

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC  
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ  
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

# **A INAFASTABILIDADE DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL COMO FATOR LIMITATIVO À EFETIVIDADE DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

**GUSTAVO GUEVARA MALVESTITI**

**Itajaí-SC**

**2014**

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC  
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ  
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

# **A INAFASTABILIDADE DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL COMO FATOR LIMITATIVO À EFETIVIDADE DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

**GUSTAVO GUEVARA MALVESTITI**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu**

**Itajaí-SC**

**2014**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pela vida.

À minha amada mãe Cidinha, exemplo de dignidade que em sua simplicidade muito me ensina.

À minha irmã Giselle e seu marido André, pela força e presença nos momentos mais dolorosos de minha caminhada.

Aos meus filhos Luisa e Felipe, motivos dos felizes momentos da minha vida e razões das constantes lágrimas de alegria e saudades em meus olhos; expressões de amor incondicional.

Ao meu orientador, Doutor Pedro Manoel Abreu, atencioso, solícito e paciente, verdadeiro símbolo da vocação docente e da sacerdotal dedicação dos integrantes do Judiciário.

Ao meu estimado amigo, sócio e conselheiro nas horas difíceis, o advogado curitibano Tetsuya Tokairin Júnior.

Aos meus colegas da atividade docente, muitas vezes inglória, mas, sem dúvidas, gratificante.

Aos meus queridos alunos, todos.

Aos meus amigos do mestrado, fortes guerreiros nessa dura e gloriosa batalha.

Ao estimado amigo e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Guarapuava, bem como ao Diretor Geral e Mantenedores desta nobre instituição na qual me orgulha exercer a docência.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico à minha família, especialmente aos meus filhos, pela supressão de momentos juntos em prol da concretização deste estudo, objetivo de uma vida acadêmica e início de uma nova fase.

Dedico à minha mãe, que em sua humildade não conseguiu realizar seu sonho de ser professora, porém, muito me ensinou.

Dedico este trabalho, ainda, àqueles que julgam que o improvável se concretiza, aos que não desistem, não se entregam frente às adversidades que a vida impõe na perseguição de um ideal.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 30 de outubro de 2014.

**Gustavo Guevara Malvestiti**

**Mestrando**

PÁGINA DE APROVAÇÃO  
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

|                |                                                                                                                                |
|----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>ADI</b>     | Ação Direita de Inconstitucionalidade.                                                                                         |
| <b>AI-5</b>    | Ato Institucional nº 05, baixado em 13 de dezembro de 1968.                                                                    |
| <b>CCP</b>     | Comissão de Conciliação Prévia.                                                                                                |
| <b>CEJUSC</b>  | Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.                                                                         |
| <b>CR/1891</b> | Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).                                           |
| <b>CF/67</b>   | Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.                                                                        |
| <b>CF/88</b>   | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (e emendas constitucionais posteriores).                                |
| <b>CLT</b>     | Consolidação das Leis do Trabalho.                                                                                             |
| <b>CPC</b>     | Código de Processo Civil.                                                                                                      |
| <b>EC-1/69</b> | Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969, que conferiu nova redação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. |
| <b>STF</b>     | Supremo Tribunal Federal.                                                                                                      |

## SUMÁRIO

|                                                                                                                |               |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| <b>RESUMO.....</b>                                                                                             | <b>IX</b>     |
| <b>ABSTRACT.....</b>                                                                                           | <b>X</b>      |
| <br><b>INTRODUÇÃO .....</b>                                                                                    | <br><b>11</b> |
| <br><b>1. OS PRINCÍPIOS E A CONSTITUIÇÃO .....</b>                                                             | <br><b>15</b> |
| 1.1. CONCEITOS OPERACIONAIS.....                                                                               | 15            |
| 1.2. A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.....                                                                | 21            |
| 1.3. COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS .....                                                                            | 29            |
| 1.4. DISTINTAS FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS .....                                                                    | 33            |
| 1.5. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS NO CONSTITUCIONALISMO .....                                                       | 35            |
| <br><b>2. MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO PELO ESTADO .....</b>                                                        | <br><b>40</b> |
| 2.1. NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES DO<br>ESTADO.....                                        | 40            |
| 2.2. O SISTEMA DE JURISDIÇÃO UNA .....                                                                         | 44            |
| 2.3. RETROSPECTIVA HISTÓRICA DA GARANTIA DE INAFASTABILIDADE DA<br>JURISDIÇÃO NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL ..... | 50            |
| <br><b>3. ACESSO À JUSTIÇA .....</b>                                                                           | <br><b>55</b> |
| 3.1. GARANTIA CONSTITUCIONAL VIGENTE E SUA FORÇA NORMATIVA ..                                                  | 55            |
| 3.2. O ACESSO À JUSTIÇA E O CONSEQUENTE DIREITO DE AÇÃO .....                                                  | 59            |
| 3.3. ACESSO À JUSTIÇA: UMA INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA.....                                                    | 65            |
| 3.4. DA NECESSIDADE DE JURISDIÇÃO CONDICIONADA OU INSTÂNCIA<br>ADMINISTRATIVA DE CURSO FORÇADO .....           | 71            |
| <br><b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                                                        | <br><b>76</b> |
| <br><b>5. REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....</b>                                                               | <br><b>84</b> |

MALVESTITI, Gustavo Guevara. A inafastabilidade da intervenção jurisdicional como fator limitativo à efetividade da solução dos conflitos. 2014. Dissertação. (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí/SC.

## RESUMO

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito que tem por vocação o estudo dos princípios constitucionais como vértice axiológico e normativo do ordenamento jurídico. Tema central deste trabalho, o princípio (ou garantia) constitucional da inafastabilidade da jurisdição foi analisado em conjunto com os demais institutos que diretamente lhe sejam correlatos, cuidando do contrassenso existente entre o estímulo à resolução dos conflitos diretamente pelas partes e a necessária intervenção do Estado, pelo exercício da jurisdição. No bojo deste trabalho, existe a necessária conceituação e distinção entre princípios e regras, assim como o entendimento da força normativa inserta no texto constitucional. Sobre a ideia de jurisdição, buscou-se uma digressão histórica sobre a clássica teoria da separação dos poderes e a parcela deste que coube ao Poder Judiciário, assim como sua atual localização no cenário jurídico nacional, não se olvidando, também, de fazer referência às modalidades de jurisdição, bem como a outros procedimentos de solução de litígios encontrados em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como o caso da jurisdição dúplice, em vigor em França. Buscou-se analisar os impactos da cultura da judicialização dos conflitos instalada na sociedade, por vezes instada pelo próprio Estado através do Poder Judiciário. Em contraponto, tentou-se apontar a existência de outras formas de solução de conflitos, inclusive com o fomento de instâncias administrativas de contenção ao Poder Judiciário, como as Comissões de Conciliação Prévia e a justiça desportiva. Por fim, cumpre ressaltar que a presente dissertação não teve como escopo a conclusão, o que se deixará para trabalho futuro, concentrando-se este estudo eminentemente na pesquisa visando a indicação de formas não jurisdicionais para a solução de conflitos como meio de, sem estremecer a base do controle jurisdicional, auxiliar na pacificação social e na efetividade da justiça.

**Palavras-chaves:** princípios constitucionais; inafastabilidade; controle jurisdicional; acesso à justiça.

MALVESTITI, Gustavo Guevara. **The non-obviation of judicial intervention as a limiting factor to the effectiveness of conflict resolution**. 2014. Dissertation. (Master's degree in Legal Science). Universidade do Vale do Itajaí/SC.

## ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research Constitutionalism and Production of Law, which focuses on the study of the constitutional principles as axiological and normative branches of the legal system. The central theme of this work, the constitutional principle (or warranty) of the non-obviation of jurisdiction, was analyzed along with the other institutes directly related to it, addressing the contradiction that exists between the stimulus to resolve conflicts directly by the parties and the need for State intervention, through the exercise of jurisdiction. At the heart of this work is the necessary conceptualization and distinction between principles and rules, as well as the understanding of the normative force inserted in the constitutional text. In regard to the idea of jurisdiction, it makes a historical digression on the classical theory of separation of powers, and the portion of it that falls under the Judiciary, as well as its current position in the national legal scenario. Reference is also made to the jurisdictional modalities, as well as the other procedures for dispute settlement found in foreign legal systems, such as the case of duplicitous jurisdiction that exists in France. It analyzes the impacts of the culture of judicialization of conflicts in society, sometimes lobbied by the State itself, through the Judiciary. In counterpoint, it attempts to point out the existence of other forms of conflict resolution, including the promotion of administrative instances of containment to the Judiciary, such as the Prior Conciliation Commissions and the sports justice. Finally, we emphasize that this dissertation is not restricted to its conclusion, but leaves room for future work, focusing primarily on research aimed at indicating non-jurisdictional forms for conflict resolution as a means of furthering social pacification and the effectiveness of Justice, without undermining the basis of jurisdictional control.

**Keywords:** constitutional principles; non-obviation; judicial control; access to justice.

## INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é analisar a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, delimitando o estudo às hipóteses em que a garantia afeta a efetiva solução das controvérsias e sua repercussão no Poder Judiciário e na sociedade, instigando a busca por mecanismos diversos para a solução dos conflitos sociais.

A elaboração metodológica seguiu o conceito elaborado pelo professor Cesar Luiz Pasold.<sup>1</sup>

Deve-se à CF/88 o atributo de positividade da garantia da inafastabilidade da intervenção jurisdicional, estabelecendo em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que significa que a todos é assegurado o amplo acesso ao Poder Judiciário, sem exigência de prévio esgotamento de qualquer instância administrativa como requisito para o conhecimento da controvérsia pelo Estado-Juiz.

Busca-se propor uma reflexão sobre a necessidade do Estado buscar desenvolver políticas para o incentivo de mecanismos externos ao Poder Judiciário para a obtenção de solução dos conflitos diretamente pelas partes, mormente sem a intervenção de um terceiro como ocorre com a Jurisdição que decide com substitutividade e definitividade.

A intenção é demonstrar que o Estado necessita sofrer transformação em seu papel de intervencionista forçado, porquanto o contexto social contemporâneo exige que o Estado incentive e supervisione o diálogo entre os envolvidos nas controvérsias para a solução por eles mesmos, visando a satisfação do direito vindicado.

Necessária uma profunda reflexão sobre a modernização do Poder Judiciário, sobretudo porque a atual prestação jurisdicional exercida como

---

<sup>1</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

monopólio do Estado não atende a realidade inserida no contexto social.

Como ressaltou a Excelentíssima Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrighi, em pronunciamento proferido em ocasião do Congresso de direito processual civil realizado em Porto Alegre em 22 de março de 2002, “hoje, sem dúvida o Poder Judiciário está na janela do mundo e passou a ser alvo de múltiplos questionamentos acerca da sua função, da sua eficiência, da sua qualidade de serviço que oferece ao cidadão”.<sup>2</sup>

Instituiu-se a “crise do processo”, o que nos faz refletir sobre uma parábola contada pela Excelentíssima Ministra para despertar as atenções à necessária reforma, modernização e racionalização dos serviços judiciais. Assim contou:

Trata-se da experiência de um notável cientista que resolveu dedicar seus estudos à perpetuação da vida humana. Anos a fio de pesquisa fizeram com que optasse pelo método do congelamento.

Encontrado um cidadão que aceitou submeter-se à inusitada experiência: foram tomadas as providências para que a urna de congelamento fosse aberta somente cem anos após, quando, então se poderia aferir o sucesso da tão audaciosa experiência.

Cem anos depois...

A comunidade científica em imensa agitação, para não dizer frenesi, se preparava para a abertura da urna de congelamento. Para um ato de tamanha importância no campo científico, e sem precedentes, foi antecedido por incontáveis reuniões de estudos pelos cientistas responsáveis pela operação, tudo em prol do bem estar daquele ser humano que acordaria em ambiente certamente hostil considerado aquele que vivia ao ser congelado.

Várias dúvidas e incertezas pululavam na mente dos mestres, pondo-se em destaque aquela relativa à incerteza acerca do lugar na vida em sociedade que deveria o cidadão-cobaia ser acordado. A preocupação tinha justificativa, considerando as profundas transformações e avanços tecnológicos impostas ao mundo nos

---

<sup>2</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A reforma processual**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/659>>. Acesso em: 17 mar.2014 p. 2.

O artigo trata de mudanças ocorridas no Poder Judiciário de alguns países no âmbito da modernização e racionalização dos serviços prestados para equacionar o problema da morosidade e o alto custo da prestação jurisdicional. A autora aborda as contribuições produzidas pela reforma ainda em andamento pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro ao processo civil, no entanto reconhece que as providências que se tem tomado não produziram o efeito desejado. O Poder Judiciário brasileiro continua sendo alvo de críticas e a prestação jurisdicional não tem sido entregue num tempo razoável. Conclui com a importância de uma verdadeira reforma e com a reflexão “Quantas portas deixamos de abrir pelo medo de arriscar?”.

últimos cem anos.

Era preciso encontrar um local adequado de convivência para não causar nenhum trauma ao recém-acordado. Realizadas muitas reuniões e, depois de muito pesquisar e sopesar, os cientistas chegaram a uma conclusão: o cidadão-cobaia deveria acordar no seio da comunidade formada pelo Poder Judiciário.

