

## **O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO**

Revista de Processo | vol. 169/2009 | p. 38 - 61 | Mar / 2009  
Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 1 | p. 869 - 889 | Ago / 2011  
DTR\2009\198

### **Pedro Henrique Pedrosa Nogueira**

Doutorando em Direito (UFBA). Mestre em Direito (UFAL). Professor de Direito Processual Civil na Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (graduação) e no Centro de Estudos Superiores de Maceió (pós-graduação). Advogado.

**Área do Direito:** Civil

**Resumo:** o presente artigo examina o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva na perspectiva da técnica da ponderação de direitos, segundo Robert Alexy.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais - Execução - Ponderação

**Riassunto:** Questo articolo esamina il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale esecutivo in vista della tecnica di bilanciamento dei diritti, secondo il pensiero di Robert Alexy.

**Parole chiave:** Parole chiave: Diritti fondamentali - Esecuzione - Ponderazione

### **Sumário:**

- 1. Perspectiva jurídica de uma teoria dos direitos fundamentais - 2. O enunciado do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 e o direito fundamental à jurisdição<sup>20</sup> - 3. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva - 4. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva - 5. Colisão de direitos fundamentais e a técnica da ponderação - 6. Normas de direito fundamental adscritas e o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva - 7. A colisão do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva com outros direitos fundamentais - 8. Conclusão - Referências bibliográficas

### Introdução

A concepção de um direito fundamental à tutela jurisdicional executiva permite uma conexão com a teoria dos direitos fundamentais. Essa formulação atende à proposta contemporânea teórica de analisar o Direito Processual e, de um modo particular, os direitos subjetivos processuais, na perspectiva dos direitos fundamentais.<sup>1</sup>

O direito à tutela jurisdicional executiva, no nosso ordenamento jurídico, é extraído da legislação infraconstitucional e se traduz no direito de propor ação de execução (art. 580 do CPC (LGL\1973\5)), ou de promover a execução (art. 475-I do CPC (LGL\1973\5)), nas

situações em que a tutela executiva é prestada independentemente da proposição de uma demanda própria a essa finalidade, mas como simples fase de um sincrético (aglutinador de fases cognitiva e executiva no mesmo procedimento).

O problema que se põe é: seria possível, no direito brasileiro, cogitar-se da existência de um direito à tutela jurisdicional executiva com o status de direito fundamental? Essa indagação enseja, ao mesmo tempo, outra questão de grande relevo: quais as conseqüências, teóricas e práticas, da concepção de um direito à tutela jurisdicional executiva como direito fundamental?

Para solucionar esses problemas buscaremos, num primeiro momento, interpretar o enunciado normativo do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3), que consagra o chamado "princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional", para, a partir daí, localizar em nosso sistema a consagração do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

A Constituição brasileira, ao contrário de outros textos constitucionais, como, v.g., o da Constituição espanhola, não proclama expressamente um direito à tutela jurisdicional efetiva. Nada obstante, é possível inferir a sua presença no nosso ordenamento a partir do enunciado do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3), como uma norma constitucional adscrita, segundo a concepção de Robert Alexy.

Buscaremos, então, a partir da constatação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrar a existência de um direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, apresentando algumas das conseqüências de sua adoção, especialmente a possibilidade de resolução de casos práticos ligados à execução forçada através do uso do método da ponderação.

## **1. Perspectiva jurídica de uma teoria dos direitos fundamentais**

Pensar juridicamente um autêntico direito fundamental exige mais do que simplesmente afirmar a sua origem a partir de um texto constitucional: requer a sua análise em cotejo com pelo menos algumas das principais questões que permeiam a teoria geral dos direitos fundamentais.

São diversas as discussões doutrinárias suscitadas em torno da temática dos direitos fundamentais, assim como distintas são as perspectivas para se buscar um conceito de direito fundamental. Pode-se abordá-lo a partir de sua perspectiva jusfilosófica, uma vez ser o jusnaturalismo moderno (movimento filosófico e político surgido na idade moderna) uma das fontes das concepções desses direitos; seria cabível uma análise dos direitos fundamentais também a partir de sua fundamentação moral, encarando-os como "direitos morais"; também poderia ser analisado o fenômeno desde uma perspectiva histórico-jurídica, através da investigação da conhecida concepção das "gerações" de direitos fundamentais.

Interessar-nos-emos aqui, exclusivamente, uma análise jurídica do problema, sem olvidar, evidentemente, a relevância das outras abordagens. Trata-se de conceituar os direitos fundamentais a partir do direito positivo, sem dispensar o supedâneo teórico das concepções construídas a partir do direito positivo de outros ordenamentos jurídicos. Calha, nesse sentido, a concepção de Alexy,<sup>2</sup> ao propor uma teoria formal dos direitos

fundamentais, pois, para ele, a relevância que tem uma posição jurídica a ponto de ser qualificada como "fundamental" não poderia ser a sua importância em si mesma.

Neste passo, é necessário, preliminarmente, distinguimos enunciado normativo, como texto incorporado nos documentos oficiais (leis, códigos, decretos etc.), da norma jurídica tida como o sentido por ele expressado. Conforme asseveram Bulygin e Alchourron, "toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma non es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan".<sup>3</sup> Formalmente, a norma jurídica se apresenta como uma proposição hipotética articulada por um conectivo "deve-ser", que funciona como constituinte da própria estrutura proposicional<sup>4</sup> (*Deve ser se A, então B, ou Se A, então deve ser B*). A hipótese normativa contempla a descrição de fatos de possível ocorrência no mundo empírico; o conseqüente normativo estabelece as conseqüências prescritas.

