

# DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO

## FUNDAMENTAL RIGHT TO PROCESS

Waldir Alves<sup>1</sup>

Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é analisar o processo na perspectiva dos direitos fundamentais, buscando identificar a possibilidade ou não de se buscar na Constituição não somente um conteúdo formal, mas também um conteúdo material para os direitos fundamentais relacionados ao processo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; direito processual; direitos fundamentais; conteúdo formal e material dos direitos fundamentais relacionados ao processo.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to analyze the process from the perspective of fundamental rights in order to identify whether or not to seek the Constitution not only a formal content, but also a material for fundamental process related content.*

**KEYWORDS:** *Constitution; procedural law; fundamental rights; formal content and materials of fundamental rights related to the process.*

**SUMÁRIO:** Considerações iniciais; 1 Direito processual e constituição; 2 O processo como direito fundamental; 3 Os princípios do direito processual na Constituição; 4 O controle jurisdicional dos princípios; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Initial considerations; 1 Procedural law and constitution; 2 The process as a fundamental right; 3 Principles of procedural law in the constitution; 4 The principles of judicial review; Final considerations; References.*

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É importante verificar a relação do Direito Processual com a Constituição, procurando ver se o processo pode ser tomado como verdadeiro direito fundamental, para o que é necessária a análise dos princípios do Direito Processual na Constituição,

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS e Especialista em Direito Tributário pela FURB, Professor de Direito Constitucional na UniRitter – *Laureate International Universities*, Procurador Regional da República.

com vista ao possível controle jurisdicional desses princípios, relacionando-se, inclusive, com precedentes do STF e do STJ sobre o assunto.

Nessa perspectiva, é oportuno verificar se, no caso de uma norma processual ofender algum direito fundamental, ela deve ser aplicada em franca violação a algum direito fundamental, ou, em sendo possível, como podem ser ponderados os direitos fundamentais que eventualmente estejam colidindo, para que, no caso concreto, uma norma não necessite ser declarada inconstitucional.

## 1 DIREITO PROCESSUAL E CONSTITUIÇÃO

O Estado, na sua forma típica e original, é garantido pelas Constituições, possuindo o termo “Estado de Direito” (*Rechtsstaat*), matriz alemã. Apesar da existência de códigos e leis esparsas que regulam o processo, faz-se necessário buscar o seu fundamento em valores e normas superiores, o que é feito na Constituição. Para a apreensão desse significado, a Constituição é tomada como norma superior, enquanto a norma produzida segundo as suas determinações é norma inferior<sup>2</sup>.

Ou seja, a Constituição é o fundamento de validade das leis. Essa superioridade hierárquica da Constituição<sup>3</sup> tem como ponto central a diferença entre Constituição no sentido material e Constituição no sentido formal, cuja fundamentação da subordinação do nível da lei ao nível da Constituição não se dá por meio da forma da Constituição, somente acidental e não essencial<sup>4</sup>, mas com base no seu conteúdo.

A Constituição é a “ordem fundamental jurídica da coletividade”<sup>5</sup>, que determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade

<sup>2</sup> “A norma reguladora da produção é a superior, a produzida conforme a determinação é a norma inferior.” (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. (1960). Wien: Franz Deuticke, Unveränderter Nachdruck 1983. p. 228. Tradução brasileira: *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 247).

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, Heft 11-12, Band VI: 576-628, Berlin: Walther Rothschild, p. 594, 1930-31. Este artigo também foi traduzido para a língua portuguesa: Quem deve ser o guardião da constituição? *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 260-261.

<sup>4</sup> Cf. idem, ibidem. Na tradução portuguesa, p. 260-261.

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, n. 17, 1991. p. 37.

política e devem ser exercidas as tarefas estatais<sup>6</sup>. Como a Constituição produz os pressupostos de criação, validade e realização das normas jurídicas, determinando em grande parte o seu conteúdo, ela se converte em “elemento da unidade da ordem jurídica total da coletividade”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, em 1899, João Mendes Júnior já focalizava o processo como garantia dos direitos individuais, ao que, de certo modo, já compreendia o prisma constitucional dos direitos fundamentais<sup>8</sup>.

Os estudos constitucionais sobre o processo civil ainda podem ser apontados como uma das características mais salientes da atual fase científica do Direito Processual Civil<sup>9</sup>. É que a dimensão conquistada pelo Direito Constitucional em relação a todos os ramos do Direito mostra-se particularmente intensa, inclusive no que diz respeito ao processo<sup>10</sup> e no que se refere especificamente aos direitos fundamentais, bem advertiu Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “reconhece-se hodiernamente aos direitos fundamentais, sem maiores objeção a natureza de ‘máximas processuais’, direta ou indiretamente determinadoras da conformação do processo, contendo ao mesmo tempo imediata força imperativa”<sup>11</sup>.

## 2 O PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Pode-se indagar se as normas relativas ao processo, previstas na Constituição, são direitos ou garantias fundamentais, pois a Constituição, além de não distingui-las, “não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias”<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, n. 17, 1998. p. 37.

<sup>7</sup> Idem, n. 18, p. 38.

<sup>8</sup> Cf. MENDES JÚNIOR, João. A nova fase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1899. p. 120.

<sup>9</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 1.

<sup>10</sup> Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: UFRGS, v. 22, p. 31, set. 2003. Esse artigo também tem outra publicação: *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, v. 26, p. 653-664, out./dez. 2002.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 83.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 186.

Exemplificativamente, o acesso à jurisdição estatal, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição<sup>13</sup>, costuma ser classificado como “garantia”<sup>14</sup>. O devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição<sup>15</sup>) também costuma ser colocado no quadro das garantias das partes e da jurisdição, especificamente como garantia das partes e do próprio processo, e não como direito, em razão da sua índole assecuratória<sup>16</sup>.

Na distinção feita por Ruy Barbosa em 1893, as garantias são solenidades tutelares que a lei circunda alguns dos direitos contra os abusos do poder<sup>17</sup>. As disposições declaratórias seriam instituidoras de direitos, enquanto as assecuratórias seriam instituidoras de garantias, podendo ocorrer que a mesma disposição constitucional ou legal fixe a garantia e declare o direito<sup>18</sup>.

Na doutrina pátria, Ruy Barbosa foi o primeiro a fazer a diferenciação entre direitos e garantias, especialmente porque a Constituição de 1889 não o fazia<sup>19</sup>. Esse entendimento é praticamente partilhado por José Afonso da Silva,

<sup>13</sup> “Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 416.

<sup>15</sup> “Art. 5º [...] LIV – ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal; [...]”

<sup>16</sup> “Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do *devido processo legal*, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa, como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 2).

<sup>17</sup> “Ora, uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial. Os *direitos* são aspectos manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As *garantias constitucionais stricto sensu* são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.” (BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionais: do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, s.d. p. 189-190)

<sup>18</sup> “Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a aceção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.” (Idem, p. 194)

<sup>19</sup> “Não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a aceção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam

para o qual “as garantias constitucionais são também *direitos*, não como outorga de um bem e vantagem em si, mas *direitos instrumentais*, porque destinados a tutelar um *direito principal*”<sup>20</sup>. Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz a distinção entre garantias e remédios previstos na Constituição, ao que as garantias seriam prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violam o direito reconhecido, agindo como barreiras erigidas para a proteção dos direitos, de forma preventiva, enquanto os remédios seriam medidas ou processos especiais para a defesa de direitos violados, utilizadas para correção e, como garantia das garantias, a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais<sup>21</sup>.

Na doutrina lusitana, Jorge Miranda entende que os direitos representam, por si só, certos bens, por isso seriam principais, enquanto as garantias se destinam a assegurar a fruição desses bens, por essa razão seriam acessórias<sup>22</sup>. Canotilho sustenta haver princípios-garantia, os quais instituem garantias aos cidadãos, sendo autênticas normas jurídicas<sup>23</sup>. Para Eliana Calmon Alves, no

---

o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.” (BARBOSA, Ruy. *Comentários à constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. V, 1934. p. 181)

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 417.

<sup>21</sup> “É mister antes de mais nada não confundi-las [as garantias] com os remédios, isto é, com medidas ou processos especiais, previstos na Constituição, para a defesa de direitos violados. As garantias, ao contrário dos remédios, buscam prevenir, não corrigir. As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados. A expressão ‘garantias constitucionais’ é, todavia, também tomada no sentido de ‘remédios constitucionais’. Há neste caso uma figura de linguagem, pois, rigorosamente falando, esses remédios são a garantia das garantias, são a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 251-252)

<sup>22</sup> “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1998. p. 88-89)

<sup>23</sup> “4. Os princípios-garantia. Há outros princípios que visam instituir directa ou imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege* (cfr. art. 29º), o princípio do juiz natural (cfr. art. 32º/7), os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo* (cfr. arts. 29º/4, 32º/2) [...] Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem ‘princípios em forma de norma jurídica’ (Larenz) e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua

sistema de princípios e regras, as garantias também são tomadas como princípios que limitam o exercício do poder estatal para afastar o arbítrio<sup>24</sup>.

A partir disso, e para evitar o aprofundamento da análise, poderia ser suficiente afirmar as garantias como decorrentes da Constituição, sem maior preocupação com a identificação de sua natureza. Porém, algumas reflexões podem ser tecidas na tentativa de tornar mais claras as teorias formuladas sobre a natureza das garantias constitucionais.

O esforço de Ruy Barbosa para distinguir os direitos das garantias constitucionais buscava a diferenciação em virtude da possibilidade de suspensão das garantias fundamentais durante o Estado de Sítio<sup>25</sup>, o que não importaria na suspensão da Constituição<sup>26</sup>, mas, unicamente, das garantias limitadas por ela, não alcançando sequer os direitos fundamentais<sup>27</sup>. Isso pode ser verificado no decorrer da obra *A constituição e os actos inconstitucionaes*, a qual reproduz as razões finais apresentadas na primeira instância da Justiça Federal, perante a qual promoveu ação de natureza cível em favor dos reformados e dos demitidos pelos Decretos de 7 e 12 de abril de 1892, por intermédio da qual buscava a

---

aplicação.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 173)

<sup>24</sup> “Por fim, dentro do sistema de princípios e regras, temos ainda as chamadas garantias, princípios que limitam o exercício do poder estatal sem deixar margem ao exercício do arbítrio. As garantias constitucionais são princípios qualificados pelo seu conteúdo específico e limitam o poder, na defesa das disposições que formam o Direito reconhecido. O conjunto de garantias forma o sistema. Temos como exemplo, as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, a garantia do direito à propriedade, do direito à herança, etc.” (ALVES, Eliana Calmon. Princípios e garantias constitucionais do processo. Disponível em: <[www.stj.gov.br/Discursos/0001114/PrincipioseGarantiasConstitucionaisdoProcesso.doc](http://www.stj.gov.br/Discursos/0001114/PrincipioseGarantiasConstitucionaisdoProcesso.doc)>. Acesso em: 3 abr. 2006).

<sup>25</sup> “Os nossos próprios textos constitucionais estabelecem manifestamente a distinção; pois, ao passo que, rubricando a seção II do título IV, o legislador constituinte lhe chama *Declaração de direitos*, no art. 80, onde se ocupa com as faculdades anormais do Congresso e do poder executivo durante o estado de sítio, não se refere senão a *garantias constitucionais*. Que razão de ordem positiva, de plausibilidade concludente nos autoriza a *sinonimizar* (releve-me o neologismo) as duas expressões? (*Os Atos Inconstitucionais*, p. 182-7).” (BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira constituição republicana*. Coord. Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes; Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p. 123)

<sup>26</sup> Cf. *idem*, p. 10.

<sup>27</sup> “Ora, uma coisa são as *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial. Os *direitos* são aspectos manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As *garantias* constitucionais *stricto sensu* são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.” (*Idem*, p. 189-190)

reparação das vantagens pecuniárias decorrentes dos atos inconstitucionais, os quais sequer pedia que fossem revogados<sup>28</sup>.