Por quê? Ora, porque as mudanças ocorridas no Poder Judiciário, nos últimos cem anos foram tão insignificantes, que este ser humano embora permanecendo distante da vida em sociedade, com certeza não se sentiria nem um pouco deslocado ou distante da realidade que vivia quando se submeteu à experiência.<sup>3</sup>

A jurisdição tem sido exercida como único meio de solução dos conflitos, o que contribuiu sobremaneira para a crise que enfrenta o Poder Judiciário, cada vez mais atarefado e pressionado pela sociedade para a entrega rápida e eficaz da solução ao litígio. Todavia, o Estado deve buscar a compreensão de que seu papel social de pacificar conflitos é maior do que o atualmente exercido com exclusividade pelo Poder Judiciário.

Considera-se como essencial ao Estado a busca de meios e implementação de técnicas e políticas sociais para que todos os instrumentos adequados à solução dos conflitos sejam utilizados pela sociedade. E isso, muitas vezes, corresponde ao abandono de dogmas e monopólios paternalísticos.

A chamada “cultura da pacificação” assume papel de destaque na conscientização jurídica e indica a necessidade de novas formas de participação dos conflitos, em substituição a “cultura da sentença”.<sup>4</sup>

A ideia de que o acesso aos órgãos judiciais constitua o único significado da acepção jurídica de acesso à justiça demonstra-se ultrapassada e equivocada, pois, atualmente, a preocupação fundamental é com a “justiça social”, que visa a busca de procedimentos que sejam condizentes à proteção dos direitos e administração dos conflitos. O fenômeno do acesso à Justiça deve ser compreendido como a possibilidade material de conviver em uma sociedade onde o direito e a justiça são realizados de forma concreta, seja por

---

<sup>3</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A reforma processual**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/659>>. Acesso em: 17 mar. 2014. p. 2-3.

<sup>4</sup> WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>> Acesso em: 25 out. 2013.

meio da atuação judiciária do Estado, através de seu poder soberano, seja por meio do estímulo ao uso das formas prévias e alternativas de resolução de conflitos. Necessário enfatizar que os valores centrais do processo judiciário tradicional devem ser mantidos e que o “acesso à justiça” deve englobar as duas formas de processo.<sup>5</sup>

Para que sejam atingidos os objetivos propostos neste estudo, a abordagem se dará a partir do método indutivo e o método de procedimento a ser utilizado será o monográfico. Além disso, será desenvolvida a temática através da técnica da documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica.

No primeiro capítulo será abordado a temática sobre a teoria dos princípios, que teve como inegáveis e idolatrados precursores Ronald Dworkin e Robert Alexy, visando proporcionar ao leitor alguns conceitos necessários para a compreensão sobre a forte influência principiológica no texto constitucional e sua difícil, quiçá impossível, separação da norma positiva.

O segundo capítulo tratará sobre a separação dos poderes e a parcela que coube ao Poder Judiciário exercendo através do monopólio da jurisdição, inserindo aqui a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, que será analisada sob a ótica do ordenamento constitucional brasileiro, a fim de determinar o seu conceito e conteúdo.

Por fim, o terceiro capítulo abordará o acesso à justiça com o consequente direito de ação e seus entraves, passando por considerações acerca da necessidade e tentativas de instalarem-se instâncias administrativas, como exceção à garantia retro mencionada, visando a pacificação social e melhor prestação judicial pelo Estado.

Em conclusão, busca-se demonstrar que o interesse do Estado deve ser primordial à solução dos conflitos, removendo as raízes do monopólio jurisdicional e alargando o conceito de justiça na busca da pacificação social e solução satisfativa às partes.

---

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 34.

## CAPÍTULO 1

### OS PRINCÍPIOS E A CONSTITUIÇÃO

#### 1.1. CONCEITOS OPERACIONAIS

Nos anos noventa, o Professor Ruy Samuel Espíndola, valendo-se das pesquisas de autores consagrados,<sup>6</sup> afirmou que desde a década de cinquenta os estudos e reflexões proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas superiores às teses que defendiam uma mera função auxiliar ou subsidiária dos princípios na aplicação do direito.<sup>7</sup>

Nas concepções atuais não se admite a ciência dissociada de princípios,<sup>8</sup> sobretudo porque qualquer área do conhecimento humano que tenha pretensão de autonomia didática e científica, objetivamente dependerá de ser erguida em sólidas bases principiológicas em que se fundamenta e que lhe atribuem peculiar diretriz.

A definição de princípio não é tarefa das mais fáceis, mormente porque há duas visões, uma é de que estão implícitos no ordenamento, a outra, é que os princípios estão sobre e dentro do ordenamento.

Eduardo Juan Couture traz a definição de princípio como “enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas normas de procedimento, de modo a outorgar à solução constante destas o caráter de uma regra de validade geral”.<sup>9</sup>

Na lição de Miguel Reale, princípios são verdades fundantes, certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais

---

<sup>6</sup> Em sua obra “Conceitos de Princípios Constitucionais” o Professor Ruy Samuel Espíndola tem sua tese alicerçada em grandes reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito, referindo-se a autores como Joseph Esser, Jean Boulang, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris e Genaro Carrió.

<sup>7</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 27.

<sup>8</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 13.

<sup>9</sup> COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3 ed. Tradução de: Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 83.

asserções que compõem um dado campo do saber.<sup>10</sup>

Necessário realçar a importância da contribuição de Ronald Dworkin para a teoria dos princípios, para quem, princípios constituem modelos, isto é, todo o conjunto de padrões que não são regras.<sup>11</sup>

As provocações de Ronald Dworkin à pesquisa foram de notável impacto ao ponto de concluir-se que “o direito deixou de ser concebido como um ‘sistema de normas’ - vale dizer, de regras -, passando a ser visualizado como sistema de princípios”.<sup>12</sup>

Por sua vez, a força intelectual de Robert Alexy é extraordinária, e sua contribuição para a teoria dos princípios é incontestável.<sup>13</sup> Para o autor alemão, os princípios representam mandamentos de otimização, são os meios pelos quais os valores transitam entre a sociedade e o direito, portanto, os princípios estão sobre o ordenamento (sociedade) e dentro dele (ordenamento).<sup>14</sup>

Define-se, então, para o Professor Geraldo Ataliba, reverenciado por Rui Portanova, a ideia de que princípio possui maior importância do que o próprio conjunto normativo, porquanto, princípio, mais que uma norma, é “uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontando para ser seguido por todo o sistema. Rege toda a interpretação do sistema e a ele se deve curvar o intérprete, sempre que se vai debruçar sobre os preceitos contidos no

---

<sup>10</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 300.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 90.

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 97.

<sup>13</sup> Robert Alexy elaborou sua teoria dos direitos fundamentais com base na tipologia das normas jurídicas, cujas espécies são: regras e princípios. O conceito de norma, denominado conceito semântico, foi preparado tendo em vista a importância para a compreensão dos direitos fundamentais e para suplantar as dúvidas existentes sobre a diferenciação entre princípios e regras. Sustenta o autor a tese de que princípios e regras são normas com base no argumento de que ambos expressam um dever ser. Para Alexy, a diferença entre os dois não é de grau, mas, uma diferença qualitativa. Para sua teoria a novidade está ao distinguir princípios e regras, especialmente no conceito de princípio: uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Constituem “mandados – ou mandamentos – de otimização”. As regras, por sua vez, são normas que devem ser cumpridas de maneira exata. Isto é, seu cumprimento só pode ser feito de forma integral.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 281-283.

sistema”.<sup>15</sup>

Não há como dissociar as regras, ordenamento jurídico positivado,<sup>16</sup> dos valores que o norteiam. Os princípios não se confundem e nem se apresentam como regras de direito, na medida em que são proposições ou enunciados descritivos não normativos.<sup>17</sup>

Eros Roberto Grau, ao defender que os princípios jurídicos constituem as regras jurídicas afirma que não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos, mas como vigentes e/ou eficazes ou não vigentes e/ou não eficazes. Também, sobre os princípios gerais de direito, afirma o autor que estes “são proposições descritivas (não normativas), através das quais os juristas se referem, de maneira sintética, ao conteúdo e as grandes tendências do direito positivo”.<sup>18</sup>

Os princípios gerais de direito são utilizados como fundamentos teóricos da decisão, não meras criações jurisprudenciais, tal a razão para permanecerem ocultos no ordenamento jurídico positivado. É função do intérprete, ao buscar solução normativa ao caso, descortinar os princípios, sobretudo porque “não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior”.<sup>19</sup>

Nas palavras de Eros Roberto Grau:

As regras de ordinário chamadas de princípios gerais de direito não constituem criação jurisprudencial, por um lado, nem preexistem, por outro, externamente ao ordenamento. Ao tomá-las de modo decisivo

<sup>15</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 13.

<sup>16</sup> Conforme ensina Friedrich Müller, “a expressão ‘positivismo’ foi cunhada por Augusto Comte, cujo *Cours de la philosophie positive* foi publicado entre 183 e 1842. Tendo como pano de fundo o avanço das ciências naturais, o positivismo pretendeu integrar todo o conhecimento humano por meio da metódica empírica exata, liberta de toda e qualquer interpretação metafísica. A ciência deveria partir apenas de fenômenos reais”. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Tradução de: Dimitri Dimoulis, et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 114-115.

<sup>17</sup> Ressalva-se, todavia, o entendimento do eminente jurista Eros Roberto Grau, sobretudo porque na obra “**Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013”, no capítulo II “Os Princípios”, o autor faz a construção doutrinária sustentando que princípios são regras.

<sup>18</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 85.

<sup>19</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70.

para a definição de determinada solução normativa, a autoridade judicial simplesmente comprova sua existência no bojo do direito positivo que aplica.<sup>20</sup>

A descoberta dos princípios no interior de cada ordenamento jurídico, em estado de latência,<sup>21</sup> repousa no que Eros Roberto Grau denomina de “direito pressuposto”, onde são encontrados e de onde os resgatamos. Diz-se, então, que estes princípios gerais são o alicerce do edifício jurídico, não estando expressos, porém, como pressupostos da ordem jurídica.<sup>22</sup>

O caminho até eles segue-se por indução, de onde o intérprete partirá de princípios particulares para alcançar os conceitos gerais, por generalizações sucessivas chega-se ao pináculo da ordem jurídica. Então, compete ao intérprete instigar a indução até seu mais alto grau, estendendo seu alcance para que cada princípio seja de todo mais abrangente.

Sob essa perspectiva, Humberto Ávila afirma que:

[...] a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem.<sup>23</sup>

Com efeito, a inspiração doutrinária não faz criar princípios jurídicos, apenas se limita a dar adequada expressão conceitual de alguma coisa que já se encontra, como um dado, mais ou menos explícito, no ordenamento jurídico ao qual aquela construção dogmática se refere, e da qual, portanto, depende

<sup>20</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 101.

<sup>21</sup> O eminente jurista Eros Roberto Grau, em sua obra “Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios” discorre que em cada ordenamento jurídico subjazem regras que chamamos de princípios. Cuida-se de “princípios” desse direito, em verdade regras que, embora não enunciadas em texto escrito, nesse ordenamento estão contempladas, em estado de latência. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 100).

<sup>22</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 71-74.

<sup>23</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

essencialmente.

Na verdade, os princípios jurídicos positivados correspondem às regras jurídicas, ao passo que, os princípios gerais de direito equivalem às regras interpretativas, pelo que, Américo Plá Rodríguez afirma “[...] são os princípios gerais que servem de fundamento para a legislação positiva; são pressupostos lógicos e necessários às diferentes normas legislativas, das quais, por abstração, devem ser induzidos”.<sup>24</sup>

Certamente que o postulado dos princípios jurídicos positivados corresponde às regras jurídicas, ao passo que princípios gerais de direito, à teoria geral do direito, tal como pode ser verificado, *v.g.*, no artigo 5º, § 2º, da CF/88: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”;<sup>25</sup> no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:<sup>26</sup> “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; artigo 8º da CLT:

as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.<sup>27</sup>

E, artigo 126 do CPC: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos

---

<sup>24</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. Tradução de: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr. 2000. p. 11.

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em abril de 2013.

<sup>26</sup> A Lei nº 12.376, de 30/12/2010, alterou a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4/09/1942, ocasião que a nomenclatura Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro deixou de existir.

<sup>27</sup> BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: fevereiro de 2013.

costumes e aos princípios gerais de direito”.<sup>28</sup>

Pode-se mencionar que, na lição de Eros Roberto Grau, a positivação dos princípios gerais de direito, ou sua transformação em princípios jurídicos positivados, encontra-se nas seguintes alternativas: “a) a ‘positivação’ deles importa seu resgate no universo do direito natural. b) essa ‘positivação’ é conseqüente ao seu descobrimento (do princípio) no interior do ‘direito positivo’”.<sup>29</sup>

A opção pela primeira consumaria o entendimento de que os princípios emanam do direito natural, possivelmente rejeitada pelo eminente jurista, porquanto sustenta que os princípios implícitos “[...] são descobertos no interior do ordenamento”,<sup>30</sup> não se tratando, portanto, de princípios que o intérprete possa resgatar fora da ordem jurídica.

Efetivamente, Francesco Carnelutti, citado por Eros Roberto Grau, sustentava que os princípios gerais de direito são descobertos dentro do ordenamento jurídico.<sup>31</sup>

Destarte, não há como afastar o conceito de que o direito absorve um conjunto de preceitos que se desenvolvem em regras absolutamente carregadas de dogmas principiológicos.