Essa estruturação da norma como uma proposição prescritiva hipotética (articulada pelo conectivo *deve-ser*) é válida tanto para as regras quanto para os princípios, pois, como adverte Humberto Ávila, "qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma conseqüência".<sup>5</sup>

Quando os fatos descritos abstratamente na hipótese da norma acontecem na experiência, tem-se o conhecido fenômeno da incidência jurídica:<sup>6</sup> surgem, no mundo do direito, o fato jurídico e as suas conseqüências (eficácia jurídica, englobando, direitos, deveres, pretensões, obrigações etc.).

Os direitos fundamentais, antes de tudo, são direitos subjetivos caracterizados por um regime jurídico próprio estabelecido pela Constituição em função de sua relevância para a ordem jurídica. Para HESSE, "como direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão".<sup>7</sup>

As concepções contemporâneas também não deixam de considerar a possibilidade de oposição de direitos fundamentais aos particulares, através da chamada eficácia externa ou horizontal.<sup>89</sup> De fato, embora historicamente o nascimento dos direitos humanos se ligue à concepção de defesa do indivíduo frente ao poder absoluto do soberano, como expressão e conquista dos ideais liberais-burgueses, do ponto de vista jurídico-positivo, é inegável a existência de certos direitos (v.g. direito à vida, à liberdade de locomoção) que podem ser exercidos diretamente - e como tal são garantidos pela Constituição -, contra quaisquer membros da comunidade, sejam entidades públicas, ou entidades de caráter privado, ou, ainda, pessoas físicas. Não seria acertado, segundo nos parece, limitar o alcance da proteção conferida pelas regras de direitos fundamentais, hoje, para apenas considerar como seu destinatário o Estado. A Constituição Federal (LGL\1988\3) (art. 5.º, § 1.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)) foi categórica ao estabelecer a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, pondo assim em segundo plano a necessidade de mediação dos outros Poderes Públicos para sua aplicação, inclusive no âmbito privado.

Esse regime particular de aplicação imediata posto na Constituição brasileira de 1988, portanto, não autorizaria uma definição de direitos fundamentais que limitasse o seu âmbito de abrangência para apenas indicar como destinatários ou sujeitos passivos possíveis o Estado ou o Poder Público.

A carta constitucional brasileira também estabelece a abertura para a existência de direitos fundamentais fora do chamado "catálogo" enumerado no art. 5.º da CF/1988 (LGL\1988\3), inclusive quando previstos em tratados internacionais (art. 5.º, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), positivando assim a divisão, amplamente difundida na doutrina,<sup>10</sup> entre direitos formalmente fundamentais, como sendo aqueles expressamente assim enumerados no texto da Constituição, e os direitos materialmente fundamentais, isto é, situados fora da enumeração e até mesmo fora do texto constitucional, mas, a despeito disso, incorporados ao direito positivo.

Apesar de toda a particularidade que envolve a disciplina jurídica dos direitos fundamentais no plano da Constituição, até mesmo pela sua relevância para o Estado brasileiro, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais são espécies de direito subjetivo.

As espécies de efeito jurídico só têm lugar com a ocorrência de um fato jurídico, após a incidência da norma sobre a hipótese normativa. Do lado oposto da relação em que há um sujeito titular do direito subjetivo, tem-se outro sujeito portando um dever a respeito de algo que corresponda ao objeto do direito. Como ressalta Guastini,<sup>11</sup> possuir um direito subjetivo - gênero do qual os direitos fundamentais são espécie -, nada mais é do que ser titular de um atributo frente a outro sujeito, a quem se impõe o dever correlativo. Assim, como bem salientado por Alexy,<sup>12</sup> só se pode falar em direito subjetivo fundamental se existir, previamente, uma norma apta a outorgar esse direito.

No direito brasileiro, a fundamentalidade há de ser entendida a partir do regime jurídico estabelecido para esses direitos. A Constituição de 1988 vinculou o caráter de direito fundamental à sua imunidade em relação ao poder reformador (art. 60, § 4.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), daí Martins Neto<sup>13</sup> chamar os direitos fundamentais, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, de "direitos subjetivos péticos". Tal propriedade, é interessante observar, é atribuída não apenas ao direito subjetivo, mas sobretudo à norma de direito fundamental que o consagra (dimensão objetiva). Ao lado da imodificabilidade, a Constituição brasileira também agrega a aplicabilidade imediata como nota característica da fundamentalidade desses direitos, que podem ser invocados de imediato, ainda que na ausência ou na insuficiência de lei regulamentadora, dado o caráter preceptivo das normas constitucionais que os consagram, como assinalado por Krell.<sup>14</sup>

Em síntese, podemos considerar como direito fundamental, no sentido restrito, todo direito subjetivo surgido da incidência de normas constitucionais ou internacionais, que positivam valores essenciais da comunidade desde que assim estabelecidos em normas jurídico-positivas, tendo como destinatários o Estado ou particulares e que se submetem ao regime jurídico próprio de aplicabilidade imediata e de imodificabilidade.

### **1.1 A dupla dimensão dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais, mesmo lhes sendo conferido um regime jurídico com aspectos bem particulares (v.g., aplicabilidade imediata, preservação do núcleo imodificável etc.), não perdem o caráter de direitos subjetivos.

