhor leitura da Constituição Federal e dos princípios que instruem o processo civil contemporâneo. Primeiramente, e isto nem seria necessário mencionar, a solução preconizada pela doutrina e por ambos os diplomas legais atenta, numa só penada, contra a economia processual[770], a celeridade e a eficiência, este último princípio constitucional insculpido no *caput* do art. 37 da *Charta Magna*[771]. Insta repisar, é absolutamente despropositado que se resolva em perdas e danos questão que pode ser evitada por meios processuais legítimos, in casu, o reconhecimento e aplicação de uma nova condição da ação.

Não fosse isso razão suficiente, é de se lembrar que permitir o prosseguimento de uma demanda manifestamente infundada, ou, no dizer de Inacio de Carvalho Neto e Pedro Baptista Martins, de uma lide temerária, significa compactuar com a afronta aos já exaustivamente mencionados direitos fundamentais do réu. Por tal razão, o argumento definitivo em favor de se apresentar uma nova solução para a questão do abuso do direito de ação é o de que, como adverte José Olímpio de Castro Filho[772], *"*o dolo no processo

---

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
II - alterar a verdade dos fatos;
III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório."

[770] Luiz Machado Guimarães recorda dois princípios que decorrem do princípio da economia processual em comento: "O primeiro, que pode ser denominado princípio da inadmissibilidade das demandas inviáveis, é tradicional em nosso processo e caracteriza o vício conhecido por inépcia do libelo. O segundo, a que se pode dar o nome de princípio de saneamento do processo, visa impedir que se realize a audiência de instrução e julgamento sem que haja certeza, ou probabilidade de ser proferida decisão sobre o mérito.". GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito processual civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 104.

[771] Este princípio mostra-se de tal forma relevante para a ordem processual que consta expressamente do Projeto de Lei n. 8.046/2010, que tramita perante o Congresso Nacional e veicula proposta de um novo Código de Processo Civil.

[772]FILHO, José Olímpio de Castro. *Abuso do Direito no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, p. 32.

não tem como sujeito passivo somente a outra parte, como ocorre no direito privado, mas também o próprio Estado*"*. Diante disso é que ganha força o movimento que busca encontrar dentro do ordenamento jurídico pátrio um meio de se evitar os danos causados pelo abuso do direito de ação, sejam eles direcionados ao réu ou ao Estado.

Ademais, é indispensável que se reconheça a existência do abuso do direito de ação não apenas nas hipóteses descritas no art. 17 do Estatuto Processual vigente, e que somente se configuram quando já ajuizada uma demanda, vale dizer, quando já concretizados os tais prejuízos. Quanto ao tema da abrangência do abuso do direito de ação, Carlos Aurélio da Mota de Souza[773] assevera que "a aplicação deste não deveria ficar limitada às poucas referências do Código de Processo Civil, mas ser estendida a toda situação de real ofensa à ordem jurídica ocorrente no processo", ao passo que José Manuel de Arruda Alvim[774] afirma categoricamente que a pretensão não pode ser abusiva. Unindo-se uma e outra lição doutrinária, pode-se dizer que uma pretensão é também abusiva se contraria a ordem jurídica processual. Assim, se nesta ordem jurídica processual está inserida a necessidade de se preencher uma nova condição da ação, que é o lastro probatório mínimo (justa causa), que, insista-se, possui até mesmo autorização legal para sua exigência (*ex vi* arts. 267, inciso VI, 283 e 396, todos do Código de processo Civil), tem-se como caracterizado o abuso do direito de ação sempre que o autor não fundamentar sua pretensão num mínimo de provas que tornem os fatos articulados na exordial verossímeis. Nesse sentido, Gino Zani propõe que:

> (...) o ilícito processual não poderá ser procurado no direito de ação, mas na antijuridicidade da pretensão, na falta de fundamento do direito de ação, e enfim na desonestidade e delituosidade dos meios instrumentais eventualmente postos em ação[775] (grifo nosso).

---

[773] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do Juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabri, 1987, p. 68.

[774] A afirmação é de que "o direito de ação, que é faculdade de acionar a jurisdição, deve conter uma pretensão, e este é que não deve ser abusiva (...)".ALVIM, José Manuel de Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, v. II, p. 150.

[775] Tradução livre feita a partir do original: "(...) l'illecito processual non pòtra ricercarsi nel diritto di azione, ma nella antigiuridicità della pretesa, nella infondatezza del diritto sostanziale che voleva farsi valere attraverso il diritto di azione, ed infine nella disonestà e delittuosità dei mezzi strumentali eventualmente posti in opera." ZANI, Gino. *La mala fede nel processo civile*. Roma: Società Editr. Del Foro Italiano, 1931, p. 77.

Pelo que se observa a falta de fundamentação da pretensão, onde por certo pode ser incluída a ausência de prova mínima dos fatos articulados pelo autor na petição inicial, também podem ser tida como abuso do direito de ação. Diga-se, quanto ao particular, que esta parece mesmo ser a melhor interpretação do instituto, na medida em que, se se considerasse existente o abuso do direito de ação somente quando houvesse o deliberado intento de prejudicar o réu com a propositura de uma demanda, vale dizer, quando houvesse dolo por parte do autor[776], ter-se-ia o problema explicitado por Caio Mario da Silva Pereira[777], no sentido de ser assaz difícil, quiçá impossível, adentrar na consciência do indivíduo para de lá extrair a sua intenção, a sua vontade. Em outras palavras, a se compactuar com tal entendimento, mais uma vez estar-se-ia dando azo a que o réu continuasse a ser molestado por demandas manifestamente infundadas ou que tenham como intento não a salvaguarda de direitos legítimos, mas sim até mesmo a coação de indivíduos[778].

Para que não se fique no vazio das situações hipotéticas, registre-se aqui um “evento” que ganhou as páginas do noticiário. Está-se a falar do caso em que, em virtude de uma reportagem divulgada pelo jornal Folha de São

---

[776] Nesse sentido, vale apena transcrever os ensinamento de Francesco Cordopatri para quem somente se verifica o abuso do processo se houver desvio de finalidade na sua utilização: “L'abuso del processo risiede, come si è avuto modo di ribadire nel tempo, nella distorsione dell'impiego dello strumento processuale o addirittura del singolo atto processuale.” Na tradução livre: “O abuso do processo reside, como já tive oportunidade de dizer, na distorção do emprego do instrumento processual ou mesmo do ato processual singular.” CORDOPATRI, Francesco. L’abuso del processo nel diritto positivo italiano. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: Cedam, 2012, julho / agosto, v. 67, n. 4, p. 885.

[777] Ao dissertar sobre a tradicional noção de “dolo”, assim se manifesta o insigne jurista:
“O elemento fundamental de sua verificação, para a concepção tradicional, estava no animus nocendi, intenção de causar o mal, de difícil e às vezes impossível objetivação na prática, porque se é fácil provar a transgressão, e se o efeito danoso logo se consigna, a intenção é de evidenciação difícil, em razão da sua extrema subjetividade e seu menor grau de exteriorização”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, v. II ,p. 313.

[778] Calamandrei, em seu clássico ensaio que equipara o processo a um jogo, ilustra com um exemplo prático, por ele vivenciado, o emprego do processo como instrumento de concorrência desleal. Um sujeito propôs contra seu concorrente uma demanda infundada, atribuindo-lhe uma conduta fraudulenta ou, de algum modo, incorreta. Como a intenção era de arruinar comercialmente o adversário, pouco importou o resultado final da demanda, pois, por ocasião da sentença, a reputação do concorrente já estava maculada, principalmente em razão da divulgação da notícia acerca da propositura da demanda pela imprensa. CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuco*. Pádua: Rivista di Diritto Processuale, 1950, v. 5, Parte I. p. 35.