Como visto, estes princípios, tanto explícitos como implícitos, traduzem-se em padrões de condutas que se espera dos indivíduos em sociedade, tanto no sentido restrito ao âmbito privado como no social de âmbito público, isto é, organização da sociedade e sua relação com os indivíduos que a integram.

A concepção encampada por Eros Roberto Grau sobre a existência de um “direito pressuposto” como fonte da doutrina para a formulação dos princípios conduz ao entendimento que o seu conteúdo é inspirado na ética e na moral, sendo espelho para a proteção de valores fundamentais

---

<sup>28</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. 11 jan. 1973. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em: fevereiro de 2013.

<sup>29</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 85.

<sup>30</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 104.

<sup>31</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 123.

constitucionalmente assegurados, como a liberdade – inclusive do exercício de qualquer ofício –, a dignidade da pessoa humana, a honra, a privacidade, a justiça, a propriedade, a igualdade etc.

Atualmente, a utilização dos princípios importa em construir o sentido e delimitar a função das normas editadas, ao que Humberto Ávila denominou de “Estado Principiológico”.<sup>32</sup> Nesse trilhar, os princípios visam auxiliar o intérprete da norma na busca da preservação dos valores por ela tutelados.

No tocante ao sistema normativo pátrio é inegável o papel de destaque que os princípios possuem, donde, alguns, inclusive, mereceram atenção do Constituinte Originário porque erigidos à categoria de norma constitucional.

Importa ao tema buscar a breve distinção entre regras e princípios, sobretudo porque, com frequência, apresentam-se de forma confusa pelo intérprete.

## 1.2. A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A concepção de que um princípio jurídico é norma de direito talhou-se através de evolução analítica interessante, conforme ensina Ruy Samuel Espíndola:

Primeiro, a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos. Ou seja, norma tinha um significado e princípio, outro. Mas, mesmo assim, a idéia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, à idéia de princípio. Isso evidenciava-se em posturas metodológicas, como as de Josef Esser, no seu livro *Principios y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*.

Depois, devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito. Aliás, essa distinção entre regras e

---

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15.

princípios, em termos diferentes dos expostos por Dworkin e Alexy, já havia sido formulada por Jean Boulanger, considerado por Bonavides o mais insigne precursor da normatividade dos princípios.<sup>33</sup>

Importa destacar que a primeira distinção entre regras e princípios doutrinariamente aceita foi proposta por Boulanger, citado por Ruy Samuel Espíndola, que atentou para o predicado de generalidades dessas duas espécies de normas, porquanto a generalidade da regra jurídica não é de mesma intensidade que a generalidade de um princípio:

Ele demonstrou “[...] que a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Isso não obstante, ela é especial na medida em que *regula senão tais atos ou tais fatos*: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*”.<sup>34</sup>

De inegável relevância para a teoria dos princípios, duas grandes obras que buscam diferenciar princípios de regras: a primeira escrita por Ronald Dworkin; a segunda, por Robert Alexy.

Em primeiro lugar, a clássica distinção existente entre regras e princípios foi desenvolvida por Ronald Dworkin, que nos adverte que a diferença entre princípios legais e regras jurídicas repousa em uma distinção lógica.<sup>35</sup> Ambos os tipos de normas (standards ou padrão)<sup>36</sup> apontam para determinadas decisões sobre obrigações em circunstâncias particulares, mas diferem quanto ao caráter da direção que elas oferecem.

<sup>33</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 61.

<sup>34</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 64.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>36</sup> Para Ronald Dworkin, princípios são padrões que denominou como standards ou cláusulas genéricas que enunciam modos de ser do Direito, ou seja, refletem a dimensão jurídica da moralidade. Diferentemente das regras, que se aplicam ou não a um determinado caso, os princípios oferecem argumentos para decidir, mas não obrigam, por si mesmos, a adoção de uma única decisão; princípios se enlaçam uns com outros de sorte que um mesmo princípio mais genérico pode ir se concretizando em outros específicos ou derivados.

O autor denomina de princípio aquele padrão que deve ser observado, não porque irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque seja uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade.<sup>37</sup>

Por outras palavras, princípios são proposições que descrevem direitos, ao passo que as políticas, também denominadas de diretrizes, são proposições que descrevem objetivos. Por isso que, segundo o autor, em geral, os argumentos de princípios se predispõem à defesa de direitos do indivíduo, enquanto argumentos políticos se propõem à defesa de interesses da coletividade.

De uma forma mais clara para as distinções, os exemplos do próprio jurista: “[...] o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política (diretriz) e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio”.<sup>38</sup>

Por conseguinte, enquanto as regras são aplicáveis a partir de um critério de tudo-ou-nada, este não vale para os princípios. Assim, ou a regra é válida e, então, se deveriam aceitar os seus efeitos jurídicos, ou a regra não é válida e, por isso, não fundamenta nem pode exigir qualquer consequência jurídica. Como a possibilidade de exceções não pode prejudicar esse resultado, uma formulação completa e a mais adequada de uma regra precisa incluir todas as exceções.

Ao contrário, princípios não determinam, quando verificado um caso de sua aplicação, uma decisão concludente segundo uma formulação pronta e acabada, sobretudo porque os princípios veiculam motivos, que falam por uma decisão. Outros princípios que, de seu lado, segundo sua formulação seriam também aplicáveis, podem preceder um outro princípio no caso concreto. Aqui, porém, graças ao seu caráter não concludente, não se mostram necessárias, como nas regras, as exceções que seriam de acolher numa formulação completa desse princípio.

---

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

Efetivamente no tocante as regras, afirma o jurista norte-americano que “[...] são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.<sup>39</sup>

Em complemento, afirma o autor que o modelo de aplicação tudo-ou-nada que caracteriza as regras evidencia-se com maior clareza quando examinados o modo como operam as regras, não no Direito, mas em outra atividade também regida por regras, como um jogo, por exemplo. Assim:

No beisebol, uma regra estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o bateador que errou três bolas não será eliminado se o pegador [*catcher*] deixa cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra.<sup>40</sup>

Mas não é assim que funcionam os princípios. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.<sup>41</sup>

Ainda, Ronald Dworkin afirma que os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem, a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se cruzam o intérprete que resolverá o conflito deve considerar a força relativa de cada um dos princípios envolvidos, entretanto, esta não será uma mensuração exata, pois o julgamento que a será objeto de controvérsia. Essa dimensão, então, integra o conceito de determinado princípio, de modo

---

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras, por sua vez, não tem essa dimensão; são funcionalmente importantes ou desimportantes. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento, mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.<sup>42</sup>

Por conseguinte, o conflito de regras em um mesmo ordenamento jurídico passa pelo crivo da validade, isto é, desde que regras que estejam em plena eficácia o conflito se resolverá pela eliminação de uma delas adotando-se o critério cronológico, ou hierárquico ou mesmo da especialidade.<sup>43</sup> Por seu turno, o conflito entre princípios que leva o interprete do direito a adotar um em detrimento do outro não acarreta a eliminação de um para adoção de outro, pois, o princípio agora rejeitado para a solução de determinado caso, poderá ser aplicado em caso futuro, fato de inequívoca concretização da dimensão exposta alhures, que peso ele tem ou quão importante ele é.

Percebe-se que a obra de Ronald Dworkin possui forte ênfase na tentativa de superação do positivismo jurídico,<sup>44</sup> em especial na indeterminação da solução do que foi chamado pelo autor de “casos difíceis”.<sup>45</sup>

Conclui-se, neste aspecto, que no critério de diferenciação entre regras e princípios, as regras apresentam-se como normas que apenas descrevem determinado comportamento sem se ocupar com a finalidade das condutas, ao passo que os princípios apresentam-se como normas que estabelecem de maneira diferenciada estados ideais e objetivos que devem ser

---

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

<sup>44</sup> Em sua obra o autor lança forte crítica na versão do positivismo defendida por H.L.A. Hart na obra *The Concept of Law* de 1961. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 31 e 35.

<sup>45</sup> Por casos difíceis o autor considera as situações litigiosas particulares que não podem ser submetidas a uma clara disposição ou regra legal, estabelecida anteriormente por alguma instituição, ou quando não estabelecida uma regra que dite uma decisão em um ou outro sentido. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36).

atingidos.

Com isso, Ronald Dworkin estabeleceu dois critérios lógicos para a acentuação distintiva entre princípios e regras, baseadas em duas ideias: a primeira, a do tudo ou nada, e a segunda, a do peso ou da importância.<sup>46</sup>

Em segundo lugar, contribuindo para o conhecimento e interpretação da teoria dos princípios, não se pode deixar à margem a força intelectual de Robert Alexy, que se mostrou extraordinária ao tema.

A tese sustentada pelo autor sugere que tanto as regras quanto os princípios são normas que expressam um dever ser, sobretudo porque podem ser construídos sobre o modal deontico básico (obrigatório, permitido, proibido).<sup>47</sup>

O conceito elaborado por Robert Alexy parte da distinção entre norma e enunciado normativo, estabelecendo, em síntese, que enunciado normativo é a expressão da norma, e que norma é o significado do enunciado normativo.<sup>48</sup>

De certa forma, no modelo defendido por Robert Alexy as regras e os princípios integram o gênero norma, todavia, princípios são normas de maior qualidade e especificidade, conquanto que regras, normas de qualidade inferior e de característica geral, razão pela qual a diferença entre eles seria meramente qualitativa, não de ordem hierárquica.<sup>49</sup>

Não obstante, a inovação trazia pelo citado autor, na distinção entre regras e princípios, repousa propriamente no conceito de princípios, para quem princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-43.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 83.

<sup>48</sup> Denominado conceito semântico, tem como ponto de início a diferenciação entre norma e enunciado normativo: a norma é o significado de um enunciado normativo. A necessidade de diferenciá-los é vista no fato de que uma única norma pode ser expressa através de inúmeros enunciados, além de se poder expressar normas sem haver enunciado, como, por exemplo, as normas produzidas por um semáforo. A identificação de uma norma deve ser feita a partir de sua própria análise, e não, da análise do enunciado que a expressa. O critério definidor de uma norma se encontra nos modais deonticos, cujas diferentes espécies podem ser resumidas no conceito de dever-ser. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 50-52.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 83.

possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, constituindo, portanto, mandados de otimização.<sup>50</sup>

Diz o autor:

Por lo tanto, los principios son mandatos de optimizacion, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.<sup>51</sup>

Por sua vez, regras são normas que exatamente devem ser cumpridas ou não, é dizer que se admite seu cumprimento apenas integralmente.<sup>52</sup> Entende-se, então, que são aplicáveis ou não são aplicáveis para a solução do caso concreto, para a preservação de um valor juridicamente tutelado.

A distinção entre regras e princípios se clarifica quando há conflitos entre eles. Entre regras, os conflitos ocorrem na dimensão da validade, e neste caso existem duas formas para a resolução, quais sejam: declarar uma das regras inválida ou introduzir cláusula de exceção na outra. Por sua vez, entre princípios, os conflitos surgem na dimensão de importância, relevância ou peso de determinado princípio incidente sobre a questão concretamente analisada, porquanto apenas haverá conflito entre princípios válidos – jamais serão incompatíveis entre si, mas, concorrentes –, caso em que haverá cedência de um de menor peso frente ao outro de maior peso, o que não significa declarar inválido um princípio ou introduzir cláusula de exceção, porém, o sentido é o de se alcançar o mínimo de restrição dos princípios envolvidos, e em sentido

---

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86. Livre tradução: Portanto, os princípios são mandatos de otimização, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, proporcionalmente as condições (possibilidades) reais e jurídicas presentes. O alcance das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 87.

inverso, o máximo possível de cada um na sua aplicação.<sup>53</sup>

A esse fenômeno Robert Alexy denominou lei de colisão, um dos principais fundamentos de sua teoria dos princípios, fator de acentuada representação da otimização dos princípios e da inexistência de prioridades absolutas entre eles.<sup>54</sup>

Na esteira dos ensinamentos do autor, compreende-se que através da ponderação se soluciona o conflito entre princípios, sendo que a regra que se extrai da aplicação da ponderação de princípios integra o rol das normas adscritas.<sup>55</sup>

Por sua vez, não se pode deixar à margem as contribuições de Humberto Ávila, que, ao elaborar sua teoria dos princípios, formulou algumas críticas contra os critérios utilizados pela doutrina para distinguir regras e princípios. Para o autor, a ponderação não é utilizada exclusivamente em casos de aplicação de princípios, pois também existe no âmbito das regras.

De regra geral, conquanto as normas (ou regras) podem ou não ser aplicadas ao caso concretamente analisado visando a preservação do direito sob tutela, os princípios concorrem na solução mais adequada e justa ao caso. Ambos, embora com funções diferentes, convergem para o mesmo fim, qual seja, preservar valores e garantias fundamentais do homem em sociedade.

Do interesse em proteger os valores sociais magnos é que emanam os princípios, e ao intérprete do direito é oportunizada a feliz audácia de dar sentido concreto a estes valores principiológicos visando a solução do caso posto em análise.

Neste cenário assume relevância a solução de conflitos apresentados entre os princípios, sobretudo porque há doutrina que afirma a existência de princípios absolutos, que em nenhum caso precedem a outros.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 88-89.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 90-95.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 95-98.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 105-109.

### 1.3. COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Não obstante no item anterior tenha-se discorrido brevemente sobre o conflito entre princípios, tal se deu em função do pretendo apontamento das diferenças entre aqueles e as regras; logo, sem a pretensão de exaurir o tema, neste tópico se buscará maior aprofundamento.