Na doutrina do direito comparado e ultimamente também entre alguns autores brasileiros,<sup>15</sup> tem-se cogitado de uma dúbia dimensão dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais, dentro de tal perspectiva, são encarados como autênticos direitos

subjetivos, com ênfase assim, na posição subjetiva do respectivo titular, mas também como valores da ordem constitucional vigente, a serem observados nos âmbitos legislativo, administrativo e judiciário, pondo em realce aquilo que se convencionou chamar de "dimensão objetiva" dos direitos fundamentais.

A perspectiva objetiva enfatiza o conjunto de valores de natureza jurídico-objetiva presentes na Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico. Por isso, entende-se que às normas consagradoras de direitos fundamentais é outorgada uma função autônoma, para além da função meramente subjetiva de conferir uma posição jurídica a um determinado sujeito.<sup>16</sup> E justamente por incorporarem valores essenciais, caracterizadores da própria "fundamentalidade", a doutrina também tem destacado a função de parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais dentro dessa dimensão objetiva.<sup>17</sup>

Rigorosamente, contudo, essa dualidade de dimensões parece poder ser causa de ambigüidades. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais representa do que a própria norma jurídica consagradora do direito fundamental que irá fazer surgir em favor de algum sujeito o direito (subjetivo) fundamental. O próprio Vieira de Andrade,<sup>18</sup> tratando da dimensão objetiva, chegou a asseverar que os efeitos dela decorrentes constituem conseqüências jurídicas diretamente e, em primeiro plano, relacionadas à própria "norma" e não às posições subjetivas individuais.

O problema, então, é de ordem semântica pelo fato de se utilizar o mesmo signo, "direitos fundamentais", para se designar duas realidades completamente distintas: o direito subjetivo fundamental atribuído a um sujeito (dimensão subjetiva) e a norma jurídica em cujo conseqüente está previsto, em abstrato, o mesmo direito fundamental (dimensão objetiva).

Não negaríamos que as normas positivadoras dos direitos fundamentais gozam de uma condição peculiar no interior do ordenamento jurídico - isso não apenas por consagrar valores essenciais da comunidade -, mas porque a própria Constituição tratou de atribuir a essa classe de normas uma posição diferenciada (do ponto de vista jurídico-positivo). Por mais relevante que seja o valor, não há como se falar em direito subjetivo fundamental enquanto alguma norma jurídica não o venha a consagrar. Como ressalta Galindo,<sup>19</sup> as normas consagradoras de direitos fundamentais, apesar de seu forte conteúdo axiológico, não são valores. O problema, portanto, extrapola os limites do plano exclusivamente axiológico.

Quanto à questão da função do parâmetro de controle de constitucionalidade exercida, segundo a doutrina, pelos direitos fundamentais, podemos verificar que essa nota não parece ser típica das normas que consagram de direitos fundamentais. No direito brasileiro, em razão do caráter rígido da Constituição Federal de 1988, qualquer norma constitucional, consagradora ou não de direito fundamental, representa parâmetro de controle de constitucionalidade para os atos administrativos e legislativos dos Poderes Públicos. É certo que o regime próprio das normas positivadoras de direitos fundamentais as coloca em posição de superioridade em relação às normas que venham, pelo processo legislativo, a se incorporar ao texto da Constituição, já que ostentam o caráter de cláusulas pétreas. Mas também essa particularidade, em nosso ordenamento jurídico, não denota

algo de exclusivo das normas consagradoras de direitos fundamentais, pois outras classes de normas (v.g. a que dispõe sobre a forma federativa do Estado brasileiro, art. 18 da CF/1988 (LGL\1988\3)) gozam do mesmo privilégio (art. 60, § 4.º, I, da CF/1988 (LGL\1988\3)).

Essa dúplice dimensão apontada pela doutrina é, ao que parece, fruto da própria ambigüidade da expressão "direito fundamental". De todo modo, com a ressalva do ponto de vista semântico, a alusão à dimensão objetiva dos direitos fundamentais parece-nos válida, desde que direcionada à compreensão da própria norma jurídica abstrata consagradora do direito (subjeto) fundamental.

## **2. O enunciado do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 e o direito fundamental à jurisdição**

Robert Alexy desenvolve uma teoria dogmática dos direitos fundamentais, tendo como referência uma determinada ordem jurídica, com a utilização de critérios exclusivamente jurídico-positivos. Distingue ele três dimensões da dogmática jurídica: (a) analítica, que trata de considerações sistemáticas e conceptuais do direito positivo, tendo como uma de suas tarefas primordiais a análise dos conceitos jurídicos fundamentais; (b) empírica, que trata do conhecimento do direito positivo, envolvendo a descrição do direito legislado, mas também uma descrição e prognósticos sobre a práxis judicial; e (c) normativa, que vai além daquilo que na dimensão empírica é constatável como direito positivo, para estabelecer uma orientação e crítica da práxis judicial, buscando responder qual é, no caso concreto e a partir do direito positivo, a solução judicial correta.<sup>21</sup>

Para descrevermos o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva a partir do direito positivo brasileiro, utilizaremos os critérios dogmático-jurídicos preconizados por Alexy, com maior ênfase nas dimensões analítica e empírica.