Paulo a respeito da Igreja Universal do Reino de Deus, o veículo de comunicação passou a ser alvo de uma enxurrada de ações indenizatórias ajuizadas por pastores nas mais diversas localidades do Brasil, incluindo aí algumas em que o jornal nem sequer circulava. Outra reportagem veiculada na revista "Época" ainda menciona outros *cases* semelhantes envolvendo a imprensa, sendo uma delas noticia o ajuizamento de 1.120 (mil cento e vinte) processos contra o jornal "O Dia" por policiais militares integrantes de uma associação como consequência de uma reportagem na qual policiais militares eram acusados de serem bandidos. Outro caso citado foi o do ajuizamento de 132 (cento e trinta e dois) processos contra a "TV Globo" pelo fato de o programa humorístico "Casseta & Planeta Urgente" haver ironizado a atitude de policiais que teriam praticado agressões a moradores da comunidade Naval, em Diadema[779].

A utilização dessa estratégia -- a de utilizar demandas judiciais em manifesto "desvio de função" -- foi também anunciada pelo presidente da Força Sindical, cuja intenção, segundo dito, era a de ajuizar entre 1.000 (mil) e 2.000 (dois mil) processos contra a "Folha de São Paulo" e o jornal "O Globo" por força de reportagens que abordavam o tema do repasse de verbas feito pelo Ministério do Trabalho. Extrai-se da reportagem divulgada pela Folha de São Paulo a seguinte fala do dirigente sindical:

> Pode perder, não tem problema. Vou dar um trabalho desgraçado para eles. Meu negócio é dar trabalho para eles. Não é nem ganhar. É só para eles aprenderem a respeitar as pessoas. Eu estou fazendo apenas 20. Se não parar, vou fazer de 1.000 a 2.000 ações contra eles no Brasil inteiro[780].

---

[779] As informações foram obtidas em reportagem divulgada pela Revista Época. LEAL, Andrea. Justiça ou Retaliação? In: *Revista Época*. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR82062-6009,00.html>. Acesso em 21-01-2013.

[780] A reportagem da Folha de São Paulo. MATAIS, Andreza; LIMA, Sérgio. Presidente da Força Sindical diz que vai processar jornal. In: *Folha de São Paulo*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0603200806.htm>. Acesso em 24-04-2013. A reportagem da revista "Veja". AZEVEDO, Reinaldo. Presidente da Força Sindical diz que vai repetir estratégia da seita e processar jornais só "pra dar um trabalho desgraçado" pra eles. In: *Revista Veja*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/presidente-forca-sindical-diz-que-vai-repetir-estrategia-seita-processar-jornais-so-para-dar-um-trabalho-desgracado/>. Acesso em 24-04-2013.

Esta mesma notícia foi divulgada pela revista “Veja”, na qual o jornalista Reinaldo Azevedo fez a mesma indagação que ensejou o objeto deste trabalho, *inverbis*:

> Eis aí. Este grande líder operário está dizendo o que entende por Justiça, democracia e liberdade de imprensa. Mais notável ainda: ao dizer o “pode perder”, parece reconhecer que, de fato, não há motivos para os processos. Mas ele não esconde de ninguém que sua intenção é usar a Justiça para constranger jornais e jornalistas. Quer aporrinhar mesmo. Demostra a clara intenção de usar um dos Poderes da República como instrumento de vingança. Pergunto aos juristas que me lêem? E pra isso? Não cabe processo?[781].

Ressalva importante a ser feita dentro do que se está a defender neste trabalho é a de que a intenção, em momento algum, é a de inibir o legítimo exercício do direito de ação. Não se quer, como fez a 2ª Turma do e. Tribunal Superior do Trabalho, ir ao extremo para reconhecer como abuso do direito de ação o simples decurso de longo lapso temporal até o ajuizamento de Reclamação Trabalhista[782], mas apenas estabelecer um limite razoável -- lembre-se, dentro da moldura posta pela Constituição Federal e dos limites impostos pela legislação infraconstitucional -- para impedir que indivíduos imponham sacrifício injusto e desmedido ao réu, em verdadeira violação de direitos fundamentais.

---

[781] A reportagem da revista “Veja”. AZEVEDO, Reinaldo. Presidente da Força Sindical diz que vai repetir estratégia da seita e processar jornais só “pra dar um trabalho desgraçado” pra eles. In: *Revista Veja*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/presidente-forca-sindical-diz-que-vai-repetir-estrategia-seita-processar-jornais-so-para-dar-um-trabalho-desgracado/>. Acesso em 24-04-2013.

[782] Tal fato ocorreu no julgamento do Recurso de Revista n. 590132-31.1999.5.09.5555. RR – Roraima.Órgão Julgador: Tribunal Superior do Trabalho, 2ª Turma. Recurso de Revista n. 590132-31.1999.5.09.5555 / RR.
Relator (a): Ministro Vantuil Abdala. Julgamento: 25/10/2000. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR - 590132-31.1999.5.09.5555&base=acordao&numProcInt=71245&anoProcInt=1999&dataPublicacao=17/11/2000 00:00:00&query=>. Acesso em 16-04-2013. Registre-se, contudo, que tal entendimento foi posteriormente revisto quando da edição do Orientação Jurisprudencial n. 399 da Seção de Dissídios Individuais I, do e. Tribunal Superior do Trabalho, cuja redação é a seguinte:
“Estabilidade provisória. Ação trabalhista ajuizada após o término do período de garantia no emprego. Abuso do exercício do direito de ação. Não configuração. Indenização devida.”

5.2.5 A justa causa no processo civil brasileiro

Já se fez a defesa neste trabalho acerca da existência, no ordenamento processual civil brasileiro, da previsão genérica da exigência de apresentação do lastro probatório mínimo no momento da propositura da demanda judicial. Mas, além disso, identifica-se na legislação esparsa pelo menos 3 (três) hipóteses específicas em que o legislador, possivelmente inspirado na intenção de impedir o abuso do direito de ação e resguardar os direitos fundamentais do réu, parece ter pretendido fazer esta mesma exigência. Esmiúça-se.

A primeira situação específica que pode ser mencionada é a da Ação de Improbidade, prevista na Lei n. 8.429/92. Neste diploma legal há um dispositivo que contém determinação explícita para a apresentação da prova mínima juntamente com a petição inicial. Este é o teor do §6º do art. 17 da Lei n. 8.429/92[783]. Apreciando esse requisito da petição inicial da ação prevista na Lei n. 8.429/92, o e. Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de ser exigível, no âmbito da Ação de Improbidade, esta nova condição autônoma da ação[784], a justa causa, o suporte probatório mínimo. Veja-se trecho lapidar de acórdão proferido pela e. Corte Federal:

---

[783] "Art. 17. omissis
(...)
§6º. A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil".

[784] O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Cesar Asfor Rocha também já teve a oportunidade de se manifestar sobre autonomia da justa causa enquanto condição da Ação de Improbidade, senão vejamos:
"Devo referir que alguns autores entendem, mas sem razão, ao meu ver, que a justa causa estaria encampada pela possibilidade jurídica, ou pelo interesse, de sorte que, mesmo respeitando essa posição (que tem os seus fundamentos explicitados com argúcia), sigo a orientação que afirma que a justa causa - nas ações sancionatórias - constitui um requisito autônomo e distinto daqueles outros três, ou seja, nas ações sancionatórias há um quarto elemento circunstanciador da sua promoção.
Rememoro que a noção de justa causa - conforme as várias teorias jurídicas a seu respeito - nasceu no domínio do Direito Processual Penal moderno, como condicionante da denúncia criminal, figurando como uma exigência que não pode ser contornada, e cuja ausência enseja um dos mais graves defeitos da promoção judicial penal - a inépcia da denúncia apresentada pelo Ministério Público - cuja rejeição se impõe ao Juiz que a analise e, se assim não o fizer, abre-se a oportunidade para a obtenção de ordem de Habeas Corpus, para impedir (ou trancar) o trâmite daquela promoção inepta, por falta de justa causa.
Pois essa exigência (da justa causa) e esse cortejo de efeitos também se fazem presentes na análise da inicial da ação por ato de improbidade administrativa (e de todas as ações

> (...) 3. As ações judiciais fundadas em dispositivos legais insertos no domínio do Direito Sancionador, o ramo do Direito Público que formula os princípios, as normas e as regras de aplicação na atividade estatal punitiva de crimes e de outros ilícitos, devem observar um rito que lhe é peculiar, o qual prevê, tratando-se de ação de imputação de ato de improbidade administrativa, a exigência de que a petição inicial, além das formalidades previstas no art. 282 do CPC, deva ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade (art. 17, § 6o. da Lei 8.429/92), sendo certo que ação temerária, que não convença o Magistrado da existência do ato de improbidade ou da procedência do pedido, deverá ser rejeitada (art. 17, § 8o. da Lei 8.429/92).
> 4. As ações sancionatórias, como no caso, exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação.
> 5. In casu, o douto Magistrado a quo, apesar de ter analisado e afastado cada uma das preliminares arguídas pelos réus em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte, deixou de demonstrar a existência de indícios da prática do ato ímprobo e deautoria do ilícito, ou seja, a justa causa para a propositura da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa[785].