Decorre do caráter de direito dos princípios a existência de conflitos entre eles, assentando-se a necessidade de buscar a resolução desses conflitos, que inegavelmente integram o conceito de princípio no Direito.

Pode-se mencionar que, conforme estudo de Ruy Samuel Espíndola, referindo-se aos ensinamentos de Eros Roberto Grau, o problema do conflito entre princípios situa-se no plano das denominadas “antinomias jurídicas”, de onde se constata o conflito entre regras e a colisão de princípios. O conflito entre regras suscita a ideia das “antinomias jurídicas próprias”; a colisão entre princípios, as “antinomias jurídicas impróprias”.<sup>57</sup>

Para Robert Alexy, antinomia jurídica é definida como a situação na qual são colocadas em existência duas normas que pertencem ao mesmo ordenamento jurídico e tem o mesmo âmbito de validade (material, espacial e temporal), onde uma das quais obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou ainda uma proíbe e a outra permite mesmo comportamento.<sup>58</sup>

Não se pode negar que o ordenamento jurídico inspira-se em valores contrapostos, que se apresentam de forma maior ou menor acentuadas, fato que faz com que o intérprete depare-se com situações que o obrigam a considerar determinado princípio em detrimento de outro, sem, no entanto, excluir da ordem jurídica uma das normas (princípios) conflitantes, atitude que certamente adotaria na confrontação de regras, porquanto aqui seria excluída do sistema jurídico a regra conflitante, em face da incompatibilidade entre essa e outra norma situada no mesmo plano da

---

<sup>57</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 68-69.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 89.

validade.

De certa forma, a colisão de princípios implica em incompatibilidade, não em exclusão. Nesse sentido cabe novamente registrar as conclusões de Ruy Samuel Espíndola:

Nesses casos, segundo Dworkin, o aplicador do Direito opta por um dos princípios, sem que o outro seja rechaçado do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos que comportem sua aceitação. Ou seja, afastado um princípio colidente, diante de certa hipótese, não significa que, em outras situações, não venha o afastado a ser aproximado e aplicado em outros casos. As testilhas entre princípios não os excluem da ordem jurídica, apenas os afastam diante de situações que comportem diferentes soluções, segundo o peso e a importância dos princípios considerados à aplicação do direito. Esse tipo de opção, pelo intérprete, não gera desobediência ao princípio afastado. Aqui, os conflitos entre princípios se verificam na dimensão do peso, já que apenas princípios válidos podem colidir entre si (Alexy).<sup>59</sup>

Na mesma linha, traçando os critérios para resolução do conflito normativo construídos por Ronald Dworkin e Robert Alexy, e antes de iniciar sua crítica às construções doutrinárias destes juristas, Humberto Ávila resume as conclusões de cada um:

Dworkin sustenta que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

Alexy afirma que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. No caso de colisão entre os princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre

---

<sup>59</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 69-70.

regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica, naquele entre princípios o conflito já se situa no interior dessa mesma ordem.<sup>60</sup>

Sintetizando, a colisão de princípios ocorre internamente na ordem jurídica, sobretudo porque as contradições entre as normas que caracterizam o conflito entre princípios apenas assim podem ocorrer, fato que pressupõe que os princípios em conflito são válidos. Colisão, neste caso, significa que um princípio só pode ser satisfeito à custa de outro.

Com efeito, a colisão entre princípios não se resolve pela escolha de um em detrimento do outro, ou pela supressão deste em benefício daquele. A solução se dará sempre considerando a dimensão de peso de cada princípio, situação que conduzirá a escolha de qual princípio prevalecerá e qual será afastado, em relação ao caso concretamente analisado. A este critério de escolha que considera a dimensão do peso de cada princípio, nominou-se de ponderação.

Como visto linhas atrás, os princípios são mandados de otimização com respeito às possibilidades jurídicas e fáticas concretamente analisadas, e a ponderação auxilia a relativizar as possibilidades jurídicas.

Para o exercício do juízo de ponderação, primeiramente há que se fazer uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, a qual pressupõe três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, entendida como o próprio postulado da ponderação.<sup>61</sup>

Diante disso, conforme demonstrou Eduardo Appio ao escrever sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, este tem sua tônica conceitual em elementos dados pela Corte Constitucional alemã, assim utilizados:

[...] o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado

---

<sup>60</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 43.

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 111-115.

quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.<sup>62</sup>

Então, a regra da proporcionalidade auxilia no controle entre os fins objetivados e os meios efetivamente utilizados, limitadas a justa proporção.

No mesmo caminho, a orientação do juízo de ponderação é compartilhada pela razoabilidade. Para Moacyr Motta da Silva, a razoabilidade inspira-se em pensamentos de Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino, representando critério guia de justiça:

Os critérios de razoabilidade, nesta concepção, conduzem o julgamento no caminho da uniformidade de direção. A idéia de razoável, para o filósofo, significa que todas as disposições examinadas convergem para o mesmo ponto, a justiça. A justiça compreende a igualdade, a proporcionalidade. O termo igual designa aquilo que corresponde ao meio termo. Entre as ações que denotam o máximo e aquelas que indicam o mínimo, o meio termo corresponde à igualdade. O justo representa o gênero daquilo que é proporcional.<sup>63</sup>

Assim, a razoabilidade atua na esfera dos valores da sociedade, destacando-se o valor de justiça, mormente porque a razoabilidade não leva em conta a formalidade, o aspecto extrínseco da lei, pois ela procura o sentido de justiça.

Nesta perspectiva, evidencia-se que a proporcionalidade e a razoabilidade inegavelmente orientam o juízo de ponderação, atuando na valoração da dimensão do peso de cada um dos princípios conflitantes, no sentido de que o sacrifício imposto a um deles, seja razoável e proporcionalmente mais intenso do que o benefício obtido pelo outro, no caso concretamente analisado.

Com efeito, não se pode olvidar da lição sempre lembrada pelo professor Juarez Freitas no sentido que na ponderação dos princípios estes

---

<sup>62</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (org.). **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 149.

<sup>63</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (org.). **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 128.

não se excluem ou conflitam, mas são harmonizados.<sup>64</sup>

#### 1.4. DISTINTAS FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Até aqui se torna inegável que a ordem jurídica atual absorve a existência de princípios, muitos ainda não positivados, mas todos desempenhando relevante papel na aplicação e interpretação do direito.

Relevante o fato de que o intérprete ao fazer a análise das normas de determinada ordem jurídica dependa de conhecer os princípios que incidem sobre esta mesma ordem, sob pena de fracassar no seu propósito interpretativo.

Neste aspecto, os princípios cumpririam três funções relevantes na ordem jurídica: fundamentadora, interpretativa e supletiva.<sup>65</sup>

Para Paulo Bonavides, os princípios preenchem três funções de extrema importância: a função de ser fundamento da ordem jurídica, a função orientadora do trabalho interpretativo e a função de fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.<sup>66</sup>

A função fundamentadora da ordem jurídica traça os elementos fundantes desta ordem, pois as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais perderão sua validade ou sua vigência em face do contraste normativo com normas de estalão constitucional. Então, a função fundamentadora também poderia ser taxada como normativa, pois, sendo os princípios normas jurídicas, podem ser concretizados e geram direitos subjetivos, adquirindo inafastável função normativa.

Ao fazer uso da função interpretativa, os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos

---

<sup>64</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>65</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 67.

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros: 2004. p. 283.

submetidos à apreciação do intérprete. Constituem-se em transmissores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa; atuam como condicionantes da atividade do intérprete, pois nenhuma interpretação pode ser efetivada sem sopesar os princípios jurídicos incidentes na questão.

Por fim, a função supletiva atua no vazio jurídico, ou seja, havendo uma lacuna da norma, esta poderá ser suprida com a utilização dos princípios,<sup>67</sup> o que é expressão concreta da função integrativa em face das omissões legislativas. Esta tarefa de integração do direito poderá atuar em vazios regulatórios da ordem jurídica ou mesmo em ausências de sentido regulador constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa.

Ressalte-se, ainda, os ensinamentos de José Afonso da Silva, que, citando Jorge Miranda, ressaltou a função ordenadora dos princípios, assim como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, aditando, ainda, que a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em “funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”.<sup>68</sup>

Por derradeiro, acrescenta-se o fato de que os princípios diminuem a discricionariedade jurisdicional e vinculam o legislador.<sup>69</sup>

Interessante ao tema referir-se à atividade jurisdicional, monopólio do Estado, e o direito de acesso a esta atividade, o que resta consignado no artigo 2º da CF/88 quando contempla o princípio da separação e independência dos poderes, no primeiro caso, e no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, ao garantir o acesso ao Poder Judiciário, no segundo caso.

---

<sup>67</sup> Encontramos claro exemplo da presença da função supletiva no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, o qual estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ, 4 set. 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)> Acesso em: fevereiro de 2013

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 95-96.

<sup>69</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 44-45.

Por conseguinte, observado que os princípios são mandamentos nucleares de todo sistema jurídico, de fundamental importância para a estrutura do Estado de Direito, e que sua interferência na ordem jurídica é inevitável, deve-se assentar que os princípios constitucionalmente previstos, explícitos ou implícitos, possuem caracteres primitivos, de onde derivam os demais princípios que transitam entre as normas presentes na ordem jurídica analisada.

Conclui-se, pois, que os princípios exercem função de extrema relevância na ordem jurídica, mormente no direito positivado, pois orientam e condicionam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais.<sup>70</sup>

### **1.5. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS NO CONSTITUCIONALISMO**

Os princípios impõem-se como preceito de direito quando expressam valor absorvido pela ordem jurídica como base desse mesmo sistema jurídico que será regente do Estado.

Por isso mostra-se relevante na temática do conceito de princípio analisar o reflexo da teoria dos princípios nas normas constitucionais, positivamente analisadas.

Como antes abordado neste trabalho, a teoria dos princípios teve melhor versão com o antipositivismo de Ronald Dworkin, que solidamente distinguiu regras e princípios como espécies do gênero norma, tratando os princípios como direito, abandonando a doutrina clássica do positivismo e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma gama de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.

Sobre a inserção e influência dos princípios nas constituições, Paulo Bonavides pontua que “[...] as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre

---

<sup>70</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Função dos princípios constitucionais**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, v.7, n.13, p.157-166, jan./jun. 2004. p. 161-162.

o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.<sup>71</sup>

Tal foi o grau de influência dos princípios no ordenamento jurídico, que “[...] a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das constituições”.<sup>72</sup>

Entretanto, como bem anota Paulo Bonavides, foi o alemão Robert Alexy que aperfeiçoou a teoria e voltou sua força conceitual para o norte teórico do Direito Constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico.<sup>73</sup>

É ponto pacífico que a Constituição carrega os princípios informadores da ordem jurídica que serão seguidos em determinada sociedade organizada que busca a realização do que é materialmente viável e justo para a coletividade. Desse modo, os princípios veiculam aspirações de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, no sentido amplo e de acordo com a experiência constitucional cumulada ao longo da história.

O Estado Principiológico descrito por Humberto Ávila<sup>74</sup> se mostrou através do constitucionalismo contemporâneo, cujo objetivo atual destoa da interpretação e aplicação de normas constitucionais pelo crivo positivista. A interpretação avançou e sua dimensão ganhou contornos principiológicos, permitindo ampliar a aplicação dos preceitos, bem como para constantemente renovar o conteúdo normativo, seguindo os princípios voltados à concretização de certo valor social, segundo o modelo de justiça.

Dessa forma, as normas constitucionais não contém mero regramento concreto para padrões materiais de conduta, porquanto a natureza e eficácia destas normas fazem irradiar os seus preceitos para toda ordem jurídica justamente em razão dos princípios que lá se inserem e que através dela existem, acentuando sua legitimação e atualização constante.

---

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. **Constituição e democracia** – estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 264.

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo. **Constituição e democracia** – estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

<sup>73</sup> BONAVIDES, Paulo. **Constituição e democracia** – estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 266.

<sup>74</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15.

De certa forma podemos concluir que os valores eleitos pela sociedade como magnos são preservados pelos princípios, constituindo, então, fundamentos do sistema constitucional, sua razão e seu fim, pois, quando contemplados na constituição são dotados de normatividade e eficácia, tendo seu conteúdo valorativo como norte ao intérprete constitucional.

Sobre a normatividade dos princípios, Paulo Bonavides ensina que:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.<sup>75</sup>

Desse entendimento afirma-se que os princípios estatuídos nas constituições, agora princípios constitucionais, formam a essência do sistema jurídico constitucional de determinada sociedade, seu conteúdo ideológico. Estes valores inseridos nos princípios e materializados em normas jurídicas produzirão a ordenação política do Estado.<sup>76</sup>

Ao discorrer sobre a natureza dos princípios constitucionais, citando a constitucionalista Cármem Rocha, Ruy Samuel Espíndola argumenta que:

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema

---

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. **Constituição e democracia** – estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 286.

<sup>76</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 74.

constitucional.<sup>77</sup>

Como se observa, os valores consagrados pela sociedade são consequência da opção de cada povo e, por isso, antecedem aos princípios. As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem às diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado. Estes valores devem incorporar àqueles princípios, para guardarem coerência com o ideário social. A viga mestra do sistema jurídico se ancora na legitimidade e coerência dos princípios com relação à guarda dos valores que lhe foram conferidos.