Quanto ao aspecto analítico, já enfatizamos a necessidade de distinguir entre norma consagradora de direito fundamental e o direito subjetivo fundamental propriamente dito - embora na linguagem doutrinária seja freqüente o uso da expressão "direitos fundamentais" para designar as duas realidades -, pois, conforme assinala Gaustini, "se dicen fundamentales aqueles derechos que reposan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales".<sup>22</sup>

Ao tratarmos do conceito de direito fundamental, pudemos assentar a sua natureza de direito subjetivo. Cabe acrescentar que, analiticamente, enunciar-se a existência de um direito subjetivo<sup>23</sup> é o mesmo que manifestar: *a* tem frente a *b* um direito a *G*. Simbolizando: *DabG*. Esse enunciado pode ser concebido como uma relação entre três membros: o primeiro membro o titular do direito (*a*), o segundo membro, o portador do dever (*b*) e o terceiro membro, o objeto do direito (*G*).<sup>24</sup>

Postas assim as considerações de cunho analítico com ênfase nos aspectos estruturais dos conceitos de norma e direito subjetivo, passaremos ao plano dogmático-empírico, com a tarefa de descrever o direito à jurisdição segundo o direito positivo brasileiro. O nosso ponto de partida é enunciado normativo contido no art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3):

"Art. 5.º (...)

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

O texto constitucional contém uma oração negativa ("a lei não excluirá"...), para estabelecer o direito de acesso à justiça, diferentemente da técnica redacional adotada nas Constituições de outros países, como Espanha (art. 24, n. 1)<sup>25</sup> e Portugal (art. 20.º, n. 1),<sup>26</sup> cujos textos proclamam, de modo afirmativo, a existência de um direito de acesso aos tribunais, ou à tutela judicial.

Não obstante, o dispositivo brasileiro coloca o Poder Judiciário na incumbência de apreciar as alegações formuladas a respeito de direitos lesados ou de ameaças de lesões a direitos, o que se faz através do processo, mediante o exercício da atividade jurisdicional. Como afirma Pontes de Miranda: "Desde que a natureza do Estado obrigou, se não à extinção, pelo menos à grande diminuição da possível justiça de mão própria, impôs-se-lhe o prover a distribuição dos julgamentos, onde quer que se faça preciso restaurar o direito ferido".<sup>27</sup>

Assim, o direito a provocar a função jurisdicional toma o status de contrapartida jurídica da vedação geral ao exercício da justiça de mão própria na resolução de conflitos intersubjetivos, assumindo o Estado a posição de sujeito passivo desse direito, na condição de devedor da tutela jurisdicional.

O direito à jurisdição decorre da norma jurídica inserida no art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3) e não guarda relação de dependência com o direito subjetivo que alguém alega possuir quando vai a juízo. Por isso, também o réu, quando chamado a se defender, exerce o mesmo direito de invocar a jurisdição, do qual já era titular mesmo antes do ajuizamento da demanda. Como assinala Pontes de Miranda, "a defesa, em rigorosa técnica e em terminologia científica é o exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do acusado",<sup>28</sup> sendo por isso correto afirmar, como o faz Francisco Wildo Lacerda Dantas, que a defesa é "o poder de exigir a prestação jurisdicional, visto do ângulo do réu".<sup>29</sup>

Feitas essas considerações, podemos então descrever a norma jurídica consagradora do direito fundamental à jurisdição, inserida no enunciado normativo do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3) (já que partimos da premissa segundo a qual as normas, sendo ou regras ou princípios, apresentam estrutura lógico-formal hipotética, como salientado por Ávila): *dado o fato de alguém possuir capacidade de ser parte, dever ser a relação jurídica entre o sujeito de direito e o Estado-juiz tendo como objeto a tutela jurisdicional* (Se H, então deve-ser S1RSs).

Na hipótese normativa, temos o fato de alguém ser detentor da capacidade de ser parte, que é a aptidão conferida pelo direito a certas pessoas e a determinados organismos desprovidos de personalidade natural ou jurídica para figurarem como parte em relação jurídica processual.<sup>30</sup> A rigor, a capacidade de ser parte é extensiva a todos os sujeitos de direito, isto é, aos que são detentores da capacidade jurídica. Trata-se de noção que não comporta relativização, como bem assinala Fredie Didier Jr.:<sup>31</sup>

"Ser ou não sujeito de direito é questão que não comporta relativização: ou se é sujeito de direito porque o Direito reconhece a possibilidade de titularizar situações jurídicas, ou não se é sujeito de direito. Não se pode ser sujeito de direito para algumas situações e não ter

capacidade jurídica para outras."

Embora o enunciado do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3) não seja expreso quanto à referência a esse elemento, sua presença decorre de imposição lógica: se do exercício do direito à jurisdição resulta o surgimento da relação jurídica processual, tem-se, por dedução, que somente quem possa figurar como termo dessa relação é que possa ser detentor daquele direito subjetivo.

Já no conseqüente normativo temos a relação jurídica em que o sujeito ativo está na posição jurídica de vir a obter a prestação da tutela jurisdicional, que constitui o objeto do dever imposto ao Estado, na condição de sujeito passivo (*a tem frente a b um direito G - DabG*).

### **3. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**

A Constituição espanhola consagra, de maneira explícita, em favor de todos os cidadãos espanhóis o que chamou de "direito à tutela efetiva", ao proclamar em seu art. 24: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". A Constituição brasileira, diferentemente, não chegou a fazer nenhuma menção, de forma expressa, sequer a um direito à tutela jurisdicional, quiçá ao seu caráter "efetivo". Nada obstante, alguns autores - a exemplo de Marinoni -, têm sustentado a existência, no direito brasileiro, do direito à tutela jurisdicional efetiva.