---

sancionadoras), que deverá trazer no seu contexto a demonstração da seriedade e da consistência da promoção, mostrando - não apenas com esforço narrativo, mas com elementos materiais seguros e confiáveis - a materialidade do ilícito que se aponta e indicando, também com dados suficientes, seguros e sérios, quem seja o seu praticante; pode-se afirmar que sem essa demonstração objetiva, não estará satisfeita a exigência da justa causa". ROCHA, Cesar Asfor. *Breves Reflexões Críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 28.

[785] Trecho extraído da ementa do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial n. 952.351/RJ. RJ – Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Recurso Especial n. 952.351/RJ. Relator (a):. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 04/10/2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1184537&num_registro=200701131286&data=20121022&formato=PDF. Acesso em 13-04-2013. Este entendimento já foi reiterado em outra oportunidade pela e. Corte Federal, como se infere da leitura do seguinte aresto:
Administrativo. Ação de Improbidade. Assinatura de convênio. Ministério da Saúde. Ato de delegação. Responsabilidade. Delegatário. Ausência de Justa Causa.
- Não caracterizada a justa causa para a ação de improbidade ajuizada contra agente público que não assinou o termo do convênio cuja higidez é questionada, impõe-se a sua exclusão do polo passivo da demanda.
Recurso especial conhecido e provido.
Este acórdão foi proferido quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.294.281/RJ. TJ – Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. Recurso Especial n. 1.294.281/RJ. Relator (a): Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 26/06/2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1161903&num_registro=201102758322&data=20120802&formato=PDF. Acesso em 19-04-2013.
A exigência da justa causa ainda pode ser depreendida de outros dois acórdãos que, apesar de não a mencionarem expressamente, julgaram ações de improbidade em que a petição inicial foi "recebida" em virtude da existência de indícios mínimos, quais sejam, o Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.317.127/ES. ES – Espírito Santo. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. Recurso Especial n. 1.317.127/ES. Relator (a): Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 07-03-2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1215317&num_registro=201200650739&data=20130313&formato=PDF. Acesso em 19-04-2013.

Nesse diapasão, é de todo oportuna a lição de Adilson Abreu Dallari, que, comovido com o constrangimento do agente público que não deu causa às suspeitas infundadas do cometimento de um ato de improbidade administrativa, anota:

> (...) é um constrangimento, de qualquer maneira, para qualquer pessoa, ser processado. Uma autoridade pública, quando é processada, tem um desgaste muito maior que qualquer cidadão, porque o simples fato de ser processado tem grande repercussão política na pessoa. Esse risco, bastante concreto, desestimula gente decente, honesta, correta, a ousar trabalhar na Administração Pública[786].

O doutrinador Mauro Roberto Gomes de Mattos, dissertando sobre a temática, defende que a adoção, pelo legislador, da justa causa como uma nova condição da Ação de Improbidade foi motivada pelas injustiças geradas pelo abuso do direito de ação:

> A prudência é necessária para conferir uma dose de temperamento no direito de acionar, pois a ninguém é dado o direito de utilizar a via da ação de improbidade administrativa para atingir o homem público, sem que estejam presentes indícios ou justificações concretas e sérias, obtidas por meios lícitos, não decorrendo da criação intelectual de quem quer que seja. Verificadas muitas injustiças, com o manejamento de ações de improbidade administrativas natimortas, sem nenhuma possibilidade jurídica, o legislador baixou fórmula que interditava a humilhação do homem público do bem, tendo em vista que o art. 17 e seus §§ 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11 foram construídos para curar chagas de injustiça, verificadas com a utilização indevida de ações insubsistentes, com falsa ou precária motivação de improbidade administrativa[787].

Por fim, cite-se o aresto proferido quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.403.624/MT. MT – Mato Grosso. Órgão Julgador: Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.403.624/MT. Relator (a): Ministro Castro Meira. Julgamento: 07-02-2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1117905&num_registro=201100868892&data=20120216&formato=PDF. Acesso em 19-04-2013.

[786]DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública. In: Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo Porto Filho (coords).*Improbidade administrativa* - questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35.

[787] MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade Administrativa, os direitos dos administrados dentro da Lei n. 8.429/92*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 545. No memso sentido, a lição de Waldo Fazio Júnior, asseverando que não poder ser este veículo processual um instrumento de revanchismo, decorrendo daí a necessidade de se exigir o preenchimento de requisitos mínimos, senão vejamos: “A representação não é veículo para escoamento de revanchismos e perseguições, mormente quando se imputa ilícito ao Chefe do Executivo municipal. E nem o ocupado Ministério Público serve ao propósito de instrumentalizar querelas pessoaos. É, precisamente, por essas razões que a lei reclama a

E prossegue afirmando que:

> Essa proliferação de ações ilegítimas não se encerra rapidamente, pois nosso sistema processual é extremamente perverso, com uma tramitação lenta, parece concebido para que o processo não termine, sangrando o réu da ação quase até a morte, pois a simples propositura de tão grave ação de improbidade administrativa é um ultraje para quem não deu azo ao seu enquadramento[788].

Oportuno aqui trazer à colação -- posto que guarda estreita relação com o tema deste estudo -- as palavras de Cássio Scarpinela Bueno, que não só relaciona a exigência da apresentação do suprote probatório mínimo com as disposições já existentes no Código de Processo Civil brasileiro, como ainda destaca as danosas consequências advindas de sua inobservância, *inverbis*:

> A "legislação vigente" referida pelo final do dispositivo é suficientemente clara, de qualquer sorte, quanto à necessidade de as provas dos fatos alegados na petição inicial já acompanharem a prática daquele ato, ou, quando impossível, que tal circunstância seja devidamente justificada. Claros neste sentido não só o art. 283 do Código de Processo Civil mas também os arts. 396 e 397, que só admitem a juntada de documentos depois da petição inicial (e da contestação) quando forem novos, assim entendidos aqueles "(...) destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos".

---

observância de pressupostos mínimos para peça delatíoria". JÚNIOR, Waldo Faio. *Improbidade Adminitrativa e Crimes de Prefeitos*: comentários, artigo por artigo, da Lei n. 8.429/92 e DL 201/67. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 258. Pouco depois, conclui ele que "quando se menciona como requisito necessário da representação 'a descrição de ato de improbidade administrativa', o que se pretende é que descreva ato ou fato, em tese, danoso à administração pública, acompanhada de um mínimo de elementos atinentes ao fato". JÚNIOR, Waldo Faio*. Improbidade Adminitrativa* e Crimes de Prefeitos: comentários, artigo por artigo, da Lei n. 8.429/92 e DL 201/67. 3; ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 260. A exigência da apresentação da prova mínima juntamente com a inicial da Ação de Improbidade no intento de impedir as lides temerárias pode ser lida ainda nas obras de Marino Pazzaglini Filho (FILHO, Marino Pazzaglini. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*: aspectos constitucionais, administrativos, civis criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 166) e Sérgio Monteiro Medeiros, para quem a "intenção é reforçar que a inicial deve trazer mínimo lasto probatório documental acerca da existência e circunstância dos atos de improbidade imputados, ou articular justificação apontando indícios de sua prática, ou, pelo menos deduzir fundadas razões para que essas provas não estejam sendo apresentadas", donde conclui que "percebe-se clara preocupação de evitar ações temerárias, em razão da gravidade das consequências advindas da propositura de uma ação de improbidade administrativa, mas a remissão expressa desnecessária aos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil, conforme denuncia o contexto em que a inovação foi concebida, tem por escopo conter a propositura dessas ações [...]". MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa*: comentários a anotações jurisprudenciais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 200-201.