Deve-se mencionar, ainda, que os princípios constitucionais conferem unidade e harmonia ao sistema, permitindo que o sistema normativo se atualize. Isso é reflexo direto da dimensão dos preceitos constitucionais implícitos, evidenciando que a constituição não é interpretada somente por normas escritas, pela literalidade de seus termos.<sup>78</sup>

Estes princípios constitucionais não pontuam hipóteses concretas de regulações jurídicas, porquanto sua característica é a generalidade, possibilitando que a constituição cumpra seu papel de lei maior concreta e fundamental do Estado, sem amarrar a sociedade a modelos inflexíveis e definitivos. Contudo, essa generalidade dos princípios não se confunde com imprecisão, pois permite que a sociedade, plural e criativa, tenha seu sistema jurídico sempre atual.<sup>79</sup>

Com isso se vê que os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado, dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento jurídico constitucional.

---

<sup>77</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 76.

<sup>78</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 77.

<sup>79</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 77.

Por fim, interessa ao tema mencionar a divisão categorizada que o professor José Afonso da Silva faz sobre os princípios constitucionais, com base em J.J. Gomes Canotilho. Para o constitucionalista, os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: os princípios políticos-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais.

Por princípios político-constitucionais entendem-se aquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional; princípios jurídico-constitucionais são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional, decorrendo de certas normas constitucionais, muitas vezes, são desdobramentos dos princípios fundamentais.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 92-93.

## CAPÍTULO 2

### MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO PELO ESTADO

#### 2.1. NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO

Como todos os temas jurídicos, a separação dos poderes tem sua história e sua evolução.

Doutrinariamente a separação de poderes tem abundantes antecedentes históricos,<sup>81 82</sup> todavia, sua expressão jurídica considerada como marco da tripartição que influenciou o desenvolvimento do constitucionalismo,<sup>83</sup> foi dada por Montesquieu, que desde sua definição traz a fórmula da separação dos poderes como elemento definidor do constitucionalismo.<sup>84</sup>

Concretizou-se, em definitivo, na Constituição norte-americana de 1787, porém, foi com o advento da Revolução Francesa<sup>85</sup> que se tornou um dogma constitucional,<sup>86</sup> a ponto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,<sup>87</sup> expressar que toda sociedade onde não estivessem

---

<sup>81</sup> Originariamente, a problemática interessou à Aristóteles, depois a Santo Tomás de Aquino e por fim a John Locke, encerrando o quadro preliminar para o aparecimento de seu verdadeiro marco, a obra de Montesquieu. MELO, José Luiz de Aranha. **Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p.13-16.

<sup>82</sup> Conforme José Afonso da Silva, “o princípio da separação de poderes já se encontrava sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.109.

<sup>83</sup> Canotilho anota que o movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Pontua que não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês. Por isso, prega a existência de vários movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 51.

<sup>84</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002. p.99-100.

<sup>85</sup> Sobre o estopim da Revolução Francesa e seus fatos significativos: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?**. Organização: Aurélio Wander Bastos. Tradução de: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>86</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.109.

<sup>87</sup> Texto traduzido para o português disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP, disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0->

garantidos os direitos e estabelecida a separação dos poderes carecia de Constituição,<sup>88</sup> tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos direitos do homem.

Esta concepção desagua nos ideais libertários, eis que Paulo Márcio Cruz afirma que “a garantia de liberdade dos cidadãos é a principal justificativa da existência do Direito Constitucional”.<sup>89</sup>

No Brasil, a separação dos poderes do Estado na forma tripartite e independente que atualmente se conhece<sup>90 91</sup> foi introduzida com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891,<sup>92</sup> documento inspirado em novas teorias políticas e no movimento constitucional ligado à constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787, concretizando a aderência definitiva do Estado brasileiro à teoria da tripartição de poderes.<sup>93</sup>

Para José Affonso da Silva, a Constituição de 1891:

[...] Rompera com a divisão quaripartita vigente no Império de inspiração de Benjamin Constant, para agasalhar a doutrina tripartita de Montesquieu, estabelecendo como “órgão da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e

---

cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

<sup>88</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002. p.99.

<sup>89</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002. p.98.

<sup>90</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fixa, em seu artigo 2º, a independência dos poderes: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: abril de 2013.

<sup>91</sup> O Professor Paulo Márcio Cruz põe em dúvida se a divisão clássica do poder do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário atenderia a complexidade do mundo contemporâneo. Afirma que a doutrina da tripartição dos poderes encontra muita contestação, pontuando existir doutrina onde a tripartição tradicional não atende às necessidades da sociedade e do Estado, conduzindo a proposição de nova dimensão do poder do Estado, com quatro, cinco ou mais poderes. CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002. p.102.

<sup>92</sup> O artigo 15 da CR/1891 estabelecia que “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: julho de 2013.

<sup>93</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

independentes entre si”.<sup>94</sup>

Até então, todo o sistema estava estruturado na Constituição Imperial,<sup>95</sup> fruto do ato de outorga, com governo monárquico hereditário, constitucional e representativo, mas com divisão e harmonia dos poderes políticos,<sup>96</sup> sendo tal postulado adotado como “[...] principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição oferece”,<sup>97</sup> conforme estabelecia o artigo 9º da Carta.

Sem dúvida, é difícil manter-se plenamente a harmonia, daí alguns autores, como Benjamin Constant, terem previsto a existência de um quarto poder, denominado Moderador,<sup>98</sup> tomado, inclusive pela Constituição Imperial, conforme artigo 10, nestes termos: “[...] os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”, não obstante ignorasse a independência dos poderes.<sup>99</sup>

Percebe-se que aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário acrescentou o Moderador, de titularidade exclusiva do imperador. Isso é reflexo da forte influência francesa no campo teórico, criando uma repartição tetradimensional dos poderes, alterando o modelo anteriormente proposto por Montesquieu pelo de Benjamin Constant.<sup>100</sup>

A doutrina da separação de poderes definida e divulgada por

<sup>94</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 78-79.

<sup>95</sup> BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: julho de 2013

<sup>96</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.75.

<sup>97</sup> BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: julho de 2013.

<sup>98</sup> Paulo Bonavides pontua que a Constituição Imperial do Brasil, outorgada em 1824, foi a única Constituição do mundo que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional dos poderes, instituindo o Poder Moderador cuja titularidade era do Imperador e que compunha a chave de toda organização política do Império. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros: 2011. p. 363-364.

<sup>99</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 484.

<sup>100</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros: 2011. p. 363.

Montesquieu<sup>101</sup> era clara contraposição aos ideais absolutistas europeus e, como o próprio nome orienta, estabeleceu a segregação do poder do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário –, os quais coexistem independente e harmoniosamente, delimitando a cada um funções típicas,<sup>102</sup> inerentes à sua natureza. Esta é a concepção dos freios e contrapesos defendida por James Madison, em *O Federalista*, expressão doutrinária trazida quando da redação da Constituição norte-americana de 1787, defendendo a necessidade de estabelecer um sistema que tornaria os poderes mutuamente dependentes,<sup>103</sup> contrapondo-se a ideia de separação pura dos poderes.<sup>104</sup>

É preciso esclarecer que a divisão clássica do poder não afeta a autoridade e representatividade conferida ao Estado no exercício do Poder Político; o poder do Estado é uno e não há impedimento que venha a se distribuir. É o que afirma José Luiz de Aranha Melo: “[...] na verdade, o comando é uno, mas para que se refreie êsse comando, para que ele não seja absoluto, divide-se o mesmo entre diversas autoridades”.<sup>105</sup>

Conforme Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “[...] a idéia subjacente a essa divisão era criar um sistema de compensações, evitando-se que uma só pessoa, ou um único órgão, viesse a concentrar em suas mãos todo o poder do Estado”.<sup>106</sup>

A divisão dos poderes é garantia suprema da liberdade, por isso mesmo que quando os poderes do Estado se reúnem na mesma mão a liberdade encontra-se comprometida.<sup>107</sup>

<sup>101</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução de: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166-167.

<sup>102</sup> O Poder Judiciário, muitas vezes, por força do ativismo judicial exerce funções de cunho eminentemente legislativo.

<sup>103</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 utiliza, em seu artigo 2º, o termo “harmônicos entre si” para designar esta dependência mútua. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: abril de 2013.

<sup>104</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002. p.101.

<sup>105</sup> MELO, José Luiz de Aranha. **Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p.12.

<sup>106</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 210.

<sup>107</sup> LABOULAYE, Édouard. **O Poder Judiciário e a Constituição**. Tradução de: Lenine Nequete. Coleção AJURIS 4. Porto Alegre: Editora Porto Alegre, 1977. p.15.

Logo, é preciso estabelecer que o princípio da separação dos poderes norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo inscrito pela Constituição como um dos princípios fundamentais que ela adota.<sup>108</sup>

## 2.2. O SISTEMA DE JURISDIÇÃO UNA

No tópico anterior, cuidou-se de demonstrar as origens da tripartição dos poderes e, desta organização constitucional decorreu a divisão do poder do Estado que coube ao Judiciário, trazendo a ele a função jurisdicional, isto é, aquela que tem por escopo compor conflitos de interesses em cada caso concreto.<sup>109</sup>

Ao Poder Judiciário foi delegada uma atribuição pura e indeclinável, o monopólio da jurisdição, que caso não exercida ou relegada, resultará no rompimento do próprio pacto fundamental.<sup>110</sup>

Denominada simplesmente de jurisdição, a atividade de dirimir conflitos de interesses teve seu conceito fortalecido quando monopolizada pelo Estado, sobretudo porque antes do período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Em tempos remotos, os particulares utilizavam-se dos meios que bem dispusessem à resolução de qualquer conflito subjetivo, por meio de compensação pecuniária e material, ou ainda mediante formas coercitivas de livre criatividade. A evolução do quadro levou a construção de uma espécie de arbitragem facultativa, onde os litigantes elegiam um terceiro imparcial e desinteressado, objetivando a melhor composição do litígio. Após, tal arbitragem tornou-se obrigatória.<sup>111</sup>

O monopólio estatal surgiu com a proibição da autotutela, oportunidade que o Estado trouxe a si a função de resolver os conflitos, como esclarece Luiz Fux:

---

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.106.

<sup>109</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 553.

<sup>110</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002p. 247.

<sup>111</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 46.

O Estado como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito subjetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto.<sup>112</sup>

Francesco Carnelutti, ao distinguir a atuação legislativa da jurisdicional afirma, em resumo, que a legislação é uma produção de preceitos gerais para casos típicos, conquanto que a jurisdição é a aplicação do direito ao caso concreto, sob encomenda.<sup>113</sup>

Sob este prisma, a jurisdição é a única dentre as funções do Estado que goza de definitividade, ou seja, impede futuros questionamentos, seja em caráter de direito material ou processual. A coisa julgada material, típica emanção de sentenças de mérito, é por excelência “o mais alto grau de imunidade a futuros questionamentos”.<sup>114</sup>

Nesta linha, Eduardo Arruda Alvim, citando Giuseppe Chiovenda, inegável influente na doutrina processual nacional, assevera que:

O critério realmente diferencial, correspondente, em outros termos, à essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição; é – queremos dizer – a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia'. A coisa julgada, portanto, ao levar à imutabilidade do que haja sido decidido, cristaliza essa substituição, tornando-a, portanto, definitiva.<sup>115</sup>

Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, a função jurisdicional é “[...] aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a

<sup>112</sup> FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p.41

<sup>113</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000. p. 147.

<sup>114</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 309.

<sup>115</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 49.

atividade e a vontade das partes”.<sup>116</sup>

Na clássica lição de Giuseppe Chiovenda, jurisdição é definida como “[...] a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.<sup>117</sup>

Todavia, não se poderia olvidar da definição doutrinária do processo civil para a compreensão conceitual de jurisdição que, segundo Cândido Rangel Dinamarco, é “[...] a função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.<sup>118</sup>

Consideração similar é trazida por Eduardo Arruda Alvim, ao explicar que função jurisdicional é aquela que coube ao Poder Judiciário, decorrente da tripartição dos Poderes; para quem, jurisdição compreende “[...] não apenas a tarefa de dizer o direito aplicável ao caso concreto, mas de realizá-lo coativamente”.<sup>119</sup>

No Brasil, à luz da separação de poderes, adotou-se como modelo norteador da atividade jurisdicional o sistema de jurisdição una, o qual confere ao Poder Judiciário o monopólio de seu exercício, conforme expresso pelo princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, prescrito no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É importante ao tema a compreensão do sistema de jurisdição dúplice, originado na França e ao qual o Brasil perfilhou reverência antes da instituição da República.

Neste sistema, a atividade jurisdicional do Estado é dividida, sendo parte exercida pelo Judiciário e parte pelo Executivo, porquanto se ancora na

---

<sup>116</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 170.

<sup>117</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de: Paolo Capitanio. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998. p. 8.

<sup>118</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 314.

<sup>119</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 47.

máxima absoluta de que se deve evitar a interferência de um poder na esfera peculiar do outro. Logo, não se admite que o Judiciário aprecie controvérsia originária no Poder Executivo.