É importante assentar que a Constituição de 1891, vigente à época dos Decretos de 7 e 12 de abril de 1892, contemplava o Estado de Sítio (art. 34, n. 21) e determinava os seus efeitos (§ 2º do art. 80)<sup>29</sup>. A Constituição de 1988 também contempla o Estado de Sítio (art. 137), cabendo ao decreto da sua instituição especificar as garantias constitucionais que ficarão suspensas (art. 138), além de especificar as medidas que somente poderão ser tomadas contra as pessoas no caso de Estado de Sítio decorrente de comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia do Estado de Defesa (art. 139)<sup>30</sup>.

O empenho e a preocupação de Ruy Barbosa no caso concreto da suspensão das garantias fundamentais durante o Estado de Sítio se encontram, de certo modo<sup>31</sup>, superados, ao menos formalmente, em razão da expressa previsão constitucional de que as garantias constitucionais que ficam suspensas durante o Estado de Sítio decorrente de comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia do Estado de Defesa (inciso I do art. 137) somente podem ser suspensas aquelas enumeradas no art. 139 da Constituição de 1988<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> “E (terceira disparidade a seu favor) não pretendem impor ao executivo, por determinação judicial, a revogação do ato demissório: simplesmente requerem dos tribunais a manutenção civil na posse das vantagens de uma fruição, cujo título é inauferível durante sua vida.” (Idem, p. 223)

<sup>29</sup> “Art. 80. Poder-se-á declarar em estado de sitio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado, quando a segurança da Republica o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, n. 21). [...] § 2º Este, porém, durante o estado de sítio, restringir-se-á nas medidas de repressão contra as pessoas, a impor: 1º A detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns; 2º O desterro para outros sítios do território nacional.”

<sup>30</sup> “Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens. Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.”

<sup>31</sup> É que se excepciona o Estado de Sítio decorrente de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (inciso II do art. 137), para o qual não há previsão expressa de medidas restritivas.

<sup>32</sup> “É o decreto do Presidente da República que instaura a normatividade extraordinária do estado de sítio pela indicação de: [...] (a) sua duração [...] (b) as normas necessárias à sua execução [...] (c) as garantias constitucionais que ficarão suspensas, dentre as autorizadas no art. 139.” (SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 767-768)

Isso atende à preocupação de Ruy Barbosa, pois, ao citar o argentino Alcorta, sustentou que “[...] existem limitações aos *direitos individuais*; mas, para evitar os abusos, que, à sombra delas e por seu efeito, poderiam cometer-se, há também *garantias*, na mesma carta constitucional, que põem ao alcance de todos os prejudicados os meios de conseguir que o direito seja respeitado, e desapareça o abuso”<sup>33</sup>. Assim, para evitar os abusos nas limitações aos *direitos individuais*, há, na Constituição, *garantias* que põem ao alcance de todos os prejudicados os meios de conseguir que o direito seja respeitado, e assim desapareça o abuso.

No entanto, o desenvolvimento de uma teoria das garantias fundamentais, além de não responder a todas as indagações da teoria dos princípios, encontra óbice conceitual na própria Constituição, que, ao estabelecer, no art. 138, a necessidade de o decreto do Estado de Sítio indicar as “garantias constitucionais que ficarão suspensas”, ao enumerar, no art. 139, as medidas restritivas, refere direitos fundamentais clássicos, como é caso do direito à liberdade de reunião (inciso XVI do art. 5º) e o direito ao sigilo da correspondência (inciso XII do art. 5º), também classificados por Ruy Barbosa<sup>34</sup> como direitos.

Para a teoria dos direitos fundamentais, é elucidativa a análise da estrutura das normas de direito fundamental feita por Robert Alexy, quando expõe três modelos. O primeiro, o modelo puro de princípios<sup>35</sup>, no qual as regras dependem totalmente dos princípios, recebendo objeções, principalmente, por depender totalmente da ponderação. O segundo, o modelo puro de regras<sup>36</sup>, no qual as regras são aplicáveis sem ponderação, questionado por deixar aberta a questão da interpretação das disposições de direito fundamental, diante da possibilidade de renúncia ao procedimento de ponderação. E, o terceiro, o modelo de regras/

<sup>33</sup> BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionales*, p. 190-191.

<sup>34</sup> É interessante o quadro comparativo elaborado pelo autor, a partir do texto da Constituição de 1891, no qual confronta os direitos com as garantias, classificando como direitos fundamentais o direito ao sigilo da correspondência, constante do § 18 (§ 18. É inviolável o sigilo da correspondência), e o direito à liberdade de reunião, previsto na primeira parte do § 8º (§ 8o A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; [...]), enquanto a segunda parte do § 8º é classificada como garantia (§ 8º [...] não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública) (Cf. idem, p. 195 e 197)

<sup>35</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996. p. 104-106. Esse livro foi traduzido para a língua espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 115-118.

<sup>36</sup> Cf. idem, p. 106-107. Na tradução espanhola, p. 118.

princípios<sup>37</sup>, que surge da vinculação de um nível de princípios com um nível de regras.

Se assim pode ser dito, a tese das garantias fundamentais sustentada por Ruy Barbosa permite identificar pontos de contato com o modelo puro de regras, especificamente dos direitos fundamentais com reserva qualificada<sup>38</sup>.

A dificuldade na adoção do modelo puro de regras, mesmo no tipo dos direitos fundamentais com reserva qualificada, está na grande probabilidade de fracasso da tentativa de solucionar os casos unicamente por meio da subsunção, livre de ponderação, tanto na hipótese de haver a previsão de um extenso rol de restrições ao direito fundamental, como nas situações nas quais não haja referência expressa ao caso, o que, em um primeiro momento, poderia apontar para a necessidade de reformulação do texto constitucional<sup>39</sup>, mas que, com o auxílio da teoria dos princípios, pode possibilitar a proteção ao direito fundamental.

Ao desenvolver a teoria das garantias, na realidade, Ruy Barbosa estava preocupado com os meios para assegurar os direitos fundamentais; tratava, portanto, dos procedimentos para assegurar os direitos fundamentais. No desenvolvimento recente, progressivamente se destaca o aspecto de que os direitos fundamentais devem ser realizados e assegurados por *organização e procedimentos*. Para que os direitos fundamentais possam cumprir sua função, primeiramente requerem, em proporção mais ou menos ampla, segundo o direito tratado, como regulamentações de organização e procedimento (*v.g.*, liberdade de associação)<sup>40</sup>.

A organização jurídica dos direitos fundamentais é, primeira e preferencialmente, tarefa do legislador, que compreende, embora em dimensão diferente, uma parte de concretização<sup>41</sup>. E, na medida em que organização e concretização coincidem, o legislador que organiza os direitos fundamentais está vinculado à Constituição, sujeitando-se ao controle do Tribunal Constitucional,

<sup>37</sup> Cf. *idem*, p. 117. Na tradução espanhola, p. 129-130.

<sup>38</sup> O modelo puro de regras também se faz insuficiente onde teria maior perspectiva de êxito, nos direitos fundamentais com reserva qualificada (Cf. *idem*, p. 114-115. Na tradução espanhola, p. 126-127).

<sup>39</sup> Cf. *idem*, p. 115-117. Na tradução espanhola, p. 127-129.

<sup>40</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 358-359, p. 287-288.

<sup>41</sup> Cf., a propósito, *idem*, n. 303-305, p. 247-248.

caso no qual o poder judicial influencia sobre a organização<sup>42</sup>. Criá-las é tarefa da organização, mas que não pode restringir-se a normatizações materiais, pois, como os direitos fundamentais simultaneamente influem sobre o direito de organização e procedimento, contribuem para sua realização e asseguramento<sup>43</sup>. Como o seu aspecto é bastante amplo, vai desde os direitos a uma proteção jurídica efetiva<sup>44</sup>, quando pode estar dirigido aos tribunais<sup>45</sup>, até aqueles direitos a “medidas estatais [...] de tipo organizativo”<sup>46</sup>.

Por sua vez, os procedimentos dizem com a possibilidade de assegurar os direitos fundamentais, havendo previsão no Direito vigente de um amplo controle de sua observância pelo Judiciário, o que, no Direito alemão, pode ser identificado, exemplificativamente, no direito de recorrer à via judicial (art. 19<sup>47</sup>, alínea 4, da Lei Fundamental) e no direito de ser ouvido perante os tribunais (art. 103<sup>48</sup>, alínea 1, da Lei Fundamental)<sup>49</sup>.

---

<sup>42</sup> Cf. *idem*, n. 305, p. 248.

<sup>43</sup> Cf., a propósito, *idem*, n. 359, p. 288.

<sup>44</sup> Comparar BVerfGE 24, 367 (401); 35, 348 (361); 37, 132 (148) e outros. (Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 430. Na tradução espanhola, p. 457)

<sup>45</sup> Cf. *idem*, p. 432. Na tradução espanhola, p. 459.

<sup>46</sup> BVerfGE 35, 79 (116) (Cf. *idem*, p. 430. Na tradução espanhola, p. 457). Ao invés de direitos à organização e procedimentos, Alexy entende que se poderia falar – partindo-se de um conceito amplo de procedimento, que também abrange as normas de organização – simplesmente em “direitos a procedimentos” ou de “direitos procedimentais”, o que frequentemente faz por razões de simplificação (BVerfGE 35, 79 (116) (Cf. *idem*, p. 431. Na tradução espanhola, p. 458).

<sup>47</sup> “Art. 19. [Restrições aos direitos fundamentais, garantia da via judicial] (4) Quem for lesado nos seus direitos por ato de autoridade pública poderá recorrer à via judicial. Se não houver outra jurisdição competente, a via será ordinária. Mantém-se intacto o artigo 10, alínea 2, frase 2.”

<sup>48</sup> “Art. 103. [Direito de ser ouvido, punibilidade] (1) Todos têm o direito de serem ouvidos perante os tribunais.”

<sup>49</sup> “Isso é claro nos verdadeiros direitos fundamentais de procedimento (por exemplo, art. 19, alínea 4, 103, alínea 1, da Lei Fundamental).” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 359, p. 288). “Mais além do art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental, e ao lado dela, o Tribunal Constitucional Federal, nomeadamente em sua jurisprudência recente, infere de direitos fundamentais materiais um direito imediato à proteção jurídica efetiva. Nisso aparece o significado crescente dos procedimentos para a realização dos direitos fundamentais (comparar *infra*, número de margem 359). Porque pode prejudicar a validade efetiva mesma dos direitos fundamentais, cada vez, afetados se, ou são estabelecidos obstáculos procedimentais muito altos ou, se uma decisão judicial vem muito tarde para poder eliminar ainda eficazmente a infração de direitos fundamentais. A ela só se deixa opor com configurações procedimentais que têm em conta essa situação de fato.” (*idem*, n. 339, p. 270)

Quando possuem por objeto a edição de normas procedimentais, os direitos fundamentais são endereçados ao legislador<sup>50</sup>. É um direito a procedimentos judiciais e administrativos, que deve relacionar o aspecto procedimental (procedimentos jurídicos) e o aspecto material (direitos fundamentais)<sup>51</sup>.

Na doutrina alemã, não é tratada a categoria das garantias fundamentais, apenas a categoria dos direitos fundamentais, o que é seguido pelo Tribunal Constitucional Federal. Portanto, a referência à prestação de garantia<sup>52</sup> pode ser tomada como instrumento de proteção (*Schutz*) do direito fundamental, que deve estar disponibilizado ao cidadão, para que possa torná-lo efetivo no caso de restrição indevida, especialmente por intermédio dos procedimentos.

A Constituição assegura a via judicial para aquele que teve violado os seus direitos, que pode ser tratado como direito à jurisdição (inciso XXXV do art. 5º) e, ao seu lado, também contemplou o devido processo legal (inciso LIV do art. 5º), além de várias outras previsões relacionadas ao processo, sendo todos verdadeiros direitos fundamentais que devem ser realizados e assegurados tanto pelo legislador como pelo aplicador da norma, o que permite extrair um conteúdo constitucional próprio para cada direito.

Portanto, buscando na Constituição atual, individual-concreta<sup>53</sup>, uma definição do acesso à jurisdição, do devido processo legal, e dos demais comandos constitucionais relacionados ao processo, o seu reconhecimento como direito fundamental lhe dá conteúdo constitucional, e, com isso, possibilita o controle jurisdicional de sua constitucionalidade, que não está ilimitadamente entregue ao legislador infraconstitucional.