[788] MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade Administrativa, os direitos dos administrados dentro da Lei n. 8.429/92*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 546.

> [...]
> Talvez porque a prática forense atenue o (aparente) rigor da lição de Calmon de Passos, calcada no texto processual civil, o §6º do art. 17 da Lei 8.429, de 1992, parece querer deixar bem claro que tudo o que for passível de prova já com a petição inicial deve ser produzido de plano. De outra parte, deve merecer justificação eventual falta de apresentação de tais documentos ou elementos com a inicial, dando-se aplicação escorreita, destarte, ao comando do art. 282, VI, do Código de Processo Civil, isto é, pugnando-se e justificando-se, na inicial, pela produção de outras provas, que, por uma razão ou por outra, não puderam ser apresentadas já com a petição inicial (rectius: se pré-constituída). Tudo – até em função da remissão expressa aos arts, 16 a 18 do Código de Processo Civil – em nome de uma maior seriedade na propositura de ações de improbidade administrativa, coibindo-se, assim, o que a praxe denomina de "aventuras processuais"[789].

Como se vê, os mesmos argumentos deduzidos anteriormente na defesa da uma nova condição da ação no ordenamento processual são agora utilizados para este instrumento especial, a Ação de Improbidade, o que serve de reforço para o raciocínio antes expendido. Diz-se isso, pois, mesmo reconhecendo-se que a exposição de uma figura pública possui repercussão inegavelmente maior, não se pode, em hipótese alguma, ignorar que também o indivíduo "comum", aquele que não ostente a condição de figura pública, sofre as mazelas de ter ajuizada contra si demanda judicial, mesmo que de improbidade administrativa, o que é perfeitamente possível ante a previsão do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa[790].

Em segundo lugar, pode-se apontar a hipótese da Ação Civil Pública, instrumento previsto na Lei n. 7.347/85. Em que pese o aludido diploma legal não indicar expressamente como requisito da petição inicial a juntada do lastro probatório mínimo, não se pode ignorar que ele, além de determinar a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil[791] -- o que, por si só, já seria suficiente justificar a exigência --, ainda prevê ao menos dois meios para a

---

[789] BUENO, Cássio Scarpinela. O Procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). In: Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo Porto Filho (coords.) *Improbidade Administrativa*: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

[790] "Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."

[791] Eis o teor do art. 19 da Lei da Ação Civil Pública:
"Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.689, de 11 de janeiro de 1973, naquilo que não contrarie suas disposições.".

obtenção do suporte probatório necessário ao ajuizamento da demanda, quais sejam, o pedido de informações e o inquérito civil. Com efeito, encontra-se no *caput* do art. 8º da Lei da Ação Civil Pública a previsão de que "o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias", donde se extrai que, inexistindo limitação, qualquer dos legitimados para a propositura da demanda poderá efetuar o pedido de informações. E, ademais, encontra-se no §1º do referido dispositivo a previsão específica para que o Ministério Público presida o inquérito civil[792], também destinado a coletar provas necessárias ao ajuizamento da Ação Civil Pública, sendo certo que quanto a isso ainda há expressa previsão, no art. 9º, de que, inexistindo fundamento para o ajuizamento, deverá ele manifestar-se pelo arquivamento do inquérito civil[793].

Especificamente quanto a este último instrumento, o inquérito civil, duas observações merecem ser feitas: a primeira é que ele está para a Ação Civil Pública como está o inquérito policial para a ação penal condenatória, isto é, servindo como instrumento de obtenção da prova mínima, verdadeiras peças de informação que vão embasar, ou não, eventual demanda judicial posterior[794]. Já a segunda é a de que a não obtenção desse lastro probatório mínimo no inquérito civil acarretará o não ajuizamento da Ação Civil Pública, o que equivale a dizer que, mesmo não havendo norma expressa exigindo a prova mínima como requisito da petição inicial, a sua necessidade pode ser

---

[792] "Art. 8º. omissis
§1º. O Ministério Público poderá instaurar, sob a sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis".

[793] "Art. 9º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente".

[794] Eis a lição de Waldo Fazio Júnior sobre o inquérito civil ao cuidar da Ação de Improbidade: "O inquérito civil é pricedimento administrativo de caráter investigatório cujo objetivo é coletar subsídios para a ação civil destinada a responsabilizar os autores de atos de improbidade, eventualmente promover o ressarcimento do erário lesado ou a recuperação de bens objeto de enriquecimento ilícito e, de forma geral, vindicar a aplicação das severas sanções estipula na LIA. É um complexo operacional investigatório que conduz ao diagnóstico ministerial sobre a viabilidade de aforar ação civil pública". JÚNIOR, Waldo Faio. *Improbidade Adminitrativa e Crimes de Prefeitos:* comentários, artigo por artigo, da Lei nº 8.429/92 e DL 201/67. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 255.

deduzida do dispositivo que preconiza o arquivamento do inquérito civil caso não seja verificado o fundamento para a demanda.

O terceiro veículo processual no qual pode ser identificada a necessidade do lastro probatório mínimo como condição da ação é no Mandado de Segurança, com sede constitucional no art. 5º, inciso LXIX[795], e atualmente regulamentado pela Lei n. 12.016/09 e que prevê, logo em seu art. 1º, que poderá utilizar o *mandamus* o titular de direito líquido e certo[796], sendo este, no escólio de Hely Lopes Meirelles[797], aquele *"que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração".* Nos dizeres do Min. Sepúlveda Pertence, o direito líquido e certo na esfera mandamental é:

> (...) pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se baseia a pretensão do impetrante e não a procedência desta, matéria de mérito[798].

Não se desconhece a controvérsia existente acerca do direito líquido e certo em sede de Mandado de Segurança, havendo aqueles que entendem significar isso um pressuposto processual[799] que, acaso não verificado, não

---

[795] "Art. 5º. omissis
(...)
LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;".

[796] O art. 1º da Lei n. 12.016/09, que praticamente reproduz a redação do art. 1º da Lei n. 1.533/51, diz o seguinte:
"Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpusou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

[797] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 37.

[798] RS – Rio Grande do Sul. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. Recurso Extraordinário n. 117.936. Relaltor (a): Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 20/11/1990. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206971. Acesso em 02-05-2013. Acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília: STF, 1990, setembro de 1990, n. 133, p. 1314. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/133_3.pdf>. Acesso em 02-05-2013.

[799] GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44. FRANCAVILLA, Enrico. *Mandado de segurança*: Teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2013, p.

impede seja utilizado outro meio processual, como a ação ordinária, onde será possível até mesmo a obtenção de tutela de urgência, se for o caso, e outros que o compreendem como sendo o próprio mérito do Mandado de Segurança[800]. Todavia, a partir da definição dada pelo Min. Sepúlveda Pertence, de que o direito líquido e certo é um requisito específico para a ação denominada "Mandado de Segurança", o que se tem é que, se não verificado no caso concreto, não tem o indivíduo direito a utilizar este remédio constitucional específico, razão pela qual é de se considerá-lo verdadeira condição da ação[801].

50-51. Nesse sentido está ainda o posicionamento do processualista Pontes de Miranda, ao afirmar que "A sentença desfavorável, na ação de mandado de segurança declara, mas, se a decisão se fundou em que não havia certeza e liquidez, não há sentença sobre o mérito, mas sim sentença de inadmissibilidade da pretensão processual. O autor tinha a pretensão à tutela jurídica, exerceu-a, mas a pretensão processual não foi de admitir-se, porque são pressupostos da admissibilidade do remédio jurídico processual a certeza e a liquidez". *Comentários à Constituição de 1967*, *com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, tomo V, p. 367.