Cria-se, então, paralelamente à jurisdição comum com competência para composição dos litígios originados de atos privados em geral, a jurisdição administrativa ou Contencioso Administrativo, com competência para os litígios originados de atos da administração pública.<sup>120</sup>

Kazuo Watanabe explica que no sistema de jurisdição dúplice tem-se “[...] a organização, ao lado da jurisdição comum, de jurisdição administrativa (contencioso administrativo) para o conhecimento das controvérsias originárias de atos da Administração Pública”.<sup>121</sup> Desta forma, tais controvérsias são dirimidas com definitividade pelo próprio Executivo (jurisdição administrativa), estando excluída, nestes casos, a intervenção do Judiciário.

É por isso que este sistema se fundamenta na concepção de que não deve haver ingerência de um poder naquilo que é peculiar de outro, posto que implicaria violação da divisão dos poderes. Caracteriza-se pela existência de duas ordens de jurisdição paralelas, isto é, há a jurisdição ordinária competente para as causas que não envolvem a Administração e a jurisdição especial ou administrativa, competente, em princípio, para julgar os litígios que envolvam a Administração. Existem neste sistema tribunais especialmente instituídos para as contendas em que a Administração seja parte. Nele, normalmente, os atos administrativos não se submetem, ou se submetem de modo reduzido, ao exame do Poder Judiciário.<sup>122</sup>

No entanto, este sistema apenas integrou o positivismo nacional antes do modelo republicano, pois, a partir de 1891, diante da vinculação à divisão dos poderes, passou-se à filiação ao sistema anglo-americano de

---

<sup>120</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 47.

<sup>121</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 24.

<sup>122</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 23.

jurisdição una, no qual a exclusividade da função jurisdicional é atribuída ao Poder Judiciário, qualquer que seja a espécie de lide.<sup>123</sup>

Desde então, compete ao Judiciário, com exclusividade, a função de resolver os conflitos de interesse em definitivo.

A função jurisdicional é eminentemente substitutiva, sobretudo porque através do resultado da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário a lei impõe sua vontade concreta.<sup>124</sup>

No entanto, ainda é preciso esclarecer que não é vedada a existência de instâncias administrativas,<sup>125</sup> porém, como consequência estrutural do sistema, suas decisões estão passíveis de análise pelo Poder Judiciário.

Kazuo Watanabe, ao comentar o assunto, esclarece que “[...] os Tribunais Administrativos, que acaso existam nos países que adotam semelhante sistema (jurisdição una), não proferem decisões definitivas e conclusivas”.<sup>126</sup>

Logo, decorrente da assunção da função de solucionar os conflitos que foi conferida com exclusividade ao Poder Judiciário, surge ao Estado o dever de prestar a atividade jurisdicional, da mesma forma que aparece, para os seus administrados, o direito de exigir tal prestação, de tal forma que “[...] a

---

<sup>123</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 24.

<sup>124</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 49.

<sup>125</sup> A doutrina é uníssona em estabelecer a Justiça Desportiva como exceção à garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, porquanto adquire feição de instância inicial e obrigatória, necessitando de seu esgotamento para que o interessado possa conduzir ao Poder Judiciário o conhecimento da controvérsia, nos termos da CF/88, artigo 217, §§ 1º e 2º. Todavia, não se olvida de outras tentativas frustradas de instituir instância administrativa como condicionante da ação perante o Poder Judiciário, como ocorreu com as Comissões de Conciliação Prévia instituídas pela Lei nº 9.958/00, com o objetivo de dar às partes um meio alternativo de solução de conflitos mais rápido e sem necessidade de movimentação da máquina judiciária. Com isso, introduziu-se o artigo 625-D na CLT, criando obrigatoriedade da passagem pelas Comissões de Conciliação Prévia, acaso constituídas. Entretanto, o excelso STF, em decisão liminar deferida nas ADIs nº 2139 e nº 2160, deu interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao citado artigo da CLT. Nesse sentido, o empregado não está mais obrigado a submeter sua demanda a uma CCP, sob pena de ferir o art. 5º, XXXV, da CF/88, podendo escolher por ingressar diretamente com ação trabalhista.

<sup>126</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 24.

jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado”.<sup>127</sup>

No pensar de José Carlos Barbosa Moreira:

Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas.<sup>128</sup>

Por tudo isso que o acesso à justiça se insere dentre as grandes preocupações da sociedade contemporânea, o que faz com que progressivamente seja reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais.<sup>129</sup>

Decorre, pois, destes apontamentos iniciais, a existência de tendência mundial nas atuais democracias para se constitucionalizar as garantias processuais, sobretudo o direito de ação e a inviolabilidade do direito de defesa.<sup>130</sup>

Pedro Manoel Abreu esclarece que neste contexto de extensa magnitude e interferência estatal na vida da sociedade, complexa por excelência, existem fenômenos políticos, sociais e econômicos de inegável influência,<sup>131</sup> tornando-se necessário evidenciar, como fundamento do pluralismo jurídico categorizado por Antônio Carlos Wolkmer, a negação de que o Estado “[...] seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda a produção do Direito”.<sup>132</sup>

<sup>127</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O direito constitucional à jurisdição**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 33.

<sup>128</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva**. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 21.

<sup>129</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.31-32.

<sup>130</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.32.

<sup>131</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.32.

<sup>132</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no

Neste cenário, como reflexo do sistema que garante o amplo acesso à justiça e a supremacia do Poder Judiciário no exercício do monopólio jurisdicional, emerge a garantia<sup>133 134</sup> constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, a razão deste trabalho.

### 2.3. RETROSPECTIVA HISTÓRICA DA GARANTIA DE INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL

A ordem constitucional brasileira, desde 1889, quando a centralização de poderes – expressão política do regime monárquico – foi substituída pelo sistema republicano de governo,<sup>135</sup> implicitamente admitia a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional. Todavia, somente foi inserido no ordenamento jurídico pátrio quando da promulgação da CF/46,<sup>136</sup> prevendo seu artigo 141, § 4º, que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Tem-se aqui, pois, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito. Desde então, absolutamente todas as Constituições sucessoras

---

Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. p. XV.

<sup>133</sup> Optou-se por utilizar o termo garantia ao invés de princípio porque aquela expressa uma posição que afirma segurança, afasta incerteza e fragilidade. Conforme afirma Paulo Bonavides, a garantia sempre existirá em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar. A garantia é um meio de defesa que se coloca diante do direito, mas com ele não se confunde. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros: 2004. p. 235.

<sup>134</sup> Como explica George Marmelstein Lima, citando Marcelo Lima Guerra, “assim, entre os processualistas, é comum utilizar expressões como ‘garantia da efetividade da tutela jurisdicional’, ou ‘da efetividade do processo’, ‘princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional’, ‘garantia (ou princípio) do direito de ação’, ‘garantia do acesso à justiça’ e ‘garantia de acesso à ordem jurídica justa’, enquanto os constitucionalistas preferem as expressões ‘direito (fundamental) à tutela efetiva’, ‘direito ao processo devido’ e ‘direito fundamental de acesso aos tribunais’. Tais expressões vêm sendo utilizadas tanto num sentido amplo, como sinônimas, para designar um mesmo conjunto de exigências, como também, em sentido mais restrito, para referir-se apenas a uma ou algumas dessas exigências”. LIMA, George Marmelstein. **O direito fundamental à ação**. Fortaleza, 1999. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em julho de 2013. p.29-30.

<sup>135</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros: 2004. p. 364-365.

<sup>136</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 197.

expressamente previram tal garantia.<sup>137</sup>

Conforme escreve José Cretella Junior, a positivação da garantia em comento ocorreu como “[...] tomada de posição dos constituintes da época em relação ao regime ditatorial do país, instaurado por Getúlio Vargas”.<sup>138</sup>

Não se olvide que a ausência de expressa previsão constitucional possibilitava a prática de atos arbitrários, pretensos a afastar do Poder Judiciário lesão a direito. Referenciado por Kazuo Watanabe, Pontes de Miranda, ao comentar sobre o artigo 150, § 4º, da CF/67, esboça a retrospectiva histórica da citada garantia:

Dissemos acima que os juristas que interpretaram a Constituição de 1891 e a de 1934, poderiam ter extraído do sistema jurídico regra jurídica que equivalesse à do § 4º do art. 141 da Constituição de 1946, hoje art. 150, § 4º, da Constituição de 1967. A luta, nos Tribunais, travou-se nesse sentido, de que exemplo insigne foram os esforços pelas extensões do *habeas corpus*. Não se chegou, porém, ao fim da trajetória. 1930 interrompeu a avançada. Depois, 1937. A Constituição de 1946 foi como a reaquisição do tempo perdido: pôs-se em regra jurídica explícita o que se teria obtido através dos intérpretes, em regra jurídica não escrita.<sup>139</sup>

Ainda que constitucionalmente positivada à garantia de acesso ao Poder Judiciário, a história demonstra momentos em que interesses contrários ao amplo acesso mostraram sua força. Não se está a defender ou mesmo contestar, ainda, o amplo acesso ao Poder Judiciário na análise de qualquer controvérsia. Pretende-se demonstrar o quão nefasto foram os momentos históricos que proibiram ou limitaram o acesso ao Poder Judiciário sem proporcionar alternativa à sociedade, engessando todo o sistema do Estado de Direito e controlando monocraticamente o poder de dizer o certo e o errado, com absoluta discricionariedade do detentor deste poder.

Nos estudos proporcionados por Zaiden Geraige Neto afirma-se que

<sup>137</sup> Conforme CF/67, art. 150, § 4º; EC 1/1969, art. 153, § 4º, e posterior alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 7/1977; CF/88, art. 5º, XXXV.

<sup>138</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1989. p. 434.

<sup>139</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 27.

o período das limitações ou proibições ao direito de ação constituiu-se em exceção, que teve como pano de fundo questões políticas, inegável gancho de sustentação dos Estados totalitários, existentes tanto na comunidade internacional quanto em terras nacionais.<sup>140</sup>

Por estas linhas escreve Celso Ribeiro Bastos que “[...] nestas ocasiões, eram freqüentes determinados atos de força legislativa auto-excluírem-se da apreciação do Judiciário. Estas exceções, contudo, tinham sempre a sua vigência condicionada à manutenção do Estado autoritário”.<sup>141</sup>

De presença destacada nos livros de história nacional, o AI-5, de 13/12/1968,<sup>142</sup> foi um vivo exemplo da supressão maléfica do acesso ao Poder Judiciário, porquanto previa em seu artigo 11 que: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”,<sup>143</sup> em evidente afronta a garantia de acesso ao Poder Judiciário prevista na CF/67, então Constituição vigente.<sup>144</sup>

A despeito da evidente afronta constitucional praticada pelo Executivo com a edição do malfadado ato, o que causa maior espanto histórico é a constitucionalização do inconstitucional promovida pela ulterior EC-1/69 ao determinar a aprovação e a não submissão dos atos praticados pelo “Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964” à apreciação do Poder Judiciário, inclusive atribuindo vigência ao AI-5, como se infere pelos artigos 181 e 182 da Emenda.<sup>145</sup>

<sup>140</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

<sup>141</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 171.

<sup>142</sup> O chefe do Poder Executivo a época era o Presidente Costa e Silva, o qual editou o Ato Institucional nº 5 que, dentre outras medidas, suspendeu as garantias da magistratura e outorgou ao Presidente da República poder de determinar a cassação de mandatos e direitos políticos de agentes políticos e servidores públicos.

<sup>143</sup> BRASIL. **Ato Institucional nº 5**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)> Acesso em: julho de 2013.

<sup>144</sup> “art. 150, § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em julho de 2013.

<sup>145</sup> Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:  
I - os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares

Sobre o tema, as conclusões de Zaiden Geraige Neto nos ensinam que, ainda que expressamente previstas no texto constitucional, as normas eram inconstitucionais, porquanto não legitimadas, considerando que quem as outorgou não possuía competência para tal.<sup>146</sup>

Conforme demonstra Fredie Didier Júnior:

Houve época em nossa história recente, de triste memória, que se tentou excluir do exame do Poder Judiciário a apreciação dos atos administrativos baseados nos atos institucionais do Golpe Militar de 1964. Esta proibição surgiu com emendas à constituição manifestamente inconstitucionais, porquanto, como regras de competência, e não de potência, não poderiam violar uma garantia fundamental (direito de ação), valor superior estruturante do Poder Constituinte. Com efeito, o Ato Institucional n.º 05/1968 estipulou, em seu art. 11, esta exclusão. Embora este dispositivo violasse frontalmente a Constituição de 1967 (art. 150, §4o), pela Emenda Constitucional 01/69 —para alguns, outra Constituição—, o AI 05 foi constitucionalizado, pois seus arts. 181 e 182 determinavam que se excluíssem da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando da revolução de 1964.<sup>147</sup>

Com a superação e extinção do período da ditadura militar instaurou-se um Estado de Direito, novamente prevendo o respeito à garantia da inafastabilidade do acesso a jurisdição.<sup>148</sup>

---

e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969;

II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e  
III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

Art. 182. Continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados.

Parágrafo único. O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de qualquer desses Atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: julho de 2013.

<sup>146</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

<sup>147</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça**: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. Revista de Processo, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002. p. 25.

<sup>148</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art.

Pela promulgação da CF/88<sup>149</sup> a garantia do direito de ação restou incólume frente às tentativas posteriores de flexibilizar seu alcance. Resta, entretanto, aferir, se a manutenção irretocada desta garantia beneficia a sociedade.

---

5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 36.

<sup>149</sup> Está consagrada no artigo 5º, inciso XXXV, sob a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: abril de 2013.