É que, para a compreensão do Estado atual e da Constituição atual, o “Estado constitucional” indica um tipo de Estado, cuja Constituição, no âmbito

<sup>50</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 432. Na tradução espanhola, p. 459.

<sup>51</sup> Cf. *idem*, p. 444-445. Na tradução espanhola, p. 472.

<sup>52</sup> O direito poderá ser feito valer por intermédio dos procedimentos, podendo-se dizer que a garantia é uma forma para a sua prática.

<sup>53</sup> Já “para a Doutrina do Direito Constitucional, um tal conceito seria inadequado para fundamentar uma compreensão que estivesse em condições de dirigir o vencimento de problemas jurídico-constitucionais práticos, colocados *hic et nunc*”. Assim, “como a normatividade da Constituição vigente é a de uma ordem histórico-concreta, e a vida, que ela deve ordenar, é vida histórico-concreta, pode, no quadro da tarefa de uma exposição dos elementos fundamentais do Direito Constitucional vigente, somente ser perguntado pela Constituição atual, individual-concreta.” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 1, p. 25-26).

dos direitos fundamentais e da construção estatal, mostra princípios gerais que irão reger a comunidade<sup>54</sup>.

Essa mudança de enfoque é apontada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para o qual “cada vez mais nos distanciamos da concepção tradicional, que via os direitos como simples garantias, como mero direito de defesa do cidadão frente ao Estado e não, como os compreende a mais recente doutrina, como direitos constitucionais institucionais, com ampla e forte potencialização”<sup>55</sup>. Por isso, continua o autor:

A questão revela-se particularmente sensível porquanto dessa forma atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>56</sup>

É que no âmbito dos direitos fundamentais:

Em tal normatividade essencialmente principal encontra-se contida uma autêntica outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito. A particularidade aqui, em relação a outros tipos de regras jurídicas, é que a competência para a desco-

<sup>54</sup> Apesar de Hesse apontar que a *Doutrina do Direito Constitucional atual* não esclareceu suficientemente o conceito e peculiaridade da Constituição, cuja compreensão, que está na base do Estado atual e da Constituição atual, é, muitas vezes, antes pressuposta do que explicitamente fundamentada, refere que está clara a conexão estreita entre Estado e Constituição, cujo “Estado constitucional” irá indicar o *tipo de Estado* e o conteúdo da sua Constituição: “Se em época recente, o conceito de ‘Estado constitucional’, no essencial empiricamente descritivo, coloca-se, como início, no primeiro plano, então fica clara a conexão estreita entre Estado e Constituição (por exemplo, ISENSEE, J. Staat um Verfassung, *HdBStR* I, § 13Rdn. 125 ff.). ‘Estado constitucional’ indica um *tipo de Estado*, cuja Constituição, nos âmbitos dos direitos fundamentais e da construção estatal, mostra princípios gerais e, com isso, comunidades que no desenvolvimento europeu recente ganham significado crescente; nesse aspecto, o conceito circunscreve pontos de referência para a compreensão e o desenvolvimento da Constituição. Comparar, para isso, HÄBERLE, P. Gemeineuropäischen Verfassungsrecht, in: ders., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaats* (1992) S. 71 ff.” (idem, n. 2, p. 26, nota de rodapé 2).

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 655.

<sup>56</sup> Idem, *ibidem*.

berta do direito no caso concreto vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada.<sup>57</sup>

### 3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL NA CONSTITUIÇÃO

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas como instrumento de realização de valores e especialmente valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.<sup>58</sup>

E, partindo da premissa de que o direito ao processo é um direito fundamental, então esse processo também deve ser efetivado por intermédio da observância dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição.

Tomando-se o direito processual como “ramo do direito público constituído pelas normas relativas à organização e funcionamento da atividade jurisdicional, que visa à atuação do direito objetivo, mediante a solução da lide”<sup>59</sup>, pode-se dizer que suas linhas fundamentais são traçadas pelo Direito Constitucional.

A ligação entre Constituição e processo é acentuada no estudo concreto dos institutos processuais, não na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico<sup>60</sup>, sendo este o caminho, segundo Liebman, que transformará o processo de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade<sup>61</sup>.

Assim, o conjunto de normas de Direito Processual que se encontram na Constituição identificam, didaticamente, um *Direito Constitucional Processual*<sup>62</sup>,

<sup>57</sup> Idem, ibidem.

<sup>58</sup> Idem, p. 654.

<sup>59</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 11.

<sup>60</sup> Cf. idem, p. 12.

<sup>61</sup> Cf. LIEBMAN, Eurico Túlio. *Diritto costituzionale e processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, 1952. p. 327 ss.

<sup>62</sup> Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

apesar de o Direito Processual compor um sistema uniforme, o que lhe reconhece unidade processual.

Ada Pellegrini Grinover distingue a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, que está de um lado, e a jurisdição constitucional, que está de outro. Para a autora, nos *princípios fundamentais da organização judiciária* se enquadrariam as normas constitucionais sobre os órgãos jurisdicionais, sua competência e suas garantias; enquanto os *princípios fundamentais do processo*, no plano constitucional, englobariam o direito de ação e defesa e o que deles decorre: o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes e deveres do juiz e das partes, a assistência judiciária etc.; já a *jurisdição constitucional*, por sua vez, compreenderia o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração e a jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais (*habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular)<sup>63</sup>. Ao tratar das garantias constitucionais do direito de ação, a autora se propõe a analisar a tutela constitucional dos princípios fundamentais do processo e, mais especificamente, da “garantia constitucional do direito de ação e de defesa no processo civil”<sup>64</sup>.

É interessante analisar a evolução do direito de ação nos sistemas da *common law* e da *civil law*, pois, apesar de distintos, ambos os modelos contribuem para sua construção no Direito brasileiro, o qual possui sua gênese na Europa continental da *civil law*, traz para sua dimensão atual a necessidade de ser extraído pelo intérprete um conteúdo dos princípios estabelecidos na Constituição, para o qual é significativa a contribuição da experiência da *common law*, que desenvolveu o *due process of law* a partir de sua previsão constitucional, sendo decisiva a construção interpretativa da Suprema Corte, o que também está sendo assimilado, especialmente, pelos tribunais constitucionais.

No sistema da *common law*, analisando-se os antecedentes históricos, pode-se dizer que o art. 39<sup>65</sup> da *Magna Charta Libertatum* (outorgada em 1215 por João Sem Terra, compelido por seus barões, e tornada definitiva em 1225;

<sup>63</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 2.

<sup>64</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>65</sup> “Art. 39. *No free man shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, except by the legal judgement of his peers or by the law of the land* (Nenhum homem livre será detido, preso, privado de seus bens, banido, exilado ou de alguma forma molestado; e nós não agiremos contra ele, nem mandaremos alguém agir, exceto mediante um julgamento legítimo de seus pares ou conforme a lei do país).” O texto original era o seguinte: “*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisetur de libere tenemento suo vel libertatibus, vel liberis*

confirmada em 1297 por Eduardo I, por intermédio da *Confirmatio Chartarum*<sup>66</sup>), é o antecedente direto da cláusula do *due process of law* da Constituição norte-americana. Até hoje o *law of the land* e o *due process of law* são usados como sinônimos. É que depois de três séculos de interpretação da cláusula, como direito a um *orderly proceeding*, inicia-se, por obra de Coke, no século XVII, a evolução do conceito de *law of the land*, que terminará por identificar-se, no século XVIII, com Blackstone, com a tutela da *common law*<sup>67</sup>.

Coube a Blackstone, no século XVIII, retomar a ligação entre o art. 39 da Magna Carta e a *common law*, diante da ampliação das garantias da *law of the land*, promovida pelas revoltas da segunda metade do século XVII, o que levou à formulação de documentos como o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* dos Oranges (1689) e o *Act of Settlement* (1701), que, somado às influências do pensamento do século XVIII, transformou-o na garantia fundamental do processo inglês.

As colônias da América do Norte retomaram, inicialmente, o conceito da *law of the land*, no sentido que lhe haviam dado Coke e Blackstone, porém, posteriormente, o *due process of law*, da tradição do Direito inglês, passaria para a Constituição americana não só como garantia de legalidade, mas, ainda, como garantia de justiça, vinculante para todos os poderes do Estado<sup>68</sup>.

Nas palavras de San Tiago Dantas:

Enquanto na Inglaterra jamais se concebeu que o princípio pudesse ser invocado contra um ato do Parlamento, supremo depositário da soberania, nos Estados Unidos a fórmula cedo começou a ser considerada limitativa para o próprio Congresso, e a constituir um dos *standards* jurídicos com que a Côrte Suprema censura a constitucionalidade das leis [...]<sup>69</sup>

---

*consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittimus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*" (Cf. idem, p. 24).

<sup>66</sup> Era hábito dos soberanos britânicos confirmarem a Magna Carta ao ascenderem ao trono, o que foi feito mais de trinta vezes. (MOTT. *Due Process of Law*, 1926, p. 4 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 23)

<sup>67</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 25-26.

<sup>68</sup> Cf. idem, *ibidem*.

<sup>69</sup> DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a lei e Due Process of Law* (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo). *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 116, p. 359, abr. 1948.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos não referiu expressamente a cláusula, limitando-se, por inspiração de Jefferson, a proclamar o princípio de que todos os homens são iguais por criação e dotados de direito inalienáveis como a vida, a liberdade e a busca da felicidade. A Convenção de Filadélfia, que aprovou a Constituição dos Estados Unidos da América, não contemplou a proteção aos direitos individuais, que somente foram inscritos com as 10 primeiras emendas à Constituição, aprovadas em 1791. A cláusula do *due process of law* integrou o sistema constitucional com a V Emenda, redigida por Madison<sup>70</sup>. Pelo fato de o *Bill of Rights* somente proteger as liberdades individuais contra lesões dos órgãos federais, sentiu-se posteriormente a necessidade de confiar aos mesmos órgãos federais a garantia dos indivíduos contra abusos praticados pelo poder estadual, ao que a XIV Emenda, aprovada pelo Congresso e ratificada pelos Estados, em 1868 incorporou-se à Constituição<sup>71</sup>.

Com a evolução da interpretação, a jurisprudência oscilou, tanto que, na primeira fase da interpretação extensiva que a Corte Suprema imprimiu à cláusula, sua preocupação consistia unicamente em limitar o poder discricionário do Congresso, em relação à modificação das estruturas processuais, sendo interpretada como garantia de legalidade, concernente ao Executivo, Judiciário e Legislativo<sup>72</sup>. Em 1855, no caso *Murray v. Hoboken Land*, a Corte Suprema conferiu um significado mais rigoroso à cláusula: “a norma processual é conforme ao *due process of law* quando, além de não ferir nenhuma garantia processual da Constituição, não está em contraste com os antigos costumes e formas processuais acolhidos na *common law* inglesa, antes de 1776, e subsumidos na América do Norte após a independência”<sup>73</sup>. Era a qualificação de inconstitucional de qualquer estrutura processual que não se adaptasse à tradição da *common law*.

Essa interpretação rigorosa deveria ser abrandada, pois percebeu-se que o conceito de *due process of law* deveria variar, conforme a evolução da consciência comum, tanto que, no caso *Twining v. New Jersey*, a Corte havia negado a

<sup>70</sup> “V Emenda: Ninguém será [...] privado da vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal [...]”.

<sup>71</sup> “XIV Emenda: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis que restrinjam os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

<sup>72</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 31-32.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 32.

possibilidade de serem considerados elementos integrantes do *due process* formas processuais estabelecidas no período inglês da emigração, importadas e respeitadas pelos ancestrais, e, no caso Hurtado, apesar de afirmar que qualquer procedimento conforme a *common law* seria *due process*, avança-se para outras formas procedimentais, embora diversas e inovadoras, que pudessem ser consideradas constitucionais, desde que apresentassem as mesmas garantias asseguradas pela *common law*, observando os princípios fundamentais da liberdade e justiça, que são a base de todas as instituições civis e políticas<sup>74</sup>.