[800] Na crença de que o direito líquido e certo pertence à ordem jurídica material, Alfredo Buzaid afirma que o direito líquido e certo "é a idéia de sua incontestabilidade, isto é, uma firmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou um abuso de direito" E explica: "A lei contém uma vontade abstrata. Não é o juiz que torna concreta, na sentença, a vontade abstrata da lei. No momento em que ocorreu a ameaça ou a violação da lei, esta incide imediata e diretamente sobre o fato. A função judicial é a de declarar e reconhecer a subsunção do fato à lei, dando lugar e nascimento ao remédio processual adequado. Como, pela índole do mandado de segurança, há sempre um ato de autoridade pública que ameaça ou lesa a esfera jurídica individual, a certeza do direito está intimamente relacionada à ilegalidade ou abuso de poder, formando uma unidade indivisível. Não é lícito, pois, dissociar o direito e o fato para dizer que este deve estar comprovado nos autos documentalmente, e aquele, ainda quando comporte quaestio juris, pode ser sempre resolvido. O fato e o direito, na ação do mandado de segurança, não podem ser separados para o fim de permitir ao juiz que diga que o direito é certo e o fato duvidoso ou não provado cumpridamente." BUZAID, Alfredo.*Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 88-89. Esta também a opinião de Carlos Alberto Menezes Direito. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.61 *et. seq.*

[801] José da Silva Pacheco, corroborando a inclusão do direito líquido e certo como uma das condições da ação, acrescenta que "Os tribunais, nesta década, têm reproduzido o que se formou e consolidou na jurisprudência dos últimos sessenta anos, e, desse modo, salientam ser indispensável para a concessão do mandado de segurança, que concorra, como condição da ação, direito líquido e certo a ser protegido. Nesse sentido, aponta-se que o mandado de segurança pressupõe, por sua natureza, a demonstração de plano do alegado direito e a inexistência de incerteza a respeito dos fatos, uma vez que a liquidez e certeza do direito, para fins de mandado de segurança repousa na demonstração dos incontroversos e induvidosos e não na simplicidade do direito invocado, sendo irrelevante a complexidade ou não da questão sobre prisma jurídico." PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.196-197. José Ignacio Botelho de Mesquita defende que são condições da ação específicas do Mandado de Segurança "a existência de um direito líquido de certo, tal como o entende normalmente a doutrina e a jurisprudência (no sentido de que direito líquido e certo não é o direito evidente, o direito manifesto, mas apenas aquele direito fundado em fatos que possam ser provados mediante documentos , ou seja, direito que independe de prova que não seja documental)".

Além das hipóteses específicas previstas na legislação esparsa nas quais é possível identificar a exigência da demonstração, juntamente com a petição inicial, da prova mínima dos fatos alegados, alguns outros exemplos ajudam na sustentação da tese de que o lastro probatório é, sim, um filtro ao direito de ação[802]. José Carlos Barbosa Moreira[803] diz existir, além das condições da ação genéricas, condições específicas do direito de ação, como, por exemplo, a prova do pagamento ou depósito das custas processuais e dos honorários advocatícios a que houver sido condenado o autor, na extinção do processo sem resolução do mérito de demanda idêntica[804].

Aliás, a colocação da prova mínima como uma exigência para a existência de um direito não é encontrada apenas na legislação processual. Substancialmente mais moderno que o Código de Processo Civil e também mais contemporâneo do que a legislação extravagante anteriormente mencionada, o Código Civil de 2002[805], ao tratar do direito à filiação, preceitua que, na falta ou defeito do documento oficial da paternidade (certidão de

---

MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 3, p. 40. Nesse mesmo sentido estão: Mauro Luis Rocha Lopes (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança Lei 12.016/2009) e Celso Bastos (Do Mandado de Segurança).
Já para Cássio Scarpinella Bueno o direito líquido e certo é condição da ação, mas apenas que decorrente da modalidade interesse de agir. BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.17. Nesse mesmo sentido Arlete Inês Aurelli. AURELLI, Arlete Inês. *Juizo de Admissibilidade na ação de Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 205.

[802] Anote-se, desde logo, uma referência histórica relacionada à ação de usucapião, onde era exigida, até o advento da Lei n. 8.951/94, que alterou a redação do art. 942 do Código de Processo Civil brasileiro, a realização da audiência de justificação, na qual seriam colhidas as provas necessárias à demonstração do preenchimento dos requisitos. Veja-se a redação original do dispositivo:
"Art. 942. O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel requererá:
I – a designação de audiência preliminar, a fim de produzir prova dos requisitos do usucapião;".

[803] MOREIRA. José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 25.

[804] Esta exigência consta do art. 268 do Código de Processo Civil brasileiro:
"Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado."

[805] Diz o art. 1.605 do Código Civil:
"Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:
I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;
II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.".

nascimento), a filiação somente poderá ser provada quando puder ser inferida de um começo de prova escrita ou puder ser presumida a partir de fatos já tidos como certos. Vê-se, portanto, que também neste caso, onde está em jogo um direito fundamental, entendeu por bem o legislador não permitir que a tal reivindicação seja feita sem qualquer lastro probatório, sendo este mais um indício de que esta é a diretriz traçada modernamente pela legislação.

5.3 Quinta conclusão parcial

O que se buscou demonstrar no transcorrer deste capítulo foi que a leitura mais adequada do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil é aquela que preconiza ser o rol nele contido meramente exemplificativo, o que, aliado ao teor de outros dois dispositivos do Estatuto Processual em vigor, a saber, os art. 283 e 396, induzem à conclusão de que a exigência da prova mínima no momento do ajuizamento da demanda pode ser perfeitamente inferida do ordenamento processual, que serve, inclusive, como um meio de se evitar o abuso do direito de ação.

Viu-se, também, que o fato de o art. 284 do *Codex* preceituar o indeferimento da petição inicial acaso não sanada irregularidade (e, claro, o não atendimento dos arts. 283 e 396 caracterizam irregularidade), tal como ocorre com as demandas onde não é verificado o preenchimento das condições da ação, serve de argumento de reforço para a defesa de que a justa causa deve ser reconhecida como uma condição da ação autônoma. Este reconhecimento, inclusive, terá o mérito de ser instrumento de defesa não só do pretenso do réu, mas também do próprio Estado contra o abuso do direito de ação.

Demonstrou-se, aliás, que tal interpretação é perfeitamente razoável, na medida em que em diversas oportunidades o legislador já previu a necessidade de prova mínima para o ajuizamento da demanda como condição da ação, sendo exemplos dessa atuação legislativa as Leis da Ação de Improbidade (8.429/1992), da Ação Civil Pública (7.347/1985) e do Mandado de Segurança (12.016/2009), devendo-se ressaltar, quanto a primeira, que se colhe na

doutrina manifestação expressa no sentido de que a exigência de prova m[inima tem por fundamento resguardar o réu.

Por fim, não se pode olvidar de destacar que foi identificado no no Código Civil dispositivo que exige a apresentação de uma prova mínima para a comprovação de filiação na hipótese de existir erro ou omissão na certidão de nascimento, o que denota a nítida preocupação do legislador em fazer refletir no texto legal os valores explicitados na Constituição Federal.

CONCLUSÃO FINAL

A análise do texto da Constituição Federal de 1988 acaba por destacar elementos que caracterizam o modelo do Estado adotado pela República Federativa do Brasil como sendo -- ou ao menos como dever ser -- um Estado de Justiça, e não um “mero” Estado Democrático de Direito, no qual se ultrapassa a tradicional concepção de jurisdição para se alcançar o objetivo da jurisdição constitucional, cuja finalidade é promover a justiça, e para a qual devem concorrer os magistrados com a sua capacidade de interpretação das normas já existentes, ainda que tal atividade resulte na criação de novas normas nos casos em que aquelas já postas no ordenamento não forem suficientes para a pacificação de determinado conflito de interesses. Nessa jurisdição constitucional sobressai como princípio norte o devido processo legal, que não fica mais restrito ao seu aspecto formal, e passa a ser fundamento para a defesa de direitos fundamentais.