## CAPÍTULO 3

### ACESSO À JUSTIÇA

#### 3.1. GARANTIA CONSTITUCIONAL VIGENTE E SUA FORÇA NORMATIVA

De importância ímpar que mereceu status constitucional, a garantia de acesso à jurisdição está insculpida no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, com a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>150</sup>

José Afonso da Silva denomina de princípio da proteção judiciária ou ainda, citando Kazuo Watanabe, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.<sup>151</sup> Por esta garantia entende-se que seja uma resultante do monopólio da justiça centralizado pelo Estado,<sup>152</sup> constituindo, em verdade, a garantia das garantias constitucionais,<sup>153</sup> quiçá, “um dos mais relevantes dispositivos do art. 5º”.<sup>154</sup>

Pelo que foi estudado até então não há como se afastar a proteção alçada à garantia constitucional, dada sua absoluta força normativa. Na lição do Ministro Teori Albino Zavascki, “[...] a força normativa da Constituição a todos vincula e a todos submete”.<sup>155</sup>

Com incontestável propriedade, Konrad Hesse escreveu que a força normativa da constituição não reside somente na adaptação a uma dada realidade, pois a constituição jurídica converte-se em força ativa, mesmo que

---

<sup>150</sup> Diferentemente do observado nos textos constitucionais anteriores, os quais estabeleciam expressamente a proteção a direitos individuais, o constituinte de 1988 suprimiu da redação a expressão “individual”, alargando a proteção “a toda sorte de direito, independente do matiz que assumo, individual, coletivo ou difuso”. BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 183.

<sup>151</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 430.

<sup>152</sup> WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 23.

<sup>153</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 430.

<sup>154</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição**: comentários à Constituição Brasileira. 1. ed. Barueri: Manole, v. 1, 2005. p. 84.

<sup>155</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.13.

por si só não possa realizar nada, porém, poderá impor tarefas, e a força ativa da constituição aí residirá quando da efetiva realização das tarefas impostas, orientando as condutas conforme a ordem constitucionalmente estabelecida.<sup>156</sup>

A garantia constitucional da inafastabilidade de acesso ao Poder Judiciário caminha par e passo com o princípio da separação dos poderes e com o sistema de jurisdição una, “[...] possibilitando o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados”.<sup>157</sup>

Conforme entende Zaiden Geraide Neto, “[...] todos têm a garantia estabelecida na própria Constituição da República do acesso à justiça, buscando a tutela jurisdicional de seus direitos, de forma preventiva ou reparatória”.<sup>158</sup>

Merece destaque, também, o entendimento de Fredie Didier Júnior:

Com inclusão da tutela jurisdicional da ameaça - inexistente na ordem anterior -, constitucionalizou-se a tutela preventiva, a tutela de urgência, a tutela contra o perigo, legitimando ainda mais a concessão de provimentos antecipatórios e cautelares. A Constituição é clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva. Grande evolução.<sup>159</sup>

Na visão de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a previsão constitucional:

[...] dotou o Poder Judiciário de um poder geral de cautela, ou seja, mesmo à mingua de disposição infraconstitucional expressa, deve-se presumir o poder de concessão de medidas liminares ou cautelares como forma de resguardo do indivíduo das ameaças a direitos.<sup>160</sup>

<sup>156</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1991. p. 19.

<sup>157</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 431.

<sup>158</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003p. 27.

<sup>159</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça**: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. Revista de Processo, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002. p. 27.

<sup>160</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 179.

Com grande intensidade a previsão constitucional revela a garantia do monopólio da jurisdição pelo Estado, conforme outrora estudado.

Com o saber que lhe é peculiar, Ada Pellegrini Grinover anota que a garantia da inafastabilidade indica, de uma só vez, o monopólio do Estado na distribuição da justiça e o irrestrito e absoluto acesso de todos a essa justiça.<sup>161</sup>

Pensando em iguais linhas, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior detalham que referida garantia constitucional “[...] em síntese, de um lado, outorga ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e, de outro, faculta ao indivíduo o direito de ação, ou seja, o direito de provocação daquele”.<sup>162</sup>

É de bom tom orientar sobre o sentido da norma estudada, pois à primeiro toque a redação constitucional poderia equivocar o leitor e fazê-lo pensar que o disposto destina-se exclusivamente ao legislador, na medida que determina uma proibição à lei (“**a lei não excluirá** da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sem destaques na redação original [grifo nosso]).

Sem discordar do pontifício de Pontes de Miranda, era exatamente neste sentido que lecionava, deixando certo que o destinatário principal da regra constitucional não é o jurisdicionado, mas o legislador, que está cientificado que não deve excepcionar litígios da apreciação do Judiciário.<sup>163</sup>

Entretanto, há quem discorde e afirme que a interpretação que mais se aproxima ao espírito da norma não deve restringir-se à determinada simplicidade, pois deve envolver todo ato cuja intenção seja retirar do Poder Judiciário a possibilidade de conhecer e analisar determinadas matérias. Sobre

---

<sup>161</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela** (parágrafos únicos dos art. 249 e 251 do Código Civil). Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, IOB Thomson, v. 41, p. 61-67, maio 2006. p. 62.

<sup>162</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 178.

<sup>163</sup> “A regra jurídica constitucional do art.153, §4º, em que o legislador constituinte formulou princípio de ubiquidade da justiça, foi a mais típica e a mais presente criação de 1946. Dirige-se ela aos legisladores (*verbis*, ‘a lei não poderá [...]’): os legisladores ordinários nenhuma regra jurídica podem edictar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que se exclua (coisa julgada material) a cognição do Poder Judiciário”. MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, Tomo 5, p.108/109.

este aspecto, Calil Simão Neto ensina que “[...] se tampouco a lei que é uma das formas mais democráticas de exteriorização da vontade normativa do Estado pode praticar tal ato, o que dirá um ato administrativo ou até mesmo um ato jurisdicional”.<sup>164</sup>

Nesta linha de raciocínio, extraindo conhecimento dos ensinamentos de Egas Dirceu Moniz de Aragão, Fredie Didier Júnior consigna que:

Este princípio não se dirige apenas ao Legislativo —impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional—, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois, “se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá” excluir algo da apreciação do Poder Judiciário.<sup>165</sup>

De igual maneira, José Augusto Delgado destaca que:

A amplitude desse princípio, também denominado “inafastabilidade do controle judiciário”, implica considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos do poder público, quer atos de administração, quer legislativos e jurisdicionais.<sup>166</sup>

Neste sentido, está constitucionalmente garantido o acesso à jurisdição, dele decorrendo o monopólio da jurisdição pelo Estado, o que conduz a conclusão de que toda e qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser examinada pelo Poder Judiciário. Em afirmação, Fredie Didier Júnior anota que “[...] qualquer que seja a espécie de lide, em nosso sistema, poderá ser examinada pelo Poder Judiciário”.<sup>167</sup>

Não menos importante, ressalta-se que, por constar como garantia

<sup>164</sup> SIMÃO NETO, Calil. **O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: o direito de exigir uma prestação jurídica eficaz. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 121-154, jan./mar.2009. p. 122.

<sup>165</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça**: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. Revista de Processo, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002.. p. 25.

<sup>166</sup> DELGADO, José Augusto. **Supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 69.

<sup>167</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça**: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. Revista de Processo, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002. p. 27.

inserta no rol dos direitos e garantias fundamentais, o Poder Reformador não poderá suprimir ou restringi-lo, sendo, pois, cláusula pétrea.<sup>168</sup>

Por estas questões, e visando garantir a manutenção do sistema de jurisdição una é que emerge a garantia da inafastabilidade de acesso ao Poder Judiciário.

A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional indica “[...] ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*)”.<sup>169</sup>

Logo, concluiu-se que não se admite qualquer ato que tenha por fim impedir que qualquer um que tenha direito lesado, ou mesmo ameaçado, socorra-se à tutela jurisdicional.

Em contrapartida, o Judiciário, quando provocado, não poderá furtar-se de exercer a sua atividade jurisdicional. Esta possibilidade irrestrita de se invocar a prestação jurisdicional decorre da segunda garantia conferida pelo princípio da inafastabilidade, acesso à justiça.

### 3.2. O ACESSO À JUSTIÇA E O CONSEQUENTE DIREITO DE AÇÃO

Conforme pronunciou George Marmelstein Lima, “[...] a justiça é o pão do povo, assim poetizava Bertold Brecht. E o povo - sabemos - está sempre com fome, necessitando a todo instante deste pão, que é a justiça”.<sup>170</sup>

A garantia de acesso à justiça decorre da inafastabilidade do controle jurisdicional, assim como dele decorre o monopólio da jurisdição conferida ao Poder Judiciário, vertente da separação dos poderes.<sup>171</sup>

<sup>168</sup> SIMÃO NETO, Calil. **O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: o direito de exigir uma prestação jurídica eficaz. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 121-124. jan./mar, 2009. p. 125.

<sup>169</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela**: parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007. p. 13. Disponível em <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada\\_Pellegrini\\_Grinover.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf)>.

Acesso em: setembro de 2013

<sup>170</sup> LIMA, George Marmelstein. **O direito fundamental à ação**. Fortaleza, 1999. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em julho de 2013. p. 171.

<sup>171</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 430.

Pedro Manoel Abreu, em conclusões à obra de Mauro Cappelletti, afirma que “[...] o acesso à justiça pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”.<sup>172</sup>

Na medida em que o Estado proíbe a autotutela, chamando para si a exclusividade da atividade jurisdicional, faz nascer para aos seus administrados o direito público subjetivo de exigir a sua prestação,<sup>173</sup> conforme consagrado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.

A leitura da norma constitucional deixa certo que o constituinte originário não fixou expressamente a garantia do acesso à justiça, o que pode conduzir à problemas na sua interpretação.

Isto se explica porque quando positivado pela primeira vez, o constituinte optou pela via indireta para assegurar a garantia do acesso ao Judiciário, conforme observa José Afonso da Silva:

A fórmula utilizada, que confere o direito à jurisdição pela via indireta da proibição de competência ao legislador infraconstitucional de dispor em sentido contrário, em lugar de assegurar o direito na formulação positiva e direta, como fazem as Constituições da Itália, da Alemanha, de Portugal e da Espanha e também a Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>174</sup>

Acrescenta o autor que “[...] o texto veio em forma negativa em reação ao modo usado (lei, decreto-lei) para excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito. As reações ao arbítrio raramente vêm em forma positiva”.<sup>175</sup>

À margem dessa discussão, que não é o núcleo objetivo da norma, a garantia constitucionalmente assegurada não corresponde a simples

<sup>172</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.32.

<sup>173</sup> SIMÃO NETO, Calil. **O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: o direito de exigir uma prestação jurídica eficaz. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 121-124. jan./mar, 2009. p. 123.

<sup>174</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 131.

<sup>175</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 132.

possibilidade de que qualquer cidadão recorra ao Poder Judiciário para acolher sua pretensão, mas que “[...] todos os cidadãos têm o direito de obter a prestação jurisdicional” ampla e efetiva.<sup>176</sup>

Neste entendimento, Cândido Rangel Dinamarco pontua que “[...] uma tutela jurisdicional sem efetividade não é, na realidade, tutela alguma”.<sup>177</sup>

No mesmo sentido escreve Zaiden Geraige Neto:

Destarte, oferecer ao jurisdicionado a mera possibilidade de ingressar em juízo não significa dar cumprimento ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Muito ao contrário, sustentar essa tese traduz verdadeiro engodo, significa oferecer meia-justiça. Enfim, facilita proclamar a existência de um Estado Social e Democrático de Direito, em que o Poder Judiciário não aplica o Direito em sua inteireza, criando a falsa imagem de que todos podem se socorrer junto à justiça. Mas, na verdade, a tutela jurisdicional oferecida não se dá à luz da observância dos princípios basilares já citados, impedindo a promoção do princípio no sentido de sua acessibilidade ampla ao Poder Judiciário.<sup>178</sup>

Esta é a essência da garantia da inafastabilidade da jurisdição, dela se extraindo o direito de ação, então, constitucionalmente previsto. Nos escritos de Fredie Didier Júnior, “[...] ao criar um direito, estabelece-se o dever — que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro”.<sup>179</sup>

Consequentemente, o direito de ação importa em dever do Estado na prestação da tutela adequada. Para Calil Simão Neto, “[...] não se trata de direito a julgamento favorável, mas a efetiva tutela, da mesma forma que não se trata de simples direito de ação, devendo a atividade jurisdicional ser

<sup>176</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição**: comentários à Constituição Brasileira. vol. 1. 1. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 84.

<sup>177</sup> *Apud* SIMÃO NETO, Calil. **O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: o direito de exigir uma prestação jurídica eficaz. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 121-154, jan./mar.2009. p. 123.

<sup>178</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

<sup>179</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça**: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. Revista de Processo, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002. p. 23.

revestida de efetividade”.<sup>180</sup>

Ressalte-se que o direito de agir, o direito de ação que possui aquele que invoca a jurisdição não é sua exclusividade, pois também é direito daquele contra quem se propõe a ação.<sup>181</sup>

Ademais, as atuais democracias tendem a constitucionalizar as garantias processuais, sobressaindo dentre elas o direito de ação e a inviolabilidade do direito de defesa.<sup>182</sup>

De posse destes conceitos, a interpretação que atravessa gerações vai ao sentido de que o acesso à justiça não comporta restrições, estando consagrado como direito fundamental pelo texto constitucional.