No início do século XX, sob a influência de concepções jusnaturalistas, a Corte Suprema interpretou a cláusula como garantia a um processo que se inspirasse em princípios universais e superiores de justiça. Porém, sob a influência de Magistrados como Holmes, Cardozo e Frankfurter, percebeu-se que os princípios de igualdade e de justiça processual não são expressão de uma norma abstrata e superior, absoluta e transcendental relativamente à normatividade positiva, mas de valores históricos e relativos, que podem ser impostos à razão, em determinado contexto histórico, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país<sup>75</sup>.

Partindo da lição de Pound, Ada Pellegrini Grinover esclarece que o *due process of law* não é um conceito abstrato do qual derivem conclusões absolutas, aplicáveis a qualquer tempo, em todo lugar, mas é um *standard* que guia o tribunal, que deve ser aplicado em razão de circunstâncias especiais de tempo, lugar e opinião pública<sup>76</sup>.

Apesar do nítido sentido processual que se imprimira à cláusula em sua tradição histórica, foi-se impondo um conceito substantivo de *due process of law*, emergente do amplo significado por ela subsumido, quando foi reconduzida a um critério de razoabilidade (*reasonableness*)<sup>77</sup>. Passa-se a uma proteção mais ampla, sem distinção entre *substance* e *procedure*, ao que a cláusula transforma-se na garantia geral da ordem jurídica, pois *judicial process* não significa processo judicial, mas aplicação judicial da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Cf. *idem*, p. 32-33.

<sup>75</sup> Cf., a propósito, *idem*, p. 33-34.

<sup>76</sup> Cf. *idem*, p. 34.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>78</sup> Cf., a propósito, *idem*, p. 35-36.

Portanto, “*due process of law* é, em sentido amplo, a garantia do ‘processo’ legislativo e também a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição”<sup>79</sup>. Ou seja, “ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo)”<sup>80</sup>.

Já no sistema da *civil law*, como o direito é codificado, o direito de ação evolui como direito público subjetivo, razão pela qual está vinculado à ideia do Estado moderno, denominado Estado de Direito, em contraposição ao estado absoluto, o qual reconhece aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos, de posições jurídicas ativas com relação à autoridade estatal<sup>81</sup>. Assim, a violação de um direito ocasiona outro direito: o de invocar a jurisdição do juiz<sup>82</sup>.

Ademais, o problema do direito de ação, que, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, é um problema “metaprocessual”<sup>83</sup>, possui profundas implicações constitucionais. É necessário verificar, além da existência da tutela, a estrutura dessa tutela, ou seja, se a Constituição se limita a assegurar o direito à prestação jurisdicional, ou se também garante ao indivíduo a tutela qualificada, contra qualquer forma de negação de justiça (*Justizverweigerung*)<sup>84</sup>. Para a autora, outras garantias, implícitas no preceito constitucional, podem decorrer da tutela constitucional do direito de ação, mas agora operando no curso do *iter processual*, com a finalidade de tutelar a efetividade da garantia constitucional<sup>85</sup>. Assim, no sistema da *civil law*, a interpretação da cláusula também poderia redundar em garantia da justiça, transcendendo o âmbito processual, para também compreender o substancial. Ou seja, os resultados da *common law* e do direito codificado não diferem essencialmente, provando a universalidade e a unidade do Direito<sup>86</sup>.

Na Constituição de 1967, com a redação dada pela EC 01/1969, a previsão do princípio da inafastabilidade da proteção judiciária estava no art. 153:

---

<sup>79</sup> Idem, p. 36.

<sup>80</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>81</sup> Idem, p. 46.

<sup>82</sup> Cf. *idem*, p. 65.

<sup>83</sup> Idem, p. 74.

<sup>84</sup> Cf. *idem*, p. 76.

<sup>85</sup> Cf., a propósito, *idem*, p. 76-77.

<sup>86</sup> Cf. *idem*, p. 78.

“§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual [...]”. Diante da ausência de previsão específica, esse dispositivo também era utilizado pela doutrina para fundamentar o “devido processo legal”<sup>87</sup>. Para o STF, no entanto, o princípio somente era aplicável ao processo de natureza penal, por expressa individuação do art. 152, § 15: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção”. Ou seja, pelo fato de a norma constitucional falar em acusado, fazia-se a interpretação de que somente se referia aos acusados do processo penal, e, por essa razão, não seria aplicável ao processo de natureza civil<sup>88</sup>.

Para corrigir a falta de previsão expressa, esse princípio foi inserido no art. 5º da Constituição de 1988: “LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Ao analisar a fonte específica das normas jurídicas processuais, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira sustentou que devem ser considerados dois grupos de direitos fundamentais, aqueles pertinentes aos valores da efetividade e os da segurança jurídica, “valores esses instrumentais ao fim último do processo”<sup>89</sup>.

Quanto aos do primeiro grupo, relativo ao valor efetividade, destaca-se a garantia de acesso à jurisdição, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. É claro que não basta apenas permitir a acesso ao Judiciário, mas deve-se, igualmente, “prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos”<sup>90</sup>. Também deve haver mecanismos para uma duração razoável do processo (art. 93, inciso IX, na redação da EC 45), pois a excessiva demora pode levar a situações prejudiciais, inclusive piores ao momento da judicialização da demanda.

No segundo grupo, destaca-se a própria noção de Estado Democrático de Direito, elevado a princípio fundamental pela Constituição de 1988 (art. 1º, *caput*), constituindo substrato essencial para a segurança jurídica, salvaguardando a

<sup>87</sup> Cf. a propósito, *idem*, p. 158.

<sup>88</sup> “JUSTIÇA DO TRABALHO – INAPLICABILIDADE DO ART. 153, § 15, DA EC – Em matéria trabalhista, não tem aplicação o art. 153, § 15, da Emenda Constitucional nº 1, que recomenda ao legislador, que assegure, na lei, aos acusados ampla defesa. Recurso não provido.” (STF, RE 78.868-PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, v.u., J. 04.09.1974, DJU, Seção 1, de 23.10.1974).

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 658.

<sup>90</sup> *Idem*, *ibidem*.

supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais. Nesse contexto, ganha destaque o devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição. Esse princípio exige a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 93, inciso IX).

Assim, na conclusão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “com a ponderação desses dois valores fundamentais – efetividade e segurança jurídica – visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo”<sup>91</sup>.

Situação muito presente na prática forense, especialmente em razão da demora que o processo poderá ter até a sua conclusão, é apontada por Teori Albino Zavascki, para o qual, sempre que o direito à segurança não puder conviver, de forma harmônica e simultânea, com o direito à efetividade, estará caracterizada uma colisão de direitos fundamentais, que reclama uma solução harmonizadora<sup>92</sup>, que poderá ser a outorga de medidas de caráter provisório<sup>93</sup>, podendo consistir, no caso concreto, na técnica da medida cautelar ou da medida antecipatória<sup>94</sup>.

Outros princípios constitucionais do processo também poderiam ser enumerados, pois todos estão disponibilizados para proporcionar um efetivo direito de ação, como é o caso das funções essenciais à Justiça desempenhadas pelo Ministério Público (arts. 127-130), pela Advocacia Pública (arts. 131-132) e pela Advocacia e Defensoria Pública (arts. 133-135), a coisa julgada (art. 5º, inciso

<sup>91</sup> Idem, p. 659.

<sup>92</sup> “Sempre que se tiver presente situação dessa natureza – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, como direito à efetividade da jurisdição – ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 66)

<sup>93</sup> “Em nosso sistema, como em muitos outros, a fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a da outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos.” (idem, p. 66-67)

<sup>94</sup> “No mister de formular a solução conformadora, tem o juiz à sua disposição duas técnicas distintas, que utilizará segundo a natureza do caso concreto: a cautelar e a antecipatória. Com a primeira, assegura a efetividade do processo por meio de medida de garantia (medida genuinamente cautelar, fundada no art. 798 do CPC); com a outra, assegura essa efetividade mediante a antecipação, total ou parcial, de efeitos executivos da própria tutela definitiva pretendida na inicial (medida antecipatória, disciplinada no art. 273 do CPC).” (idem, p. 68)

XXXVI), e os princípios relativos ao processo penal (art. 5º, incisos XXXVIII, LIX, LXVIII etc.).

#### 4 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRINCÍPIOS

O controle jurisdicional procedido pelo STF e pelo STJ externa que os princípios do processo enumerados na Constituição são verdadeiros direitos fundamentais, pois, nos seus julgamentos, têm dado conteúdo aos mesmos, além de, em determinadas situações, fazerem verdadeira ponderação, em razão da sua natureza de princípio.

Ao tratar dos direitos fundamentais, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira alerta que uma

faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, porquanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, como também deve ser qualificada substancialmente.<sup>95</sup>

A questão sobre quais direitos possui o indivíduo como pessoa e cidadão em uma comunidade, a quais princípios está sujeita a legislação estatal e o que é exigido para a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, constituem os grandes temas da filosofia prática e pontos polêmicos centrais das lutas políticas do passado e do presente<sup>96</sup>, que atualmente pode ser traduzida como “luta pela Lei Fundamental”<sup>97</sup>.

Surge, então, a necessidade da interpretação constitucional, de modo que o conteúdo da Constituição seja determinado como realidade a ser ordenada, condicionada pela *possibilidade de realização*<sup>98</sup> desse conteúdo e a *vontade atual*<sup>99</sup> dos participantes da vida constitucional, conforme destaca Konrad Hesse:

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 655.

<sup>96</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 15. Na tradução espanhola, p. 21.

<sup>97</sup> Idem, p. 16. Na tradução espanhola, p. 23.

<sup>98</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 43, p. 48.

<sup>99</sup> Cf., ainda, idem, p. 49.

Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da “realidade” a ser ordenada (*supra*, número de margem 45 e seguinte). Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação; naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador: a atividade interpretativa permanece vinculada à norma.<sup>100</sup>

É oportuno analisar alguns precedentes do STF, dos quais se extrai a preocupação e empenho em dar conteúdo aos princípios do processo, o que é feito na análise do caso concreto, objeto do julgamento.

Inicialmente, quanto ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*), tão caro para o processo, que suscita questões como o tratamento igualitário das partes no feito, apesar de autoaplicável, sequer é passível de regulamentação ou complementação normativa, devendo ser analisado a cada caso pelo Judiciário<sup>101</sup>. Porém, por ser a medula do devido processo legal, não pode ser afastado pela via interpretativa<sup>102</sup>.

O direito ao acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV) é proporcionado para o tratamento de questões judiciosas, sendo vedada a utilização do Judiciário

---

<sup>100</sup> Idem, n. 60, p. 61.

<sup>101</sup> “[...] O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade [...]” (STF, MI 58-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, v.m., J. 14.12.1990, DJU, Seção 1, de 19.04.1991, RTJ 140/747)

<sup>102</sup> “PROCESSO - TRATAMENTO IGUALITÁRIO DAS PARTES - O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elidindo prerrogativa constitucionalmente aceitável.” (STF, HC 83.255/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, v.m., J. 05.11.2003, DJU, Seção 1, de 12.03.2004)

para veiculação de consulta<sup>103</sup>. Quanto à necessidade de custear despesas para demandar em juízo, excetuados os beneficiários da justiça gratuita ou da assistência judiciária (art. 5º, inciso LXXIV c/c art. 134 da Constituição e Lei nº 1.060/1950), a cobrança de taxa judiciária calculada sem qualquer limite sobre o valor da causa obsta o livre acesso à jurisdição (Súmula STF nº 667)<sup>104</sup>.

Com o objetivo de ampliar o acesso à jurisdição, o STF entendeu ser possível às partes designarem representantes para a causa, advogado ou não, ao demandarem perante os Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, sendo, portanto, facultado constituírem ou não advogado para representá-los em juízo<sup>105</sup>.

É certo que o acesso ao Judiciário não pode ser considerado como certeza de que as teses das partes serão acolhidas<sup>106</sup>, não se confundindo a decisão contrária à pretensão com a negativa da prestação jurisdicional<sup>107</sup>. Isso possibilita, inclusive, que o requerente seja carecedor de ação, pois esse direito não assegura o acesso indiscriminado ao Judiciário<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> “[...] São insuscetíveis de apreciação quaisquer petições recursais que veiculem consulta dirigida aos órgãos do Poder Judiciário, eis que postulações dessa natureza refogem ao domínio de atuação institucional dos Tribunais e revelam-se incompatíveis com a própria essência da atividade jurisdicional.” (STF, RE-ED 434.640/CE, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, v.u., J. 06.12.2005, DJU, Seção 1, de 09.06.2006)

<sup>104</sup> “Súmula nº 667 – Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.”