Para Marinoni,<sup>32</sup> o art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3) garante a todos uma prestação jurisdicional efetiva, compreendendo o direito a um provimento judicial e aos meios necessários a dar efetividade aos direitos no plano do direito material. Os direitos subjetivos, em situações de ameaça ou agressão, para se tornarem efetivos (realizados) precisam da prestação jurisdicional. Assim, o direito fundamental à tutela judicial efetiva é visto como uma contrapartida da proibição da autotutela; é o direito a poder fazer valer os próprios direitos. Englobaria: (a) direito à técnica processual adequada (norma processual); (b) direito de participar através do procedimento adequado; (c) direito à resposta do juiz. O direito do jurisdicionado à tutela judicial, dentro desse paradigma, não seria limitado à faculdade de acesso ao procedimento legalmente instituído. A ausência de técnica processual adequada para certa situação concreta representa hipótese de omissão, contrária, portanto, ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Como base em tais premissas, Marinoni propõe um direito à tutela jurisdicional efetiva dirigido contra o legislador, mas também contra o juiz. Considerando a regra da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), sustenta que o juiz deve interpretar as normas processuais à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, na falta de lei, deve concretizá-lo. Proclama, então, a partir de dispositivos como o art. 461 do CPC (LGL\1973\5), um direito à construção da ação adequada à tutela dos direitos,<sup>33</sup> por meio do qual o juiz deveria garantir todos os meios necessários à efetivação da tutela dos direitos, pois a ação poderia ser construída em cada caso concreto, conforme as necessidades da situação em apreciação.

As ponderações de Marinoni são pertinentes e oportunas. Apesar do texto constitucional

brasileiro não enunciar expressamente a existência de um direito à tutela jurisdicional efetiva, a sua presença pode ser inferida a partir do enunciado do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3). Se o direito material atribui a alguém determinadas posições jurídicas positivas (v.g. direitos, pretensões e ações de direito material), mas veda a sua auto-realização, pondo o Estado na tarefa de realizá-las e satisfazê-las, não seria razoável concluir que as posições jurídicas de direito material pudessem, mesmo depois de reconhecidas, ficar simplesmente sem concretização. O princípio da máxima efetividade - considerado por Silva Neto como "o princípio mais importante na interpretação da constituição, se se quiser visualizar no mundo físico os efeitos próprios e esperados pelo constituinte originário quando lançou as bases e o programa da comunidade política"<sup>34</sup> -, impediria uma construção desse jaez.

Se o Judiciário brasileiro, segundo o art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3), deve apreciar e, por óbvio, remover as lesões ou ameaças de lesão a direitos, os seus julgados naturalmente devem ser efetivos, isto é, capazes de propiciar a remoção das situações contrárias à eficácia dos direitos reconhecidos. Alexy<sup>35</sup> entende que a efetiva proteção jurídica dos direitos a procedimentos judiciais implica a necessidade de um resultado do procedimento que garanta ao respectivo titular os seus direitos materiais.

É certo que, se admitíssemos a existência de um direito à tutela jurisdicional efetiva no direito brasileiro, uma decisão judicial não poderia ficar sem cumprimento, nem sem possibilidade de execução, mesmo na ausência total de normas processuais

Posto isso, podemos a partir do enunciado normativo do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3), inferir a norma jurídica do direito à tutela jurisdicional efetiva: *Dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito do interessado à obtenção da realização efetiva do julgado.*

Na hipótese normativa, está o fato da existência de uma decisão emanada do Poder Judiciário. No conseqüente, a relação jurídica entre o vencedor, como sujeito ativo, e o juiz, como sujeito passivo, com o dever de prestar a tutela efetiva,<sup>36</sup> promovendo a realização (cumprimento) da decisão, como maneira de evitar que seu julgado quede sem concretude.

#### **4. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva**

Sendo certo que o direito fundamental à jurisdição, na atualidade, não mais se restringe ao poder de simples acesso ao Poder Judiciário, como demonstrado, o enunciado do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3) aponta para a existência de um direito à tutela judicial efetiva, que, por seu turno, tem como corolário, um autêntico direito fundamental à tutela jurisdicional executiva. A propósito, assevera Marinoni: "mais do que o direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado".<sup>37</sup>

O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva se enquadra na modalidade de direito a ações positivas do Estado, que, na classificação de Alexy,<sup>38</sup> se subdivide em direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas. A tutela jurisdicional constitui a prestação que satisfaz o direito à ação positiva ora denominado direito à jurisdição, pois nele o órgão jurisdicional é chamado a exercer a atividade de julgar e de resolver os conflitos postos à sua apreciação. A jurisdição executiva (como atividade),

nessa perspectiva, se coloca como o objeto daquele direito fundamental. Logo, o direito fundamental se enquadra como um *direito à ação positiva fática*.

O direito à prestação positiva evidencia que a sua satisfação requer um "agir", ou um "prestar" do titular do dever jurídico correlato, traduzido, de uma forma geral, na obrigação do juiz sentenciar, ou a praticar atos executivos quando a tutela jurisdicional seja prestada através do processo de execução.

Por "tutela jurisdicional" entendemos a atividade praticada pelo Estado-juiz que consiste em receber e responder os pedidos formulados pelas partes em um dado processo, proferindo decisão a seu respeito. Assim, o exercício da jurisdição, feito através do processo, que, por sua vez, surge do exercício do direito à tutela jurisdicional,<sup>39</sup> consiste em uma atividade.<sup>40</sup>

A expressão "tutela jurisdicional", assim, é aqui empregada no sentido de prestação que constitui o objeto do dever (pré-processual) do Estado-juiz de aplicar autoritativamente o direito, através do processo, como resultado do exercício da jurisdição.

Nessa perspectiva, tem-se que o juiz cumpre seu dever de prestar a tutela jurisdicional encerrando a atividade a que estava obrigado a realizar.