Nesse sentido mais amplo do princípio do devido processo legal é que se entende que a amplitude do direito de ação (acesso à justiça) também não pode ficar restrita aos interesses/direitos do autor, devendo englobar os interesses/direitos do réu, que possui o direito de ver o pedido julgado improcedente. Mais do que isso, o princípio do devido processo legal em sua visão mais abrangente orienta que esses direitos fundamentais do réu não devem ser observados somente durante o curso de determinada demanda. Ao revés, devem ser respeitados já no momento que antecede a sua chamada para integrar o polo passivo do processo, uma vez que somente em tal caso é que será possível impedir que o seu patrimônio jurídico e/ou moral seja indevidamente molestado por demandas manifestamente infundadas.

Nesse contexto, ganham especial relevo as condições da ação, filtros legítimos, verdadeiros freios ao direito de ação, e que não podem mais ser verificadas simplesmente a partir das alegações contidas na petição inicial, pois isso pode acarretar uma distorção, a autolegitimação. Afora, é claro, o risco de assoberbar o Poder Judiciário de tal forma que a sua atividade reste prejudicada -- e quiçá inviabilizada --, o que, ainda que por via transversa,

violará o direito de acesso à justiça pela impossibilidade de o Estado-Juiz dar uma resposta efetiva em tempo hábil a todos os demandantes.

Eis aí o fundamento teórico a partir do qual é feita neste estudo a defesa do temperamento da referida teoria da asserção, passando-se a exigir do autor que, juntamente com a petição inicial, acoste uma prova mínima dos fatos nela articulados, tal como já ocorre no Processo Penal, onde a ausência de elementos mínimos caracterizadores da autoria, da materialidade e da culpabilidade acarreta a impossibilidade do ajuizamento da ação penal condenatória, vale dizer, onde a justa causa já existe como um meio de preservar um direito fundamental do réu.

Este é, de igual modo, o fundamento para se interpretar, à luz do Texto Maior, os arts. 267, inciso VI, 284 e 396, todos do Código de Processo Civil brasileiro, extraindo-se dos mesmos, tal como “autorizado” pela doutrina, a existência de um novo filtro autônomo ao direito de ação, uma outra condição autônoma da ação, a justa causa.

Na linha de de fesa, importante frisar que foram apontadas no trabalho hipóteses em que a legislação processual esparsa, e até mesmo a legislação civil, preveem a exigência da prova mínima, o que corrobora a interpretação proposta neste trabalho.

Sabe-se, todavia, que o reconhecimento desta nova condição da ação não passa apenas por uma interpretação do ordenamento processual à luz dos mandamentos constitucionais. Depende, sim, de uma mudança no atuar dos magistrados, que necessitarão realizar, antes da determinação da citação do réu, um exame mais acurado das petições iniciais e dos documentos que a acompanham.

Penso, inclusive, que por certo isso demandará uma mudança de perspectiva sobre o direito de acesso à justiça, seja por parte dos operadores do direito, em especial dos magistrados, seja mesmo por parte da máquina do Judiciário, movida que está pela superficialidade dos dados estatísticos. Isto tudo sem contar, claro, com um estudo sobre os meios que serão disponibilizados para a obtenção da prova mínima por parte dos pretensos demandantes.

Em que pese a complexidade desses temas não ser objeto deste estudo, cabendo melhor numa outra aventura acadêmica, certo é que somente

o avanço da caminhada aqui iniciada, no sentido de refrear a abstração extrema do direito de ação, permitirá que as pessoas tornem a dormir tranquilas.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. As situações jurídicas processuais e o Processo Civil contemporâneo. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. v. 2,p.339-350.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1980.

_____. Do Enriquecimento sem Causa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 46, n. 259, p. 3-36, maio 1957.

ALVIM, Angélica Arruda. Princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 19, n. 74, p. 20-39, abr./jun. 1994.

ALVIM, José Manuel de Arruda. *Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. 2.

_____.*Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 2ª parte da 2ª parte, questão LVII, art. II. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1980.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. ADI no 4.264-MC: Observância do devido processo legal na demarcação de terrenos de marinha. In: FUX, Luix (Coord.). *Jurisdição Constitucional*: Democracia e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.p. 47-66.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

AURELLI, Arlete Inês. *Juizo de Admissibilidade na ação de Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 13. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

_____. O que é “Devido Processo Legal”?. In: DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. v. 2, cap.17, p. 353-362.

AZEVEDO, Reinaldo. *Revista Veja.* Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/presidente-forca-sindical-diz-que-vai-repetir-estrategia-seita-processar-jornais-so-para-dar-um-trabalho-desgracado/>. Acesso em: 24abr.2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2012. t.1.

BAETHGEN, Walter Eduardo. As “condições da ação” e o novo código de processo civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, a. 71, n. 251, p. 16-26, jul./set. 1975.

BARACHO, José de Alfredo. *Direito Processual Constitucional*:aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

BARRETO, Vicente. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 44, p. 19-53,2003.

BASTOS, Celso. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

_____. *Direito e Processo*: Influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BERALDO, Carlo *et all*. *Enciclopédia filosófica*. 2. ed. Roma: Edipem, 1979, v. 2.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 1969.

_____. *Diritto Processuale Civile Italiano*. Roma: Societá Editrice del Foro Italiano,1936.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1972.

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Devido Processo Legal (princípio do -). In: TORRES, Ricardo Lobo *et. al*. (Coord.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011.v. 1, p. 245-252.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamento político*. Tradução de José F. Fernandéz Santillan. 2. ed. México: FCE, 2001.

_____. *Enciclopédia Einaudi*, “Estado-Guerra”, verbete: “Estado”, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1989. v. 14, p. 215-275.

_____. *La teoría de las formas de gobierno em la historia del pensamento político*. Tradução de José F. Fernandéz Santillan. 2. ed. México: FCE, 2001.

_____. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

_____. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*. 3. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: UNB Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre a tutela constitucional do Processo Civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo, n. 45, p. 63-79, dez. 2006.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da Declaração de Nulidade do Processo. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n. 32, p. 88-103, jul./dez. 1981.

BRUERA, José Juan. *El Concepto Filosófico-Jurídico de Causalidade*. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BRUGGER, Walter. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. 4. ed. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária (EPU), 1987.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. v. 1: Teoria geral do direito processual civil.

_____. *Liminar em Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O Procedimento Especial da Ação de Improbidade Administrativa (Medida Provisória 2.088). In: BUENO, Cassio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo (Coords.).*Improbidade Administrativa*: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 160-183.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Empresa Nacional do Diário, 1857.

BUZAID, Alfredo. *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1: Do Mandado de Segurança Individual.

CABRAL, Roque. *Logus Enciclopédia luso-brasileira de filosofia*. Lisboa: Edições 70, 1986.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuco. *Rivista di Diritto Processuale*, a. 5, v. 5, pt.1, p. 23-52, jan./mar. 1950.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. 1.

CALMON, Eliana. Princípios e Garantias Constitucionais do Processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e JOBIM, Eduardo (Coords.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.p. 196-202.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. v. 1.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: FUX, Luiz, NERY Jr., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 662-683.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Rever a Constituição Dirigente ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo moralmente reflexivo. In:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.). *Brancosos e Interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.p. 101-129.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

_____. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPRIOLI, Francesco. *L'archiviazione*. Napole: Jovene, 1994.

CARD, Richard; WARD, Richard. *The Criminal Procedure and Investigations Act*. *1996.*BRISTOL: Jordan, 1997.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Decrecho Procesal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1952. v. 2.