<sup>105</sup> “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra o art. 10 da Lei nº 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais), que permite que as partes designem representantes para a causa, advogado ou não. Entendeu-se que a faculdade de constituir ou não advogado para representá-los em juízo nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis não ofende a Constituição, seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça [...]” (STF, ADIn 3.168/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, v.m., J. 08.06.2006, DJU, Seção 1, de 19.06.2006, Informativo STF nº 430)

<sup>106</sup> “[...] A garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes.” (STF, RE 113.958/PR, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, v.u., J. 15.10.1996, DJU, Seção 1, de 07.02.1997)

<sup>107</sup> “[...] Não há confundir negativa de prestação jurisdicional com decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte.” (STF, AI-AgRg 135.850/SP, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, v.u., J. 23.04.1991, DJU, Seção 1, de 24.05.1991)

<sup>108</sup> “[...] O proprietário do prédio vizinho não ostenta o direito de impedir que se realize edificação capaz de tolher a vista desfrutada a partir de seu imóvel, fundando-se, para isso, no direito de propriedade. A garantia do acesso à jurisdição não foi violada pelo fato de ter-se declarado a carência da ação. O

O objeto do princípio é a inafastabilidade do conhecimento pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito, o qual pode, inclusive, anular atos da Administração Pública, mesmo em casos como de avaliação de candidato em concurso público, excluindo-o do certame com base em critérios subjetivos, sem que sejam fornecidos os motivos<sup>109</sup>, ou diante da verificação sigilosa sobre sua conduta, pública e privada, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidas as razões, sendo a lesão praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, o que impossibilitaria o Judiciário de prestar a tutela jurisdicional, porque não se teria como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios e, por via oblíqua, estaria sendo afastada a apreciação pelo Judiciário da lesão ou ameaça a direito<sup>110</sup>.

O direito ao devido processo legal também tem sido objeto de grande debate no STF, que é tratado em ambos os aspectos: *substantivo* (art. 5º, inciso LIV) e *processual* (art. 5º, inciso LV)<sup>111</sup>.

No entanto, tem-se limitado a aplicabilidade do princípio ao processo, não sendo, portanto, extensível ao inquérito policial, que não é propriamente

---

art. 5º, inciso XXXV, da Constituição não assegura o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário.” (STF, RE 145.023/RJ, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, v.u., J. 17.11.1992, DJU, Seção 1, de 18.12.1992)

<sup>109</sup> “[...] Exame e avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos, atentam contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito [...]” (STF, AI-AgRg 179.583/PE, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 15.04.1996, v.m., DJU, Seção 1, de 01.07.1996)

<sup>110</sup> “Constitucional. Concurso público. Julgamento sigiloso da conduta do candidato. Inconstitucionalidade. CF/1967. Art. 153, § 4º. CF/1988, art. 5º, XXXV. I – Exame e avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito. II – RE conhecido e provido.” (STF, RE 125.556/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, J. 27.03.1992, DJU, Seção 1, de 15.05.1992, RTJ 141/299)

<sup>111</sup> A questão restou esclarecida no voto do Ministro Carlos Velloso: “Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. [...] *Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa” (STF, ADIn (MC) 1.511/DF, Tribunal Pleno, voto do Min. Carlos Velloso, v.m., J. 16.10.1996, DJU, Seção 1, de 06.06.2003).

um processo, já que não é destinado a decidir litígios, ainda que na esfera administrativa, o que, contudo, não afasta o direito de o investigado se fazer assistir por advogado, de não se incriminar e de manter-se em silêncio, que são direitos fundamentais do indiciado<sup>112</sup>.

Consolidando o que vinha sendo sustentado pela doutrina<sup>113</sup>, o STF tem decidido que os princípios do processo não se restringem ao processo judicial, mas também devem ser aplicados ao processo administrativo, e que não se resumem a simples direito de manifestação no processo, mas de a parte ter seus argumentos considerados pelo órgão julgador, especialmente por intermédio do contraditório e pela ampla defesa<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> “[...] Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.” (STF, HC 82.354/PR, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., J. 10.08.2004, DJU, Seção 1, de 02.09.2004, RTJ 191/547)

<sup>113</sup> O entendimento do contraditório como sendo o parâmetro para a diferença entre processo e procedimento é encabeçado por: FAZZALARI, Elio. Processo (teoria generale). *Novíssimo Digesto Italiano*. v. 13, p. 1.067-1.076, 1966. Essa terminologia também é adotada pela doutrina pátria (ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 283 ss.), que pode ser assim resumida: “Utilizar a expressão ‘processo administrativo’ significa, portanto, afirmar que o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo, ocorre também no âmbito da Administração Pública” (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 41).

<sup>114</sup> “Mandado de segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).” (STF,

O STF tem avançado os contornos da definição do processo, alcançando, inclusive, relações estabelecidas entre particulares, reconhecendo o que já vinha sendo sustentado pela doutrina<sup>115</sup>, de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, como se deu em um caso de exclusão de associado, com caráter punitivo decorrente de conduta contrária aos estatutos da associação, na qual não foi oportunizada a observância do devido processo legal que viabilizasse sua ampla defesa e a observação do próprio estatuto da cooperativa<sup>116</sup>.

O direito de obter uma decisão fundamentada (art. 93, inciso IX) impõe que a decisão judicial deva ser motivada, sendo analisadas todas as questões suscitadas<sup>117</sup>, o que também é tomado como garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, como fator de limitação dos poderes conferidos aos Magistrados

---

MS 24.268-0/MG, Tribunal Pleno, Rel. p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, v.m., J. 05.02.2004, DJU, Seção 1, de 17.09.2004)

<sup>115</sup> HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, p. 40-54, jan./mar. 1999; Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Síntese, v. 16, p. 111-125, 1999; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direito fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>116</sup> “[...] Cooperativa. Exclusão de associado. Caráter punitivo. Devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.” (STF, RE 158.215/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., J. 30.04.1996, DJU, Seção 1, de 07.06.1996, RTJ 164/757)

<sup>117</sup> “*HABEAS CORPUS - ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE APELAÇÃO E DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS - IMPUTAÇÃO DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO - DECISÕES QUE NÃO ANALISARAM OS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA DEFESA DO RÉU - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS - INOBSERVÂNCIA - NULIDADE DO ACÓRDÃO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE - A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS - A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes. A DECISÃO JUDICIAL DEVE ANALISAR TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS PELA DEFESA DO RÉU - Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado.” (STF, HC 74.073/RJ, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, v.u., J. 30.05.1997, DJU, Seção 1, de 27.06.1997)*

e tribunais<sup>118</sup>. Apesar de o próprio STF haver decidido que a Constituição não exige que haja o pronunciamento sobre todas as alegações deduzidas<sup>119</sup>, talvez o melhor entendimento fosse de que essa exigência não se torna de todo necessária na hipótese de acolhimento do pedido ou da defesa da parte que não teve analisados todos os seus argumentos, pois, no caso concreto, poderia ser suficiente o acolhimento de um dos argumentos para que a parte tivesse êxito; diversa seria a situação se a parte não tivesse acolhido seu pedido ou defesa, caso no qual se tornaria necessária a análise de todas as questões levantadas e os argumentos desenvolvidos, especialmente para possibilitar eventual recurso.

Como os direitos do processo estão enumerados no rol dos direitos e deveres fundamentais (Título II, Capítulo I, da Constituição), possuem natureza de princípio e, como tal, não são absolutos. Esse entendimento já foi acolhido pelo STF, para o qual os princípios constitucionais do livre acesso ao Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, por não serem absolutos, devem ser exercidos pelos jurisdicionados por meio das normas processuais que regulam as respectivas matérias, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a não admissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais de natureza infraconstitucional<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> “[...] É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciáveis, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos Magistrados e Tribunais.” (STF, HC 68.202/DF, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, v.u, J. 06.11.1990, DJU, Seção 1, de 15.03.1991)

<sup>119</sup> “[...] A Constituição Federal não exige que o acórdão se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes.” (STF, HC 83.073/RJ, 2ª T., Rel. Min. Nelson Jobim, v.u., J. 17.06.2003, DJU, Seção 1, de 20.02.2004)

<sup>120</sup> “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO TRABALHISTA - INADMISSÃO DO RECURSO DE REVISTA - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - 1. Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e hão de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais. 2. Recurso de Revista inadmitido, porque a solução da lide aplicaria no reexame das provas carreadas para os autos, porque não demonstrada a divergência jurisprudencial. Controvérsia a ser dirimida à luz da legislação ordinária que disciplina a matéria, e não viabiliza a instância extraordinária. Agravo regimental improvido.” (STF, AI-AgRg 152.676/PR, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, v.u., J. 15.09.1995, DJU, Seção 1, de 03.11.1995)

Contudo, o próprio STF avançou na questão, esclarecendo que, em razão da normatização infraconstitucional do processo, a qual deve ser analisada no caso concreto, é insubsistente a ótica de que a ofensa à Constituição deva ser direta e frontal<sup>121</sup>. Ou seja, o STF entende que ele deve, caso a caso, analisar a matéria, partindo da previsão normativa infraconstitucional, a fim de aferir se houve ou não transgressão à norma constitucional<sup>122</sup>. É que assim, não procedendo, poderiam ser relegados à inocuidade os princípios que derivam diretamente do princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), tais como a legalidade (art. 5º, inciso II), o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV)<sup>123</sup>. Isso porque a Constituição assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção ampla, o que reclama que seja extraído um conteúdo constitucional, tudo para que a prestação jurisdicional seja da forma mais completa e convincente possível<sup>124</sup>. Essa prestação jurisdicional poderia ser facilmente negada, como ocorreria no caso de omissão da decisão judicial, apesar da interposição de embargos declaratórios, na recusa em emitir entendimento explícito sobre a valia, ou não, de decisão indicada como paradigma para efeito de conhecimento do recurso, ao que persistiria a negativa da prestação jurisdicional, o que configuraria ofensa ao direito fundamental, gerando a nulidade do processo<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> “DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM - A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da ótica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal.” (STF, RE 158.655/PA, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., J. 20.08.1996, DJU, Seção 1, de 02.05.1997)

<sup>122</sup> “[...] Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum.” (RE 158.655/PA, Rel. Min. Marco Aurélio)

<sup>123</sup> “[...] Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.” (RE 158.655/PA, Rel. Min. Marco Aurélio)

<sup>124</sup> “[...] PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INTEIREZA - A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.” (RE 158.655/PA, Rel. Min. Marco Aurélio)

<sup>125</sup> “[...] Omissis o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade. Isso ocorre diante da recusa do órgão julgador em emitir entendimento explícito sobre a valia, ou não, de aresto indicado, como paradigma, para efeito de conhecimento do recurso de revista - art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.” (RE 158.655/PA, Rel. Min. Marco Aurélio)

Há situações nas quais se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo para que se possa solucionar o caso concreto, ocasião na qual eles devem sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda proteger. Essa restrição da aplicação de uma norma de direito fundamental afirma existirem várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Diante desse quadro, necessário seja equacionado o caso apresentado e submetido a uma ponderação entre o princípio de direito fundamental e o princípio que o restringe<sup>126</sup>, para que sejam plenamente realizados.

Considerando que as normas dos direitos fundamentais possuem caráter de princípio<sup>127</sup>, tem-se que, diante dos princípios opostos, eles podem ser restringidos, pois, sendo posições jurídicas *prima facie*, podem ser ponderados em face de situações de colisão de bens ou valores<sup>128</sup>.