Figueruelo Burrieza<sup>41</sup> entende, na perspectiva do ordenamento jurídico espanhol, o direito fundamental a que o julgado se cumpra como um dos elementos do próprio direito à tutela judicial efetiva. Com efeito, se a parte tem um verdadeiro de direito de exigir que o julgado se efetive e lhe seja atribuído, em máxima medida possível, tudo aquilo que lhe foi reconhecido, está subsumido no âmbito desse conceito um direito a que a prestação jurisdicional de natureza executiva promova a satisfação das situações de direito material (direitos subjetivos, pretensões etc.) reconhecidamente merecedoras de tutela.

Essa perspectiva teórica oferece um novo modelo para a interpretação das regras processuais relativas à execução forçada, já que, em face do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, "o juiz tem a obrigação de extrair da regra processual a técnica adequada à tutela das necessidades de direito material reveladas no caso concreto".<sup>42</sup>

Assim, torna-se possível construir mais uma norma a partir do enunciado do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3): *Dado o fato de haver uma decisão judicial*,<sup>43</sup> deve ser o direito à obtenção do meio executivo adequado à realização do direito subjetivo material.

## **5. Colisão de direitos fundamentais e a técnica da ponderação**

Todas as colisões entre direitos fundamentais somente podem ser solucionadas com sacrifícios, de um ou ambos os lados, de sorte que um direito ou outro sofra limitação. A questão que se põe é como isso deve se proceder. Segundo Alexy, "O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação".<sup>44</sup>

Um conflito de regras somente pode ser solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declarando-se inválida ao menos uma das regras. Um exemplo de conflito resolvido através de cláusula de exceção: uma regra que proíbe a saída dos alunos da sala antes das 09h00 e a ordem de abandoná-la em caso de alarme de incêndio. O conflito se resolve inserindo uma cláusula de exceção na primeira regra,

permitindo a saída mesmo antes das 09h00, em caso de incêndio. Quando, porém, não é possível solucionar um conflito com inserção de uma cláusula de exceção em uma das regras, uma delas precisa ser declarada inválida. O problema passa a ser solucionado com critérios de solução de antinomias, ou até pela importância de uma das regras. A decisão, porém, é sobre a validade da norma.<sup>45</sup>

Já quando os princípios entram em colisão, um deve ceder ao outro, mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem considerá-lo como uma cláusula de exceção. Essa relação de tensão não pode ser resolvida no sentido de uma prioridade absoluta de um sobre outro, mas de uma *ponderação* dos interesses opostos.<sup>46</sup>

Um princípio não determina como há de se resolver a relação entre a sua razão e razão oposta de outro princípio, por isso eles carecem de conteúdo de determinação a respeito dos princípios contrapostos e das possibilidades fáticas.<sup>47</sup> Cabe ressaltar também que, quando se fala em colisão de direitos fundamentais, usa-se a expressão "direitos fundamentais" no sentido da dimensão objetiva, porquanto o confronto ou a colisão, a rigor, se dá entre as normas, isto é, entre os princípios que instituem os direitos fundamentais.

### 5.1 A "lei" de ponderação

O princípio da ponderação, na verdade, é um princípio parcial do princípio da proporcionalidade, que pode ser decomposto em três sub-princípios: (a) idoneidade; (b) necessidade; (c) ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito). Todos eles expressam a idéia de otimização. Nos princípios da idoneidade e necessidade trata-se da otimização relativamente às possibilidades fáticas. O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem fomentar, pelo menos, um dos princípios a cuja realização eles devem servir. O princípio da necessidade pede que, de dois meios que, em geral, fomentam um princípio, deve-se escolher aquele que menos intensamente intervém em outro princípio.<sup>48</sup>

O princípio da ponderação corresponde à chamada "lei de ponderação", que diz: "Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro".<sup>49</sup>

Para Alexy<sup>50</sup> a ponderação se decompõe em três passos: (a) comprova-se o grau de não cumprimento de um princípio. (b) comprova-se o grau de importância de cumprimento do outro. (c) comprova-se se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o não cumprimento do outro.

A solução de uma colisão de princípios consiste em, tendo-se em conta as circunstâncias de um caso concreto, estabelecer-se entre eles uma *relação de precedência condicionada*,<sup>51</sup> que é fundamental para compreender o fenômeno da colisão e da ponderação. Por exemplo:

- (1) P1PP2;
- (2) P2PP1;
- (3) (P1PP2)C1;

(4) (P2PP1)C2.

As hipóteses (1) e (2) espelham relação de precedência incondicionada ou absoluta, que não se aplica em colisão de princípios. Já as hipóteses (3) e (4) exprimem relação de precedência condicionada; aqui a questão posta é: sob quais circunstâncias um princípio deve prevalecer e outro deve ceder?

Os princípios apresentam razões *prima facie*, que podem ser desprezadas por outras razões opostas.<sup>52</sup> Por exemplo: P1 garante a liberdade de informação e P2 a preservação da honra. C1 representa a circunstância de uma informação veraz e C2 a circunstância de uma informação inverídica. No caso (3), houve prevalência de P1, pois a veracidade da informação levou a predominar a liberdade de informação, ao passo que no caso (4) houve prevalência de P2, pois a informação inverídica conduziu a uma predominância da preservação à honra. A lei de ponderação põe em manifesto que o peso dos princípios não é determinado de forma absoluta, sempre se devendo falar de pesos relativos.