_____. *Diritto e Processo*. Nápoles: Editora Morano, 1958.

_____. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1936. v. 1.

_____. *Lezioni di Diritto Processuale Civile.* Padova: Cedam, 1936.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

CASTRO, Torquato de. *Causalidade Jurídica no Direito Romano*. Recife: Cadernos da OAB de Pernambuco, 1983.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Dicionário de Direito Penal.* São Paulo: Bushatsky, Editora UnB Brasília, 1974.

CHASE, Oscar G.. *Derecho, Cultura y ritual*: Sistemas de resolución de controvérsias em um contexto intercultural. Tradução de Fernando Martín Diz. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. v. 4.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

COELHO, Marcellino da Gama. *Do Habeas Corpus.* Rio de Janeiro: Editora Guimarães, 1900.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie Costituzionali” e “giusto processo” (Modelli a confronto). *Revista de Processo,*São Paulo, a. 23, n. 90, p. 95-150,abr./ jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michelle. *Lezione sul Processo Civile.* 2. ed. Bologna: Mulino, 1998. v. 2.

COMTE, Augusto. *Discurso Preliminar Sobre o Espírito Positivo*. Tradução de Renato Barboza Rodrigues Pereira. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em:<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/comte.html>. Acesso em: 17 mar. 2013.

CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile.*Torino: G. Giappichelli Editore, 2010. v. 1.

_____. *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010. v. 2.

CORDOPATRI, Francesco. L’abuso del processo nel diritto positivo italiano. *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua, v. 67, n. 4, p. 874-894, jul./ago. 2012.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. Justa Causa na reforma processual penal brasileira. *Revista do Serviço Público.* Brasília, v. 111, n. 2, p. 59-64,abr./jun. 1983.

CORREIA, António Mendes *et al*. *Grande Enciclopédia Portuguesa Brasileira*. Lisboa: Editorial Enciclopédia, 1953.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords). *Teoria Quinária da Ação*: estudos em homenagem a Pontes de Miranda. Salvador: Juspodivm, 2010.

COUTURE, Eduardo J.. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de Mozart Víctor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.

_____. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

_____. *Interpretação das Leis Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.* Minas Gerais, a. 27, v. 71, n. 2, p. 63-91,abr./jun. 2009.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. “Justa Causa e Abuso do Poder Referentes à Propositura da Ação Penal”. *Revista dos Tribunais.* São Paulo, a. 60, n. 423, p. 303-316, jan. 1971.

DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública. In: Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo Porto Filho (Coords).*Improbidade administrativa*: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 19-43.

DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder Del Estado*. Tradução de Andrea Morales Vidal. Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo*: Jurisdição, Ação (Defesa), Processo. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O Princípio Constitucional da Inafastabilidade: Estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista ESMAFE* – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, n. 17, p. 83-113, mar. 2008.

DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. Curitiba: Editora Juruá, 2003. v. 1.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a. 83, n. 709, p. 249-255,nov. 1994.

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do Devido Processo Legal. In: CASTRO, Maria Elizabeth de e NETO, Olavo de Oliveira (Coords). *Princípios Processuais na Constituição*, Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2008.p. 25-46.

DIDIER JR, Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: O Neoprocessualismo*. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. v. 2, cap. 9, p. 257-264.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Editora Malheiros, 2004. v. 2.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DORAL, Antônio José. Justa Causa. In: *Nueva Enciclopédia Jurídica*. Barcelona: Francisco Seix, 1971. t.14.

DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ESQUIVEL, Javier. *Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral*. Revista Hispanoamericano de Filosofia, México, v. 13, n. 37, p. 3-28, p, abr. 1981.

FANOTTO, Luca. I Principî Costituzionali in Materia Di Giustizia. In: *Principî Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.p. 627-667.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1960. v. 2.

FERNANDES, Fernando Andrade. *Da Ação Penal Condenatória*. 1992. 129 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Socias Aplicadas) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1992.

FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos.* Madri: Editora: Editorial Debate, 1984.

FIGUEROA, Miguel Herrera. *Justicia y Sentido.* Tucumán: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, 1955.

FILHO, Evaristo de Morais. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. v. 1.

_____. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4.

FILHO, José Olímpio de Castro. *Abuso do Direito no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960.

FILHO, Marino Pazzaglini. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada:* aspectos constitucionais, administrativos, civis criminais, processuais e de responsabilidade fiscal -legislação e jurisprudência atualizadas. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

FILHO, Octaciano da Costa Nogueira. *Introdução à Ciência Política*. Brasília: Senado Federal,Edições Unilegis de Ciência Política, 2008.

FILHO, Paulo Barbosa de Campos. *O problema da Causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1959.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Teoria Processual da Constituição.* São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FRANCAVILLA, Enrico. *Mandado de segurança*: Teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIANNICO, Maricí. Carência de Ação e Ação Rescisória. Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, n. 123, p. 11-35, maio 2005.

GIGLIO, Wagner D.*Justa Causa*. 4. ed. São Paulo: Editora LTr, 1993.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Plabos. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: RT, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1992.

GONÇALVES, Manuel Maia. *Código de Processo Penal anotado e comentado*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

GONTIJIO, Andre Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. ELSNER, Gisela (Editora responsável). In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., a. 14, 2008, p.193-208.

GONZAGA, João Bernardino. *Violação do Segredo Profissional*, São Paulo: Editora Max Limonad, 1975.

GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Justa Causa Penal-Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GRANDINETTI, Luis Gustavo et al. Justa Causa Penal-Constitucional.*Revista de Estudos Criminais.* Sapucaia do Sul, v. 3, n. 11, p. 30-60, out./dez. 2003.

GRECO. Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2003.

_____. Publicismo e Pravistismo no Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

_____. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, a. 51, n. 305, p. 61-99, mar. 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*: uma tentativa de revisão, São Paulo: Bushatsky, 1977.

_____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GUIMARÃES, José Alfredo Lázaro. *Tutela efetiva*: garantia constitucional de justiça eficiente, Recife: Editora do Autor, 2006.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

GUINCHARD, Serge *et all*. *Droit Processuel*: Droits fondamentaux du procès. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011.

HAMILTON, Sergio Demoro. Justa Causa, um conceito polêmico. *Revista de Direito da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro, a. 3, n. 5, p. 91-98, jan./jun. 1977.

HIRATA, Celi. A Causalidade em Hobbes: Necessidade e Intelegibilidade. *Cadernos Espinosanos Estudos.* São Paulo, Departamento de Filosofia da USP, v. 23, p. 33-58, ago. 2010.

HEERDT, Fábio Vieira. Processo Civil no limiar do Século XXI:anova visão do juiz constitucional. *Revista da ASJURIS* – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, n. 113, p. 181-193, mar. 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucionalda República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris,1998.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/amthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviata.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2013.

HUMBOLDT, Wilhem Von. Princípio das Leis Processuais.*Revista de Processo*. São Paulo, v. 35, n. 189, p. 123-127, nov. 2010.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. v. 6.

JARDIM, Afrânio Silva. Da publicização do Processo Civil. 1981. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 1981.

_____. Direito Processual Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Rios, México: FCE, 2000.

JOLIVET, Régis. *Vocabulário de filosofia*. Tradução de Geraldo Dantas Barreto, Rio de Janeiro: Agir, 1975.

JUNIOR, Humberto Theodoro. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 80, n. 665, p. 11-22, mar. 1991.

_____. Direito Processual Constitucional. *Revista Trabalhista*: Direito e Processo. São Paulo: Editora LTr, n. 27, p. 35-44, jul./set. 2008.

JUNIOR, João Mendes de Almeida. *O Processo Criminal Brazileiro.* Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901. v. 2.

JÚNIOR, José Herval Sampaio. A influência da Constitucionalização do Direito no ramo processual: Neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. v. 2, cap.21, p.427-456.

JUNIOR, Manoel de Souza Mendes. Teorias sobre a ação: uma falsa controvérsia. In: FUX, Luiz, NERY Jr., Nelson e WAMBIER Teresa Arruda Alvim (Coords.) P*rocesso e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p.880-896.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado.* 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Estudos de Filosofia do Direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988.