Por sua vez, essas restrições aos direitos fundamentais também são passíveis de sofrer limitações. Como somente é admitida a restrição aos direitos fundamentais quando no caso concreto os princípios opostos possuem um peso maior, tem-se que os direitos fundamentais são o limite para a sua própria restrição e restringibilidade<sup>129</sup>. Segundo Alexy, no caso da Lei Fundamental alemã, o conteúdo essencial da alínea 2 do art. 19<sup>130</sup> não formula, diante do princípio da proporcionalidade, nenhuma restrição adicional à restringibilidade

<sup>126</sup> “Para se chegar a restrições definitivas, requer-se uma ponderação entre o respectivo princípio de direito fundamental e o (os) princípio(s) que o restringe. Por isso, poder-se-ia pensar que somente as regras, que segundo a lei de colisão, representam o resultado da ponderação, e não os princípios, podem ser restringidos. Essa concepção equipararia, em certo sentido, os princípios a meros criadores potenciais de restrições com as normas de competência. [...] Por isso, também os princípios pertencem às normas que podem ser restrições a direitos fundamentais. Um princípio é uma restrição a um direito fundamental quando há casos nos quais há um fundamento para que, em lugar de uma liberdade jurídico-fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, vigore uma não-liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo.” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 257. Na tradução espanhola, p. 275-276)

<sup>127</sup> “Quando o Tribunal Constitucional Federal diz que ‘direitos fundamentais de terceiros que entrem em colisão e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional’ podem limitar direitos fundamentais’, se refere a restrições de direitos fundamentais que tenham um caráter de princípio.” (idem, p. 256. Na tradução espanhola, p. 275)

<sup>128</sup> “[...] restrições de direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios jurídico-fundamentais.” (idem, p. 257. Na tradução espanhola, p. 276)

<sup>129</sup> Cf. idem, p. 268. Na tradução espanhola, p. 286.

<sup>130</sup> “Art. 19. [Restrições aos direitos fundamentais, garantia da via judicial] (2) Em caso algum pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial.”

dos direitos fundamentais, sendo equivalente a uma parte do princípio da proporcionalidade<sup>131</sup>.

Na solução da colisão dos direitos fundamentais, é aplicável a matriz metodológica de Konrad Hesse, na qual, por intermédio da *concordância prática*, os bens jurídicos protegidos devem ser coordenados de modo que cada um deles ganhe realidade, e que, na solução do problema concreto, todos conservem a sua identidade<sup>132</sup>.

Essa precedência deve ser condicionada nas situações às quais ela se aplica, razão pela qual Robert Alexy traz o conceito de relação de precedência condicionada, que é significativa para a compreensão da colisão de princípios e para a teoria dos princípios. Explicando referido conceito, o autor descreve o procedimento empregado pelo Tribunal Constitucional alemão em caso relevante para o âmbito processual, no qual foi alegada a incapacidade processual para participação em uma “audiência oral”, pois, devido à tensão que o ato traria consigo, o acusado corria o risco de um ataque e de um enfarte do coração<sup>133</sup>. Foram designados dois princípios opostos para a solução da incapacidade processual, “P1” (princípio da proteção à vida e à integridade física) e “P2” (princípio do Estado de Direito, por intermédio da aplicação efetiva do Direito Penal). Essa situação não é solucionada com a declaração de invalidez de um dos princípios, o que levaria à sua eliminação do ordenamento jurídico. Também não se resolve com a introdução de uma exceção em um dos princípios, o que poderia ser aplicado para todos os casos futuros. O estabelecimento

<sup>131</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 272. Na tradução espanhola, p. 291.

<sup>132</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 72, p. 66 ss.

<sup>133</sup> Nesse feito, o Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 51, 324) analisou o caso de execução de uma audiência principal cujo acusado corria o perigo de um ataque apoplético e de um enfarte do coração. As normas colidentes eram de um lado o “direito fundamental à vida e à integridade física” (art. 2, alínea 2, período 1 da LF) e de outro o princípio do Estado de Direito, por intermédio da garantia da aplicação efetiva do Direito Penal. Se existisse somente o primeiro direito, a audiência facilmente seria proibida. Por outro lado, se existisse somente o dever do Estado de aplicar o Direito, a audiência seria qualificada como ordenada ou pelo menos permitida. Se o tribunal tivesse tirado do ordenamento jurídico o direito fundamental ou o dever, teria tratado a colisão das normas como *contradição*, e com isso como conflito de regras. Ele, porém, não falou de contradição entre as normas, mas de uma *situação de tensão*, acentuando que nenhuma delas goza “sem mais e sem menos da primazia sobre a outra” [BVerfGE 51, 324 (345)]. O caso deve ser resolvido por ponderação, em que é importante se “os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, no caso concreto, visível e essencialmente pesam mais do que aqueles interesses a cuja defesa a medida estatal deve servir” (BVerfGE 51, 324 (346)) (Cf. HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60, nota de rodapé 41).

das condições de precedência condicionada consiste na fixação de condições, sob as quais um princípio precede ao outro no caso concreto. Tomados em si mesmos,  $P1$  e  $P2$  conduziram a juízos reciprocamente contraditórios, pois, para  $P1$ , estaria proibido o ato judicial, e, para  $P2$ , estaria ordenada a sua realização. Assim, seria designado “ $P$ ” como símbolo para a relação de precedência, enquanto “ $C$ ” como condições sob as quais um princípio precede a outro, ao que podem ser estabelecidas quatro possibilidades teóricas genéricas para a solução do caso: (1)  $P1 P P2$ ; (2)  $P2 P P1$ ; (3)  $(P1 P P2) C$ ; (4)  $(P2 P P1) C$ . As primeiras hipóteses (1) e (2) são relações de precedência incondicionadas, que deveriam de ser excluídas, pois o Tribunal exclui a aceitação de uma relação de precedência incondicionada. Restariam as alternativas (3) e (4), que são relações de precedência condicionadas. Na escolha entre elas, utiliza-se a metáfora do peso. Como os interesses em jogo não são quantificáveis, caberia perguntar-se o que se quer dizer com o discurso dos pesos. A essa questão, o jurista alemão responde com o conceito de relação de precedência condicionada: o princípio  $P1$ , em um caso concreto, tem um maior peso que o princípio oposto  $P2$ , quando existem razões suficientes para que  $P1$  preceda a  $P2$ , sob as condições  $C$  dadas no caso concreto. Foi essa, exatamente, a solução do Tribunal, que, diante da condição de precedência de  $P1$ , decidiu: “Se existe manifestamente perigo concreto de no caso de realizar-se a audiência principal que o acusado perca sua vida ou sofra graves danos à sua saúde, então a continuação do processo lesiona o seu direito fundamental ao art. 2 alínea 2 frase 1 da LF”<sup>134</sup>.

Do enunciado de preferência, baseado em uma relação de precedência condicionada, Alexy chega a uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão aquelas condições específicas: “Se o princípio  $P1$ , sob as circunstâncias  $C$ , precede o princípio  $P2$ :  $(P1 P P2) C$ , e se de  $P1$  sob as circunstâncias  $C$  resulta a consequência jurídica  $R$ , então vale uma regra que contenha  $C$  como suporte fático e  $R$  como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ ”<sup>135</sup>.

Para se tornar eficaz, a maioria dos direitos fundamentais necessita de organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida que eles devem garantir, cuja principal tarefa cabe ao legislador<sup>136</sup>. Essa “organização”

<sup>134</sup> BVerfGE 51, 324 (346); Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 82-83. Na tradução espanhola, p. 93. “Art. 2 [livre desenvolvimento da personalidade, direito à vida; à integridade corporal, liberdade da pessoa] [...] (2) Cada um tem o direito à vida e à integridade corporal [...]”

<sup>135</sup> Idem, p. 83. Na tradução espanhola, p. 94.

<sup>136</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 248-249.

compreende, embora em dimensão diferente, uma parte de “concretização” dos direitos fundamentais. Na medida em que organização e concretização coincidem, o legislador está vinculado à Constituição, sujeitando-se ao controle do Tribunal Constitucional<sup>137</sup>. Organização não equivale a uma autorização para a limitação de direitos fundamentais, pois o legislador organizador permanece completamente vinculado à normalização jurídico-fundamental, apesar de ocasionalmente não distingui-las, como é o caso da Lei Fundamental alemã no art. 14, alínea 1, frase 2, quando deve determinar o conteúdo e as barreiras da propriedade ou quando ela o autoriza no art. 12, alínea 1, frase 2, a regular o exercício da profissão. Nos casos de reservas de regulação, pode ser tanto organização como limitação (secundária).

No âmbito do processo, o escrito atualizado de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere a importância de se afastar o formalismo oco e vazio, atentando-se para um formalismo-valorativo:

De tudo que foi dito e analisado impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo – relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente –, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo.<sup>138</sup>

É interessante verificar um precedente do STJ citado no referido texto, que, apesar de utilizar terminologia diversa, fez a ponderação de princípios para decidir o caso concreto, que, em razão das suas particularidades, não permitia a aplicação isolada de norma infraconstitucional.

No REsp 299-RJ<sup>139</sup>, o caso analisado tratava sobre a contagem do prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória. Existindo três correntes

<sup>137</sup> BVerfGE 12, 45 (53).

<sup>138</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: <[www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAOOFormalismo-valorativonoconfrontocomoFormalismoexcessivo290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAOOFormalismo-valorativonoconfrontocomoFormalismoexcessivo290808.htm)>. Acesso em: 04 set. 2006.

<sup>139</sup> “Processo civil. Ação rescisória. Recurso inadmitido por intempestividade. Início do prazo decadencial. Correntes. Exegese. Mesmo quando se perfilha a corrente segundo a qual o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória se conta do trânsito em julgado da decisão e não do acórdão que não conheceu, por intempestivo, do recurso, uma vez que a interposição extemporânea desse não elide o trânsito já consumado, circunstâncias especiais do caso concreto podem afastar o reconhecimento

doutrinárias sobre a contagem<sup>140</sup>, não foi acolhida a tese sustentada pelo recorrente, de que o trânsito em julgado somente se daria após a última decisão, sendo irrelevante se o recurso foi ou não conhecido<sup>141</sup>. No entanto, no caso concreto, havendo sido interposto recurso extraordinário, o qual foi admitido pelo STF por força de agravo, vindo, posteriormente, a ser declarado intempestivo pelo próprio STF, a parte já estava impossibilitada de ajuizar a ação rescisória em razão do decurso de seu prazo decadencial<sup>142</sup>.

---

da decadência. A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.” (STJ, REsp 299-RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, v.u., J. 28.08.1989, RSTJ 4/1.554).