## **6. Normas de direito fundamental adscritas e o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva**

Segundo Alexy, as normas de direito fundamental podem ser divididas em dois grupos: (a) normas diretamente estatuídas pela constituição; (b) normas a elas adscritas. As normas diretamente estatuídas são aquelas extraídas diretamente do enunciado normativo. Já a norma adscrita vale e é considerada uma norma de direito fundamental se para a sua adscrição é possível dar uma fundamentação jusfundamental correta.<sup>53</sup>

Essa concepção de "normas adscritas" permite uma construção mais ampla de direitos fundamentais, além de possibilitar o uso da técnica da ponderação para situações aparentemente não contempladas diretamente pelo enunciado constitucional, inclusive nas regras (*a priori* insusceptíveis de ponderação). Como observa Saulo Casali Bahia, "na teoria de Alexy, mesmo regras definitivas podem ganhar relativização, na medida em que ocorra o fenômeno de adscrição a princípios, quando passa a existir a necessidade de ponderação".<sup>54</sup>

Podemos, então, afirmar que a norma que descreve o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva se amolda ao conceito de norma adscrita. Embora o texto constitucional não mencione expressamente a sua existência, é possível inferi-lo a partir de uma conexão entre o direito à tutela judicial efetiva e o direito fundamental à jurisdição ("direito de ação" no sentido restrito e clássico).

Nessa formulação, o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva se apresenta veiculado como parte integrante do princípio do direito à tutela jurisdicional efetiva, havendo, assim, uma relação de conexão e de adscrição entre direito à jurisdição e direito à tutela jurisdicional executiva.

## **7. A colisão do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva com outros direitos fundamentais**

A presença de um direito fundamental à tutela jurisdicional executiva no ordenamento

jurídico brasileiro produz relevantes conseqüências no plano da aplicação judicial do direito, porque justamente em razão de sua fundamentalidade será possível uma otimização da execução forçada proporcionando mais efetividade aos procedimentos executórios.

O caráter fundamental do direito à tutela jurisdicional executiva propicia também o uso da técnica da ponderação em caso de sua colisão com outros direitos fundamentais, potencializando os meios executórios adequados à satisfação dos direitos subjetivos materiais, em determinadas circunstâncias, mesmo em face de outros direitos fundamentais.

Como visto, segundo a teoria de Alexy, os princípios são relativos, cabendo em caso de colisão, o uso da ponderação para, em determinado caso concreto e sob circunstâncias específicas, estabelecer-se a prevalência de um princípio sobre o outro mediante a chamada relação de precedência de condicionada.

Assim, nessa perspectiva, o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, em certas circunstâncias, poderá, por exemplo, prevalecer sobre o direito à intimidade, de modo a possibilitar a quebra do sigilo bancário do devedor para viabilizar a obtenção de dados relevantes para o êxito da execução forçada.

Também poderá ser invocado o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva para permitir, em determinadas circunstâncias, o uso de meios executórios adequados ainda quando não previstos em lei, em ponderação com o princípio da tipicidade dos meios executórios (corolário do princípio da legalidade).

O direito à tutela jurisdicional executiva também poderá, em casos excepcionais ser usado, em ponderação com o direito à moradia, como instrumento apto a permitir (mesmo diante de vedação legal) a penhora de bem de família de elevado valor, que desvirtue, na prática, a garantia estabelecida na Lei 8.009/1990 (nos casos, v.g., em que, mesmo havendo penhora e expropriação do bem utilizado para residência do devedor, o saldo remanescente após a alienação judicial do imóvel permita ao executado adquirir outro imóvel destinado à sua moradia com dignidade).

É preciso ressaltar, por fim, que o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva não pode ostentar um status de princípio absoluto. Assim, em certas circunstâncias, ele também cederá espaço a outros direitos fundamentais cujo cumprimento, no caso concreto, se apresente mais importante, segundo a lei de ponderação.

O STJ<sup>55</sup> já decidiu que a proteção de impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei 8.009/1990, se estende ao devedor solteiro. Embora o julgado não contenha fundamentos constitucionais, é possível afirmar que o Tribunal, na verdade, mesmo que implicitamente, realizou uma ponderação entre dois direitos fundamentais: o direito à tutela executiva e o direito à moradia, para entender que o não cumprimento do segundo seria mais grave em relação ao descumprimento do primeiro, fazendo prevalecer, no caso concreto, o direito à moradia.

Por isso, percebe-se que tratar o direito à tutela jurisdicional executiva como um direito fundamental, segundo a teoria das normas adscritas de Alexy, proporciona novas

possibilidades de resolução de casos concretos e, algumas circunstâncias, uma otimização do uso dos meios executórios, que seria impossível encarando-o apenas sob o prisma das regras infraconstitucionais processuais.

## **8. Conclusão - Referências bibliográficas**

Ao final do exposto, podem-se extrair as seguintes conclusões:

1. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva está presente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo veiculado como norma adscrita ao direito fundamental à jurisdição, introduzido a partir do enunciado do art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3), estando subsumido no direito fundamental à tutela judicial efetiva.

2. A fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional executiva possibilita uma otimização do uso adequado de meios executórios, prestigiando a tutela judicial efetiva, cabendo, em caso de colisão com outros direitos fundamentais, o uso da técnica de ponderação para a resolução do caso concreto.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. Definiciones y normas. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAHIA, Saulo José Casali. Poder judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina da 4.ª Região, Porto Alegre: EMAGIS*, out. 2007. Disponível em: [[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Saulo\\_Bahia.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm)]. Acesso em: 06.07.2008.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

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

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIDIER JR., FREDIE. *CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*. 9. ED. SALVADOR:

JUSPODIVM, 2008. VOL. 1.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação - O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. MADRID: TECNOS, 1990.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Decrechos: uma contribucion analitica*. In: SAUCA, José Maria (ed.). *PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid - Boletim Oficial del Estado, 1994.