JÚNIOR, Vicente Sabino. *O Habeas Corpus e a liberdade pessoal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.

JÚNIOR, Waldo Faio. *Improbidade Adminitrativa e Crimes de Prefeitos*: comentários, artigo por artigo, da Lei n. 8.429/92 e DL 201/67. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

KADISH, Sandford H. Ed. *Encyclopedia of crime and justice*. New York: The Free Press, 1983. v. 4.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2003.

KARAM, Maria Lúcia. A Admissibilidade da acusação e a pronúncia. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v.6, n. 1, p. 129-132, jan./fev. 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

_____. *O Problema da Justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LALANDE, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie.* Paris: Press Universitaires de France, 1980.

LARGUIER Jean. *Procédure Pénale.* 15. ed. Paris: Dalloz, 1995.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. A Ação e suas condições no Processo Civil de Cognição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Processo Civil*: Evolução: 20 anos de Vigência. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

LEAL, Andrea. Justiça ou Retaliação?. *Revista Época*. Disponível em:<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR82062-6009,00.html>. Acesso em: 21jan. 2013.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *O Despacho Saneador e o Julgamento de Mérito*: Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectos Editora, 2003. v. 1.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Tradução de Magda e Marisa Lobo da Costa, Editora Vozes. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2013.

LOPES, Mauro Luis Rocha. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança Lei 12.016/2009*. Niterói: Editora Impetus, 2009.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 35, n. 188, p. 69-100, out. 2010.

MACHADO, Joaquim de Oliveira. *O Habbeas Corpus no Brazil*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1878.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do Processo e Discurso Normativo: Digressões Democráticas. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. v. 2, cap. 6, p. 137-158.

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile*. 13. ed. Torino: Giappichelli, 2000. v. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*: Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. Considerações sobre o Princípio do Duplo Grau. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário Mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual* Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

_____. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 3.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960. v. 4.

_____. *Estudos de Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960. v. 1.

_____. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1980. v. 2.

MARTINS, José Salgado. *Direito Penal*: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do Direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

MARX, Karl. *Teses Sobre Feuerbach*. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em:<http://neppec.fe.ufg.br/uploads/4/original_feuerbach.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2013.

MATAIS, Andreza; LIMA, Sérgio. Presidente da Força Sindical diz que vai processar jornal. In: Folha de São Paulo. Disponível em:<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0603200806.htm>. Acesso em: 24abr.2013.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade Administrativa*: os direitos dos administrados dentro da lei n. 8.429/92. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2004.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa*: comentários a anotações jurisprudenciais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 34. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELO, Gustavo de Medeiros. O Acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz, NERY Jr., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso no processo civil. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro eNOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Teoria Quinária da Ação*: estudos em homenagem a Pontes de Miranda. Salvador: Juspodivm, 2010. cap. 18, p. 367-404.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*: Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Método, 2009.

MENEZES, Rosangela Carvalho. *Revista Sentenças e Decisões de Primeiro Grau*. Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, n. 13, p. 61-65, 2005.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*: direito de ação, partes e terceiros, processo e política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

_____. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MICHELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicias Europa-America, 1970. v. 1.

MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual*: Comportamento das partes e de seus procuradores no Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Ed. RT, 1969. v. 2.

MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habbeas Corpus*. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1955.

_____. *História e Prática do Habeas Corpus.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*, *com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.t. 5.

_____. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998. t. 1.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2006. t.3.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTELEONE, Girolamo. *Compendio di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 2001.

MONTESANO, Luigi e ARIETA, Giovanni. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1996. v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. v. 2.

_____. Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial. In: MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Efetividade do Processo e Técnica Processual. In: MOREIRA,José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

_____. Legitimação passiva: Critério de Aferição. Mérito. In: MOREIRA,José Carlos Barbosa (Coord.). *Direito Aplicado II:* pareceres. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*. 7. Ed. São Paulo: Manole, 2005.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

_____. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. In *Revista Jurídica da APERGS*, Porto Alegre, n. 1, p. 46-65, set. 2001.

NETO. Inacio de Carvalho. *Abuso do Direito.* 5. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

NUNES, Dierle *et al*. *Curso de Direito Processual Civil*: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In: FUX,Luiz; NERY Jr., Nelson eWAMBIER,Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Escopo Jurídico do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 37, v. 203, p. 305-317, jan. 2012.

_____. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo.*Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 388, p. 11-28, nov.dez. 2006.

_____. Os Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 33, n. 155, p. 10-26, jan. 2008.

_____. *Do formalismo ao Processo Civil*: Proposta de um formalismo-valorativo, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

OLIVEIRA, Flávio Luis de. Princípio do Acesso à Justiça. In: NETO,Olavo de Oliveira e LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coords.). *Princípios Processuais Civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. p. 79-100.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição e do Processo Constitucional a partir do caso brasileiro. In: DIDIER Jr.,Fredie (Coord.). Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial, Salvador Editora Podivm, 2010.v. 2, cap. 28, p. 615-644.

OLIVIERI, Dante. *Dizionario Etimológico Italiano*. Milano: Ceschina, 1953.

PACHECO, José da Silva. *Curso de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PADFIELD Nicolal. *Text and materials on the criminal justice process*. London: Butterworths, 1995.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. v. 3.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. v. 2.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo.* 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v. 1.

PINTAÚDE, Gabriel. Eficácia Sobreprincipal do Devido Processo Procedimental (Perspectiva analítica-funcional). In: DIDIER Jr.,Fredie (Coord.) *Teoria do Processo*: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. v. 2.cap. 12, p. 265-296.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene Editore, 2012.

PLATÃO. *A República*. Tradução: Maria Helena Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PORTANOVA, Rui. *Princípio do Processo Civil*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

PUFENDORF, Samuel. *The Whole Duty Of Man, according to the Law of Nature*. Disponível em:<http://books.google.com.br/books?id=Mrk8AAAAYAAJ&printsec-frontcover&dq=pufendorf+the+whole+duts&hl=en&sa=X&ei=9HRGUejsllu09gS_OoGgBg&ved=OCCOQ6AEwAA>. Acesso em: 17mar. 2013.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. O Devido Processo Legal. *Revista dos Tribunais.* São Paulo, v. 87, n. 748, p. 47-63, fev. 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. Lições *Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Filosofia do Direito*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

Revista Trimestral de Jurisprudência. Brasília, STF, 1990, n. 133, p. 1314-1317, set. 1990. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/133_3.pdf>. Acesso em: 2 maio 2013.

REZENDE, Antonio et al*. Curso de Filosofia.* 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002.

ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906.

ROCCO, Ugo. *L'autorita della cosa giudicata i suoi limiti soggettivi*. Roma: Ateneo, 1917.

_____. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Torino: Unione Tip. Ed. Torinese, 1957.v. 1.

ROCHA, Cesar Asfor. *Breves Reflexões Críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em:<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes e ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e o caso da ADin 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo.*Revista de Processo*. São Paulo, v. 32, n. 154, p. 265-283, dez. 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Tradução: Luiz Autuori. 7. ed. Rio-GB: Editor Borsoi, 1973.

SHARPE, R. J.. *The law of habeas corpus*. 2. ed. Oxford Clarendon Press, 1989.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A justa causa como condição para o exercício da ação penal. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 79, n. 665, p. 403-405, maio 1990.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SOARES, Marcos José Porto *et all*. A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes. *Revista de Process,* São Paulo,v. 36, n. 195, p. 399-421, maio 2011.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do Juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabri, 1987.

SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e Prática da Ação Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1979.

_____. Direito Processual Civil e Penal, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SPRACK, John. *Emmins on criminal procedure.*6. ed. London: Blackstone, 1995.

STAMMLER e LARENZ, *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e da coisa julgada no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Penal.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1956. v. 1.

_____. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Devido Processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas Corpus, Ação e Processo Penal.* São Paulo: Editora Saraiva, 1978.

VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Direito Processual Civil*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ZANI, Gino. *La mala fede nel Processo Civile*. Roma: Società Editr. Del Foro Italiano, 1931.