<sup>140</sup> “Três correntes doutrinárias versam a essência da questão posta à apreciação. Por uma delas, o trânsito em julgado somente se dá após a última decisão, sendo irrelevante se o recurso foi ou não conhecido. Segundo outra corrente, o recurso inadmissível, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado, que exsurgiria a partir da configuração da inadmissibilidade e não da decisão que a sua acolhida tornaria incerto e inseguro o direito, na medida em que, a qualquer tempo, após uma decisão transita em julgado, a parte vencida poderia manejar recurso manifestamente intempestivo apenas para obter o prazo bial que o ensinasse ajuizar a rescisória, reavivando uma demanda já finda, em autêntico retorno aos tempos de antanho, anteriores à *actio iudicati*, quando as ações se eternizavam, em prejuízo do interesse público. O Direito busca a paz social e esta se alcança quando se tem a certeza jurídica, que advém da *res iudicata*. A propósito, em apontamentos à ação rescisória, recentemente tive a oportunidade de expressar que ‘a imutabilidade das decisões judiciais surgiu como um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa da intranquilidade social que afastaria o fim primário do Direito, que é a paz social’ (RJTJESP 116/8). A *três*, porque o escopo do recurso especial pela sua natureza de apelo excepcional, vinculado à ‘questão federal’, não é o reexame da causa para aferir os eventuais direitos das partes em conflito, mas sim tutelar a autoridade e a unidade do direito infraconstitucional.” (RSTJ 4/1.556)

<sup>141</sup> “Em que pese versada com brilho, e até sustentada em antigos precedentes, não vejo como acolher, na tese a douda argumentação. A *uma*, porque a mesma superada foi jurisprudencial na própria Suprema Corte, como registrado, em se tratando de recurso inadmissível pela intempestividade. A *duas*, porque a sua acolhida tornaria incerto e inseguro o direito, na medida em que, a qualquer tempo, após uma decisão transita em julgado, a parte vencida poderia manejar recurso manifestamente intempestivo apenas para obter o prazo bial que o ensinasse ajuizar a rescisória, reavivando uma demanda já finda, em autêntico retorno aos tempos de antanho, anteriores à *actio iudicati*, quando as ações se eternizavam, em prejuízo do interesse público. O Direito busca a paz social e esta se alcança quando se tem a certeza jurídica, que advém da *res iudicata*. A propósito, em apontamentos à ação rescisória, recentemente tive a oportunidade de expressar que ‘a imutabilidade das decisões judiciais surgiu como um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa da intranquilidade social que afastaria o fim primário do Direito, que é a paz social’ (RJTJESP 116/8). A *três*, porque o escopo do recurso especial pela sua natureza de apelo excepcional, vinculado à ‘questão federal’, não é o reexame da causa para aferir os eventuais direitos das partes em conflito, mas sim tutelar a autoridade e a unidade do direito infraconstitucional.” (RSTJ 4/1.557)

<sup>142</sup> “A espécie, no entanto, a meu juízo, está a merecer exame especial, em decorrência de circunstâncias que a distinguem. Com efeito, vê-se dos autos que, decididas as causas conexas em primeiro e segundo graus, interposto o extraordinário, foi o mesmo admitido por força de agravo, com suporte em norma regimental, ‘para melhor exame do caso’, por determinação do relator, o saudoso Ministro Barros Monteiro (DJ DE XI/72, p. 7725). Anos após, entretanto, o Supremo Tribunal Federal dele não conheceu, por maioria, relator o Ministro José Néri, do fundamento de intempestividade, ao argumento central de que, na vigência do Código de Processo Civil anterior, se firmara a exegese de que o prazo corria em férias forenses em se tratando de recurso extraordinário, inaplicando-se o art. 26 do referido Código, que determinava a suspensão do prazo por superveniência de férias que absorvessem pelo menos a metade da sua duração. Reconhecida essa intempestividade em dezembro de 1981, a rescisória foi ajuizada em setembro de 1983, tendo sido liminarmente indeferida sob o fundamento de que o trânsito em julgado, com a inadmissibilidade do extraordinário, retroagira a

Conforme argumentado pela parte, esse impedimento decorrera da inexistência, à época, da coisa julgada, ao que foi acrescido que o julgamento da intempestividade no STF não se dera por unanimidade<sup>143</sup>. O Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, apesar de ser contrário à tese da tempestividade recursal defendida pela parte, considerou que existia uma expectativa de tempestividade do recurso extraordinário, quase configurando uma presunção, especialmente porque a inadmissibilidade no tribunal *a quo* não decorrera de extemporaneidade do extraordinário<sup>144</sup>. A intempestividade declarada no STF quase um decênio após também não se dera por unanimidade, pois baseada em interpretação discutível<sup>145</sup>. A isso, foi acrescido que a tese da retroação do *dies a quo* do prazo bienal da decadência, além de não ser pacífica<sup>146</sup>, não fora demonstrada ou mesmo alegada eventual má-fé dos recorrentes, que estiveram impossibilitados de ajuizar a rescisória enquanto pendente de julgamento o extraordinário admitido<sup>147</sup>. Assim, diante das circunstâncias especiais do caso analisado, foi admitida a tempestividade da rescisória ajuizada<sup>148</sup>.

---

janeiro de 1972, quando decorrido o prazo recursal para a impugnação do acórdão (CPC, art. 467).” (RSTJ 4/1.557-1.558)

<sup>143</sup> “É contra esse entendimento que se batem os recorrentes, salientando que o extraordinário fora inicialmente admitido e que o julgamento da intempestividade não se fez por unanimidade, acrescentando que não lhes era, até então, possível propor a rescisória à míngua de comprovação da coisa julgada.” (RSTJ 4/1.558)

<sup>144</sup> “Perfilhando-me na terceira das referidas correntes, pelas razões já assinaladas, não posso, no entanto, deixar de reconhecer que o caso concreto apresenta peculiaridades que recomendam o provimento do recurso para afastar a decadência reconhecida no egrégio Tribunal de origem. *Em primeiro lugar* porque, não obstante alçado apenas para melhor exame, não se pode deixar de considerar que passou a existir uma expectativa de tempestividade do extraordinário, quase a configurar uma presunção, inclusive porque a inadmissibilidade, no Tribunal *a quo*, não decorrera de extemporaneidade do extraordinário.” (RSTJ 4/1.558)

<sup>145</sup> “*Em segundo lugar*, porque a intempestividade, declarada no Supremo quase um decênio após (XII/1981), não se deu por unanimidade, sendo de aduzir-se que baseada em interpretação discutível e merecedora de críticas até mesmo naquele Excelso Pretório, como anotado pelo Ministro Clóvis Ramallete, autor do voto vencido.” (RSTJ 4/1.558)

<sup>146</sup> “*Em terceiro lugar*, porque também a tese da retroação do *dies a quo* do prazo bienal da decadência não é pacífica. Ao contrário, como registrado, sobre a mesma existe dissenso.” (RSTJ 4/1.558)

<sup>147</sup> “*Em quarto lugar*, porque não demonstrada, nem sequer alegada, a má-fé dos recorrentes, que se viram impossibilitados de ajuizar a rescisória enquanto pendente de julgamento o extraordinário já admitido para ‘melhor exame.’” (RSTJ 4/1.558)

<sup>148</sup> “*Em quinto e último lugar*, porque, sem embargo de filiar-me à terceira das três linhas de hermenêutica na *vexata quaestio*, reconheço que circunstâncias especiais podem afastar a sua aplicação, sob pena de efetivarem-se situações que a consciência jurídica repudia, refletidas no brocardo *summum jus summa injuria*. A melhor interpretação, proclamava Piragibe da Fonseca, em sua Introdução ao Estudo do Direito, ‘não é absolutamente aquela que se subordina servilmente às palavras da lei, ou que usa

Na verdade, o procedimento adotado pelo STJ foi ponderar os princípios que estavam colidindo. Apesar de não expresso nesses termos, isso fica claro no voto do Ministro Athos Carneiro, que identificou o “choque entre dois institutos com embasamento constitucional”, estando, de uma parte, o “interesse na certeza quanto à data do trânsito em julgado da decisão”, pois o prazo para a propositura da rescisória correria a partir da “data real” (trânsito em julgado) e, de outra parte, o direito e a previsão da rescisória, expressa em vários textos constitucionais sobre competência e nos casos previstos na lei processual<sup>149</sup>. Para o ministro, o caso concreto possibilitaria uma “decisão iníqua”<sup>150</sup>, acaso aplicada restritivamente a norma infraconstitucional que estabelece o prazo para o ajuizamento da rescisória<sup>151</sup>, pois, havendo sido inicialmente admitido o recurso

---

de raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, mas aquela que se preocupa com a solução justa’. Interpretar, já constava das institutas (Gottlieb Heineccio, § 28), não é conhecer ou saber as palavras da lei, mas sim a sua força e o seu alcance. A lei, prelecionava o grande Amílcar de Castro, embora nunca ao arripio do sistema jurídico, deve ser interpretada em termos hábeis e úteis. Com os olhos voltados, aduza-se com Recasesn Siches, para a lógica do razoável. Como já assinalei em outra oportunidade (cfr. RTJ 114/363, no relatório do RE 103.909), o magistrado não é amanuense da lei, com mera função de conferir fatos com dispositivos legais, aplicando textos com a insensibilidade das máquinas. A própria lei confere função singular ao magistrado, quando estabelece que, na sua aplicação, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. Em outras palavras, a lei deve ser, nas mãos do seu aplicador, um instrumento de realização do bem social, porque o rigorismo da interpretação dos textos legais pode, muitas vezes, nos conduzir ao descompasso com a realidade, o que significaria o primeiro passo para uma injustiça. Em conclusão, conhecendo do recurso pela divergência pretoriana e pela acolhida da relevância, o provejo para afastar a decadência a que se dera guarida.” (RSTJ 4/1.559)

<sup>149</sup> “O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Senhor Presidente, no caso ora em julgamento, aparentemente estaria ocorrendo um choque entre dois institutos com embasamento constitucional. De uma parte, o interesse na certeza quanto à data do trânsito em julgado da decisão, tendo o Pretório Excelso, na atualidade, firmado a tese de que a decisão que declara a intempestividade de um recurso, sendo meramente declaratória, não tem o condão de impedir que o decisório recorrido já tenha transitado em julgado quando da interposição desse recurso. Portanto, o prazo para a propositura da ação rescisória correria a partir da data ‘real’, digamos assim, do trânsito em julgado. De outra parte, o litigante tem direito, e a previsão desta ação é expressa em vários textos constitucionais sobre competência, tem direito ao ajuizamento da ação rescisória, naqueles casos previstos na lei processual civil.” (RSTJ 4/1.560)

<sup>150</sup> “Verifica-se, então, aqui, o seguinte: como bem frisou o eminente Ministro Relator, a aplicação rigorosamente formal da tese dominante sobre o *dies a quo* iria conduzir a uma decisão iníqua, porque iria privar, absolutamente, o vencido, da faculdade de ajuizar ação rescisória. Realmente, no caso o recurso extraordinário fora admitido e, portanto, no prévio juízo de admissibilidade fora declarado tempestivo. Subiu o processo ao Pretório Excelso e ficaram as partes aguardando a decisão.” (RSTJ 4/1.560)

<sup>151</sup> “Pergunta-se, assim: que atitude poderia tomar, entretentes, o ora autor da ação rescisória? O seu recurso extraordinário estava admitido, e em via de apreciação no Supremo Tribunal. Poderia ele, dentro do biênio, ao tempo creio até que quinquênio, poderia ele quicá ajuizar uma ação rescisória

dirigido ao STF, uma interpretação de retroação da intempestividade privaria absolutamente o direito de ajuizar rescisória contra o acórdão recorrido<sup>152</sup>. Assim, salvo a hipótese de má-fé na interposição do recurso, o prazo decadencial somente passaria a fluir da data em que o sucumbente possa efetivamente saber que transitou em julgado a decisão rescindenda<sup>153</sup>.

Por sua vez, o Ministro Fontes de Alencar ressaltou o direito constitucional à rescisória, que no caso concreto, deveria ser garantido, diante da impossibilidade de ser imputada culpa ao jurisdicionado, que não poderia exercer esse direito no caso de ser interpretada literalmente a norma infraconstitucional<sup>154</sup>.