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

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. *Revista Direitos e Deveres* 5, ano II. Maceió: Edufal, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil - Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1.

\_\_\_\_\_. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico - Plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA* 15. Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. São Paulo: Ed. RT, 1973, t. I.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. RT, 1968, t. V.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: Ed. LTR, 1999.

YARSHELL, FLÁVIO LUIZ. *TUTELA JURISDICIONAL*. SÃO PAULO: ATLAS, 1999.

ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2006.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

1. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 13 e ss.; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA* 15, Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2007, p. 433 e ss.; DIDIER JR., Fredie, *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. vol. 1, p. 27-29, dentre outros.

2. ALEXY, Robert. *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2001, P. 432-433. No mesmo sentido, a partir do direito positivo brasileiro, é a concepção de MARTINS NETO (MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 87).

3. ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. Definiciones y normas. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 442.

4. Cf. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 72.

5. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43.

6. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. São Paulo: Ed. RT, 1973, t. I, p. 43 e ss.; VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 144; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico - Plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6 e ss., dentre outros.

7. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 232.

8. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 593.

9. Hoje, há um certo consenso doutrinário sobre existência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Remanesce o debate, contudo, sobre a amplitude desses efeitos. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional manifestou entendimento no sentido de ser a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares meramente mediata ou indireta (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 224.). A tendência, contudo, sobretudo no Brasil e em Portugal, é de aceitar-se a eficácia direta, possibilitando-se aos particulares oporem-se mutuamente os direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário a solução dos casos de colisão de direitos (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 595; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 370; BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 115 e ss., dentre outros).

10. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 528; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 93.

11. GUAISTINI, Riccardo. Decretos: uma contribucion analitica. In: SAUCA, José Maria (ed). *PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Universidad Carlos III de Madrid - *Boletim Oficial del Estado*. Madrid: 1994, p. 128.

12. ALEXY, Robert. *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* cit, p. 47.

13. MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. Op. cit., p. 87.

14. KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. *Revista Direitos e Deveres* 5/141, ano II. Maceió: Edufal, 1999.

15. HESSE, Konrad. Op. cit., p. 239 e ss.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 273; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 152-160.

16. SARLET, Ingo Wolfgang. Op, cit., p. 153.

17. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 167-168.

18. Idem, p. 167.

19. GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 78.

20. Sobre o direito fundamental à jurisdição, vide NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 45 e ss.

21. ALEXY, Robert. *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* cit., p. 29-34.
22. GUASTINI, Riccardo. Op. cit., p. 128.
23. Com sua teoria analítica, ALEXY divide as posições que constituem os direitos em três espécies: (a) direito a algo; (b) liberdades; (c) competências. Para o nosso estudo interessará apenas a espécie referida em "a", pois o direito à jurisdição não pode ser visto como um liberdade, nem muito menos como uma competência (Cf. ALEXY, Robert. *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* cit., p. 186).
24. Idem, p. 187.
25. "Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."
26. "Art. 20.º 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos."
27. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967...* cit., p. 149.
28. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Ed. RT, 1968, t. V, p. 221.
29. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 107.
30. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 223; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico - Plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 102 e ss; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação - O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111.
31. DIDIER JR., Fredie. *PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E CONDIÇÕES DA AÇÃO - O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 119.
32. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil - Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1, p. 216-221.
33. MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 233.
34. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação*

*constitucional*. São Paulo: Ed. LTr, 1999, p. 35.

35. ALEXY, Robert. *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* cit., p. 472.

36. Como assinala Marcia Zollinger, o juiz "tem o dever de conferir prestação jurisdicional que realize o direito material na maior medida possível" (ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 168).

37. MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo* cit., p. 58.

38. ALEXY, Robert. *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* cit., p. 194.

39. YARSHELL (YARSHELL, Flávio Luiz. *TUTELA JURISDICIONAL*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 28-36), diferentemente, utiliza a expressão "tutela jurisdicional" ora (a) como o resultado da atividade jurisdicional produzido em favor do vencedor - a chamada "tutela de quem tem razão" -, ora (b) no sentido de meios ordenados e predispostos à consecução desse resultado.

40. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 125) também abordam a jurisdição como poder e função. Como em nossa análise predomina o enfoque da tutela jurisdicional sob o ângulo de quem a pede, não entraremos no problema da jurisdição como poder e como função.

41. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 126.

42. MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo* cit., p. 59.

43. É possível estender o âmbito de abrangência dessa norma nas situações que as leis processuais equiparam determinados documentos a decisões judiciais de modo a permitir-lhes a execução imediata (títulos executivos extrajudiciais).

44. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo fundamentais*.. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64.

45. ALEXY, Robert. *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* cit., p. 88.

46. *Idem*, p. 89-90.

47. *Idem*, p. 99.

48. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110.

49. *Idem*, p. 111.

50. Idem, ibidem.

51. ALEXY, Robert. *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* cit., p. 92.

52. Idem, p. 99.

53. Idem, p. 70-71.

54. BAHIA. Saulo José Casali. Poder judiciário e direitos humanos. *Revista de Doutrina da 4.ª Região* 20. Porto Alegre, out. 2007. Disponível em:  
[[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Saulo\\_Bahia.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Saulo_Bahia.htm)]. Acesso em: 06.07.2008.

55. STJ, REsp 759.962/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 18.09.2006.