Do exame dos votos e da decisão do STJ, à semelhança da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão tomada no caso em que foi afastada a obrigação ao comparecimento do acusado à “audiência oral”, cuja audiência principal trazia risco de vida ou de graves danos à saúde do acusado acaso o

---

em caráter *ad cautelam*? Em primeiro lugar, parece-me muito discutível possa alguém ingressar com uma rescisória *ad cautelam*, porque o pressuposto da rescisória, exatamente, é o trânsito em julgado da decisão, comprovado através da certidão. Não podendo ajuizar ação rescisória *ad cautelam*, e não tendo mesmo nenhum motivo razoável de fazê-lo, pois seu recurso extraordinário fora tido por admissível, por tempestivo, o recorrente ficou aguardando. Anos mais tarde vem a decisão do Pretório Excelso, que declara o recurso extraordinário intempestivo. Então este cidadão terá perdido o direito de ajuizamento da ação rescisória, sem que o seu prazo bienal sequer tivesse, em momento algum do tempo, se iniciado?” (RSTJ 4/1.560-1.561)

<sup>152</sup> “Ou seja, estará ele sendo privado, absolutamente, do direito de propor a ação rescisória, sem conduta alguma de sua parte reveladora de resquício de má-fé ou de uso indevido de remédios processuais? É possível portanto sustentar, como eminente Ministro Relator, que realmente, consoante a terceira posição a que Sua Exa. se referiu, o *dies a quo* para o início da ação do biênio decadencial retroage, salvo quando a tempestividade tenha sido admitida no juízo inicial de admissibilidade do recurso, e a retroação possa privar, absolutamente, a parte do direito de ajuizar a ação rescisória contra acórdão. Digo mais: como poderá ter início um prazo decadencial para o ajuizamento de uma ação, se o interessado ignora, se não pode saber se o *dies a quo* ocorreu ou não, eis que não pode adivinhar o julgamento do juízo *ad quem* no alusivo à tempestividade do recurso pendente? Nem sempre a aplicação rigorosa da lógica forma conduz a resultados juridicamente razoáveis.” (RSTJ 4/1.561)

<sup>153</sup> “Assim, *salvante a hipótese de má-fé na interposição do recurso*, tenho em que o prazo decadencial somente passará a fluir da data em que o sucumbente possa saber que transitou em julgado o aresto rescindendo. Antes, não. Então, com estas observações e ressalvas, acompanho o eminente Sr. Ministro Relator em seu, se V. Exa. me permite, magnífico voto.” (RSTJ 4/1.561)

<sup>154</sup> “À luz da expressão regimental e do contido na súmula mencionada, poderia chegar a uma conclusão contrária à do eminente Sr. Ministro Relator. Há contudo, no caso, um detalhe ressaltado com assaz propriedade pelo eminente Sr. Ministro Athos Carneiro, precisamente no que toca ao direito constitucional à rescisória, sabido que se trata de um direito potestativo e que, no caso concreto, sem que se possa imputar ao recorrente qualquer grau de culpa, não poderia ter sido exercitado. Ora, se assim se mostra, creio que a melhor solução, para o caso concreto, a adotou o eminente Sr. Ministro Relator.” (RSTJ 4/1.562)

processo continuasse<sup>155</sup>, verifica-se que o procedimento adotado foi ponderar princípios que estavam colidindo, estando, de um lado, o *princípio da legalidade, por intermédio da aplicação efetiva do Direito Processual Civil* (art. 5º, inciso II), segundo o qual havia transcorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória (art. 495 do CPC) em razão da intempestividade do recurso extraordinário, enquanto, do outro lado, estava o *princípio do acesso à jurisdição* (art. 5º, inciso XXXV) e o *direito à rescisória* previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional (art. 102, inciso I, alínea *j*, art. 105, inciso I, alínea *e*, e art. 108, inciso I, alínea *b* da Constituição; art. 485 e ss. do CPC).

No caso concreto, julgado pelo STJ, foi alegado que o prazo para a rescisória ainda não havia transcorrido em razão de a parte não saber desse transcurso, pois a decisão do STF, declarando a intempestividade do recurso extraordinário interposto contra a decisão rescindenda, ocorrera vários anos após a admissão do recurso. Para a solução da questão, podem ser eleitos princípios opostos, “*P1*” (princípio da legalidade, por intermédio da aplicação efetiva do Direito Processual Civil) e “*P2*” (princípio do acesso à jurisdição e o direito à rescisória). Tomados isoladamente, *P1* e *P2* conduziriam a juízos contraditórios, pois para *P1* estaria vedada a rescisória, enquanto para *P2* estaria possibilitado o seu processamento. Assim, designando “*P*” como relação de precedência, enquanto “*C*” como condições sob as quais um princípio precede a outro, podem ser estabelecidas quatro possibilidades teóricas genéricas para a solução do caso: (1) *P1 P P2*; (2) *P2 P P1*; (3) (*P1 P P2*) *C*; (4) (*P2 P P1*) *C*. As hipóteses (1) e (2) são relações de precedência incondicionadas, que devem ser excluídas, pois não pode ser aceita uma relação de precedência incondicionada. Para a escolha entre as alternativas (3) e (4), que são relações de precedência condicionadas, utiliza-se a ponderação. No caso concreto, o princípio *P1*, segundo o qual não pode ser exercida a rescisória diante da decisão de intempestividade de recurso extraordinário interposto em face da decisão rescindenda, se já transcorrido o prazo decadencial, tem menor peso que o princípio oposto *P2*, pois existem razões suficientes para que *P2* preceda a *P1*, sob as condições *C* do caso concreto, já que, tendo sido inicialmente admitido o recurso extraordinário pelo próprio STF, a posterior declaração de intempestividade do STF, quase um decênio após a admissão do recurso, afastaria absolutamente o direito de ajuizar a rescisória sem que a parte soubesse que teve início a contagem do prazo decadencial de dois anos, pois a decisão rescindenda, até o pronunciamento da intempestividade

<sup>155</sup> BVerfGE 51, 324 (346).

do STF, ainda não havia transitado em julgado. A isso deve ser acrescida a ausência de má-fé da parte na interposição do recurso, que até poderia ter ajuizado a rescisória se a decisão de intempestividade tivesse sido prolatada antes do decurso do prazo decadencial, mas, nessas circunstâncias, não pode ser imputada culpa à parte, que não podia exercer o direito da ação rescisória. Assim, pode-se dizer que a solução do STJ, diante da condição de precedência de P2, foi a seguinte: “salvante a hipótese de má-fé na interposição do recurso, [...] o prazo decadencial somente passará a fluir da data em que o sucumbente possa saber que transitou em julgado o aresto rescindendo”<sup>156</sup>.

Portanto, a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão aquelas condições específicas será a seguinte: O *princípio do acesso à jurisdição* (art. 5º, inciso XXXV) e o *direito à rescisória* previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional (art. 102, inciso I, alínea *j*, art. 105, inciso I, alínea *e*, e art. 108, inciso I, alínea *b* da Constituição; art. 485 e ss. do CPC), sob as *circunstâncias* de o sucumbente não poder saber que transitou em julgado a decisão rescindenda em razão de haver interposto recurso, que inicialmente foi recebido e posteriormente declarado intempestivo quando já transcorrido o prazo da rescisória, além de não haver agido de má-fé na interposição do recurso, precedem ao *princípio da legalidade, por intermédio da aplicação efetiva do Direito Processual Civil* (art. 5º, inciso II), pelo qual teria transcorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória (art. 495 do CPC) em razão da intempestividade do recurso, valendo a seguinte *regra como consequência jurídica: o prazo decadencial para a ação rescisória somente passará a fluir da data em que o sucumbente possa efetivamente saber que transitou em julgado a decisão rescindenda, salvo hipótese de má-fé na interposição de recurso.*

Essa perspectiva do direito fundamental ao processo foi, posteriormente, confirmada pelo STJ em outros julgados. No EDREsp 404.777/DF<sup>157</sup>, julgado pela

<sup>156</sup> Isso ficou expressamente consignado no voto do Ministro Athos Carneiro: “Assim, salvante a hipótese de má-fé na interposição do recurso, tenho em que o prazo decadencial somente passará a fluir da data em que o sucumbente possa saber que transitou em julgado o aresto rescindendo.” (RSTJ 4/1.561)

<sup>157</sup> “PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - PRAZO PARA PROPOSITURA - TERMO INICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS - CPC, ARTS. 162, 163, 267, 269 E 495 - A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide. Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade de seu trânsito em julgado parcial. Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. Embargos

Corte Especial, foi decidido que, diante da unidade e indivisibilidade da ação, não se pode falar em fracionamento da sentença, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial, e, com isso, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. Já no REsp 441.252/CE<sup>158</sup>, julgado pela 4ª Turma, foi decidido que o prazo de decadência da rescisória começa a fluir a partir do trânsito em julgado do acórdão que julga intempestiva a apelação, ressalvada a demonstração do comportamento malicioso do recorrente, que tivesse agido de má-fé para reabrir prazo recursal já vencido.

Desse modo, mesmo que a matéria a ser apreciada pelas instâncias superiores tão somente se refira à intempestividade do apelo, existindo discussão acerca desse requisito de admissibilidade, não há falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso, o que culminou no enunciado da Súmula nº 401: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Essa precaução, aliás, foi tomada na redação do CPC/2015, que expressamente previu que a contagem do prazo da ação rescisória inicia do trânsito em julgado da última decisão prolatada no processo, conforme previsto no art. 975. “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo é formado por valores que estão na Constituição, o que justifica a relação entre Constituição e Direito Processual, devendo o processo ser visto na perspectiva dos direitos fundamentais.

---

de divergência improvidos.” (STJ, EDREsp 404.777/DF, Rel. Min. Fontes de Alencar, Corte Especial, v.m., J. 3.12.2003, DJU, Seção 1, de 11.04.2005)

<sup>158</sup> “AÇÃO RESCISÓRIA - Decadência. Recurso intempestivo. O prazo de decadência da rescisória começa a fluir a partir do trânsito em julgado do acórdão que julga intempestiva a apelação, salvo se demonstrado o comportamento malicioso do apelante, que age de má-fé para reabrir prazo recursal já vencido. Não demonstrada essa situação, o razoável é considerar que o recorrente confiava na eficácia do seu recurso, contando apenas do seu julgamento o prazo para a ação de rescisão. Entendimento diverso obrigará as partes a ingressarem com o recurso e com a ação rescisória, pois ninguém sabe de antemão qual será o julgamento sobre a admissibilidade. Anulação do acórdão que não fundamentou o deferimento de indenização em valores muito acima dos concedidos para a mesma situação. Recurso conhecido em parte, pela divergência, mas desprovido.” (STJ, REsp 441.252/CE, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., v.m., J. 22.10.2002, DJU, Seção 1, de 17.02.2003)

Considerando a necessária clareza terminológica e conceitual da estrutura dos direitos fundamentais, os comandos constitucionais do processo devem ser tratados como verdadeiros direitos fundamentais, pois poder-se-á encontrar dificuldade para sustentar sua natureza de garantia, se tomada como mera disposição assecuratória, diante da possibilidade de nela identificar uma reserva qualificada dos direitos fundamentais e, portanto, colocá-la dentro de um modelo puro de regras, o qual resultaria ser insuficiente, pois não solucionaria todos os problemas que podem ser apresentados.

É que, na teoria dos direitos fundamentais, a restrição a um direito fundamental se submete à ponderação, fracassando o intento de solução unicamente por meio da subsunção, pois pode-se necessitar de uma extensa ponderação entre o peso que tem sua superação e a violação do direito fundamental. Os meios para assegurar os direitos fundamentais são os procedimentos, que encontram previsão no direito geral à jurisdição.

Nos precedentes do STF e do STJ os princípios do processo previstos na Constituição são considerados direitos fundamentais, aos quais é conferido conteúdo pelo tribunal, além de, em determinados casos, serem ponderados em razão da sua natureza de princípio.

A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição dependerá da sua aplicação, interpretação e dogmatização, sendo ônus inicial do legislador, acrescido do desafio principal da doutrina, no desempenho de seu papel propositivo, e do Judiciário, no exercício da sua função concretizadora.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996.

ALVES, Eliana Calmon. Princípios e garantias constitucionais do processo. Disponível em: <[www.stj.gov.br/Discursos/0001114/PrincipioseGarantiasConstitucionaisdoProcesso.doc](http://www.stj.gov.br/Discursos/0001114/PrincipioseGarantiasConstitucionaisdoProcesso.doc)>. Acesso em: 03 abr. 2006.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionaes*: do congresso e do executivo ante a justiça federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, s.d.

\_\_\_\_\_. *Comentários à constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. V, 1934.

\_\_\_\_\_. *República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira constituição republicana*. Coord. Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes; Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.

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

DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e *Due Process of Law* (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo). *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 116, p. 357-367, abr. 1948.

FAZZALARI, Elio. Processo (teoria generale). *Novíssimo Digesto Italiano*. v. 13, p. 1.067-1.076, 1966.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, p. 40-54, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Síntese, v. 16, p. 111-125, 1999.

\_\_\_\_\_. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. (1960). Wien: Franz Deuticke, Unveränderter Nachdruck 1983.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, Heft 11-12, Band VI: 576-628, Berlin: Walther Rothschild, p. 576-628, 1930-31.

LIEBMAN, Eurico Túlio. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, 1952.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES JÚNIOR, João. A nova fase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1899.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: <[www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAOOFormalismo-valorativonoconfrontocomFormalismoexcessivo290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAOOFormalismo-valorativonoconfrontocomFormalismoexcessivo290808.htm)>. Acesso em: 4 set. 2006.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: UFRGS, v. 22, p. 31-42, set. 2003.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, v. 26, p. 653-664, out./dez. 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direito fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.