Sobre o tema, Fredie Didier Júnior escreve que:

Trata-se, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição.<sup>183</sup>

É fato que para ter garantido o acesso à justiça não há necessidade da violação expressa à determinado direito, bastando a simples ameaça. Nestes casos surgirá imediatamente o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado, não sendo tolerado obste ao efetivo exercício. Neste diapasão, Celso Ribeiro Bastos leciona que “[...] qualquer que seja a lesão ou mesmo a sua ameaça, surge imediatamente o direito subjetivo público de ter o prejudicado, a sua questão examinada por um dos órgãos do Poder Judiciário”.<sup>184</sup>

<sup>180</sup> SIMÃO NETO, Calil. **O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: o direito de exigir uma prestação jurídica eficaz. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 66, jan./mar, 2009. p. 123.

<sup>181</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 431.

<sup>182</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.32.

<sup>183</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça**: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. Revista de Processo, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002. p. 23.

<sup>184</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 198.

Entretanto, há aqueles que discordam do alargamento da interpretação do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, como é o caso de Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, para quem “[...] as disposições do art. 5º, XXXV, contudo, tantas vezes invocadas e cujo texto é largamente difundido, acabaram superdimensionadas”. E, complementa afirmando que “essa leitura exagerada fomenta, mais e mais, a cultura demandista e desestimula a procura por outros meios de solução de conflitos”.<sup>185</sup>

No mesmo sentido escreve Rodolfo Camargo Mancuso:

Portanto, naquele dispositivo constitucional não se encontra, na letra ou no espírito: (a) previsão ou incentivo para a judicialização de todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; (b) vedação ou restrição a que as controvérsias sejam auto ou heterocompostas, fora e além da estrutura judiciária estatal; (c) compromisso ou engajamento do Estado-juiz quanto à resolução do *meritum causae* e oportuna formação da coisa julgada, ou mesmo quanto à real efetividade do futuro comando judicial, inclusive quanto ao tempo a ser incorrido ao longo do processo.<sup>186</sup>

A concepção de acesso à justiça mostra-se ultrapassada, pois não representa sinônimo de acesso aos tribunais. Neste sentido, Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini alerta que:

O acesso à Justiça é considerado, hodiernamente, como sinônimo de acesso aos Tribunais. Isso se dá em razão da tendência de judicialização dos conflitos, ou seja, espera-se que todas as controvérsias sejam resolvidas em juízo. É preciso repensar esse modelo, aceiando-se como eficientes e adequados os meios alternativos de solução de controvérsias, aptos a contribuir, outrossim, para a manutenção da paz social.<sup>187</sup>

<sup>185</sup> ZANFREDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos**: uma necessária releitura do acesso à justiça. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, v.17, n.2, p. 237-253 / mai-ago 2012. p. 244. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em janeiro de 2013.

<sup>186</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24.

<sup>187</sup> ZANFREDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos**: uma necessária releitura do acesso à justiça. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, v.17, n.2, p. 237-253 / mai-ago 2012. p. 237. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos) - ISSN Eletrônico 2175-0491. Acesso em: janeiro de 2013

Por acesso à justiça devemos entender o ingresso franqueado ao sistema jurídico, que deve produzir resultados individuais e socialmente justos, ou seja, a solução de litígios deve ser proporcionada por métodos com qualidade, tempestivos e efetivos, buscando-se sempre a pacificação social. Disso decorre o entendimento que nem sempre o processo judicial será o melhor método colocado à disposição dos litigantes.<sup>188</sup>

Mauro Cappelletti esclarece os limites que definem o tema:

A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.<sup>189</sup>

Deste ponto a conclusão parece clarificar-se, pois o acesso à justiça não deve significar solução da controvérsia por sentença. Nas palavras de Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, a expressão:

[...] está umbilicalmente ligado ao resultado da solução do conflito, no sentido de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, vale dizer, efetivando a promoção da justiça. Portanto, não se pode dizer que todo acesso à justiça passe necessariamente pelo acesso à jurisdição, uma vez que existem formas coexistenciais de resolução de conflitos que podem se dar sem a intervenção estatal.<sup>190</sup>

É exatamente este o ponto nevrálgico do trabalho, a obrigatoriedade de qualquer litígio ser atraído para a apreciação e resolução pelo Estado-Juiz, impossibilitando às partes envolvidas, muitas vezes, enredar esforços para a solução da controvérsia de forma desgarrada do manto estatal.

<sup>188</sup> ZANFREDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos**: uma necessária releitura do acesso à justiça. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, v.17, n.2, p. 237-253 / mai-ago 2012. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos) - ISSN Eletrônico 2175-0491. Acesso em: janeiro de 2013. p.245.

<sup>189</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 3.

<sup>190</sup> SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **A mediação como instrumento de acesso à Justiça**. Repertório de Jurisprudência IOB, São Paulo, n.18, setembro, 2006, vol.II, p. 559.

### 3.3. ACESSO À JUSTIÇA: UMA INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA

O professor e juiz de direito, Alexandre Moraes da Rosa, em texto publicado em obra que debate a crise do Judiciário, constatou a existência de uma crise instalada no Estado que se irradiou ao Poder Judiciário e ao próprio Direito.<sup>191</sup>

No ano de 2009, o Ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF, alertou sobre a possibilidade futura da falência da máquina judiciária ao discorrer que:

No Brasil, no ano passado, tramitaram 70 milhões de processos. Se continuarmos assim, com essa cultura judicialista, com um processo para cada três brasileiros, não haverá máquina judiciária capaz de absorver essa demanda. Daí a necessidade de investimentos em conciliação, com soluções sem demora.<sup>192</sup>

Não se deve ignorar que a garantia constitucional do acesso à justiça deve ser interpretada de forma compatível com a realidade judiciária atual. Merece, por isso, uma releitura.

Pela atividade jurisdicional o Estado busca atingir objetivos que se situam no campo jurídico (atuação pela vontade substancial do direito), no campo social (pacificação com justiça educando para os próprios direitos e respeito aos alheios) e no campo político (afirmação do poder estatal e participação democrática).<sup>193</sup>

Contrastando com a cultura da judicialização dos conflitos, Fabiana

<sup>191</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 43.

<sup>192</sup> Entrevista concedida pelo Ministro Gilmar Mendes ao jornal Diário do Norte online, atualizado em 24/08/2009 às 9h03min, cujo título da matéria “Presidente do STF entrega Centro de Pacificação”. MENDES, Gilmar. **Presidente do STF entrega Centro de Pacificação**. Diário do Norte. Uruaçu, n 801, 24 ago. 2009. Entrevista a Euclides Oliveira. Disponível em <<http://www.jornaldiariodonorte.com.br/detalhes-impresso.php?tipo=801&cod=4095>>. Acesso em: fevereiro de 2013.

<sup>193</sup> JAZZAR, Inês Sleiman Molina. **Mediação e conflitos coletivos de trabalho**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-15032012-090428/pt-br.php>>. Acesso em: junho de 2014. p. 52.

Marion Spengler, entende que o Poder Judiciário foi organizado para atuar dentro de determinados limites estruturais, tecnológicos, pragmáticos e metodológicos, muito aquém da complexidade conflitiva que lhe ocorre. Entende a autora que os aspectos multifacetários que marcam as relações sociais atuais forçam a busca por estratégias consensuais de tratamento das demandas, não operando somente com a lógica do terceiro estranho às partes (juiz), mas buscando a instituição de outra cultura que trabalhe com a concepção de fomento à reconstituição autonomizada do litígio.<sup>194</sup>

No mesmo sentido, Antônio Carlos Wolkmer pontua que diante da complexidade da vida e de seus atores sociais, dos fenômenos políticos, sociais e econômicos, é necessário evidenciar, como fundamento do pluralismo jurídico, a negação de que o Estado “[...] seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda a produção do Direito”.<sup>195</sup>

Estabelece o autor que o “[...] esgotamento do modelo jurídico liberal-individualista” que não oferece respostas satisfatórias, eficazes, aos “[...] reclamos políticos-sociais de segurança e certeza no atual estágio das sociedades complexas e conflitivas de massa”, impõe-se, “[...] como condição básica, a demarcação de um novo fundamento de validade para o mundo jurídico, um paradigma que incida, inexoravelmente, no reconhecimento de novas formas de ações participativas”.<sup>196</sup>

É preciso compreender que a finalidade social da jurisdição possa reafirmar-se através de meios auxiliares de resolução dos conflitos, ampliando, por consequência, o conceito de eliminação do conflito para se atingir a pacificação das partes.

A estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise, o que demonstra a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, fato que conduz ao necessário desenvolvimento de procedimentos jurisdicionais alternativos, como “[...]”

---

<sup>194</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 65.

<sup>195</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. p. XV.

<sup>196</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001p. XVI.

arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar celeridade, informação e pragmaticidade".<sup>197</sup>

Destes entendimentos não subsiste a concepção de que o monopólio da jurisdição pelo Estado constitua o único significado da acepção jurídica de acesso à justiça, pois tal evidencia-se equivocada, quicá ultrapassada ante os atuais anseios sociais e dinâmica da vida moderna, de onde a preocupação social fundamental cinge-se ao alcance da justiça social, que visa à busca de procedimentos que sejam condizentes à proteção dos direitos e administração dos conflitos.<sup>198</sup>

O fenômeno de acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material de conviver em uma sociedade onde o direito e a justiça são realizados de forma concreta, seja por meio da atuação judiciária do Estado, através de seu poder soberano, seja por meio do estímulo ao uso das formas prévias e alternativas de resolução de conflitos, sendo a concepção atual de jurisdição abrangente no sentido de que o Estado não deve avocar a resolução de todo e qualquer conflito.<sup>199</sup>

Necessário enfatizar que os valores centrais do processo judiciário tradicional devem ser mantidos e que o acesso à justiça deve englobar as duas formas de processo, como ensina Mauro Cappelletti:

O reconhecimento dessa necessidade urgente (criar um sistema que atenda as necessidades do homem pequeno) reflete uma mudança fundamental no conceito de "justiça". No contexto de nossas cortes de procedimentos formais, a "justiça" tem significado essencialmente a aplicação das regras corretas de direito aos fatos verdadeiros do caso. Essa concepção de justiça era o padrão pelo qual os processos eram avaliados. A nova atitude em relação à justiça reflete o que o Professor Adolf Homburger chamou de "uma mudança radical na hierarquia de valores servida pelo processo civil". A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a "justiça social", isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à

---

<sup>197</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da Jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 65.

<sup>198</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.39-41.

<sup>199</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 141-142.

proteção dos direitos das pessoas comuns. Embora as implicações dessa mudança sejam dramáticas – por exemplo, com relação ao papel de quem julga – é bom enfatizar, desde logo, que os valores centrais do processo judiciário mais tradicional devem ser mantidos. O "acesso à justiça" precisa englobar ambas as formas de processo.<sup>200</sup>

No mesmo sentido, Pedro Manoel Abreu aponta que “[...] o efetivo acesso à justiça em sentido amplo, comporta uma série de fundamentos, que transcendem o campo estrito do direito processual”,<sup>201</sup> destacando que o processo não é apenas um instrumento técnico, porquanto “[...] permite à jurisdição a realização de seus escopos sociais e políticos”, os quais, para sua legitimação, “[...] necessitam representar as mais verdadeiras aspirações da sociedade”.<sup>202</sup>

E neste aspecto, Mauro Cappelletti esclarece que “[...] a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”,<sup>203</sup> é dizer, o direito posto no ordenamento jurídico torna-se assegurado à sociedade quando eficaz.

Entretanto, o autor aponta obstáculos que tornam a justiça inacessível para a população, em geral. O primeiro, o qual se resume ao econômico, impede o acesso ou o reduz significativamente em razão da dispendiosa resolução formal dos litígios; o segundo, denominado pelo autor de “possibilidade das partes”, abarca o entendimento de que alguns litigantes gozam de extrema vantagem estratégica frente aos demais (recursos financeiros, conhecimento técnico que o autor denomina de capacidade jurídica pessoal, litigantes habituais e eventuais); como terceiro obstáculo indica o autor os interesses fragmentados que em razão de sua natureza difusa apresentam a problemática que “[...] ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um

<sup>200</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 34.

<sup>201</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 41.

<sup>202</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 43.

<sup>203</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 3.

interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.<sup>204</sup>

Conclui o autor que esses obstáculos compõem um padrão, e afastam especialmente os pobres, acentuando os problemas quando os indivíduos pretendam afirmar seus direitos reivindicando-os em ações judiciais contra grandes organizações, sobretudo porque esses obstáculos não podem ser eliminados um a um, pois os problemas de acesso estão inter-relacionados e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro.<sup>205</sup>

Não se olvida que o modelo tradicional de jurisdição traz arraigado a concepção da conflituosidade, a denominada cultura da sentença,<sup>206</sup> fortalecendo o ideal da sociedade que busca a solução da controvérsia na litigância, mediante provocação do Poder Judiciário, trazendo como prejudicial consequência a imersão do Poder Judiciário neste intenso conflito, com excessiva sobrecarga de processos, gerando crise de desempenho e a perda de credibilidade.<sup>207</sup>

Em sentido oposto está a cultura da pacificação,<sup>208</sup> citada por Kazuo

<sup>204</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 6-10.

<sup>205</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p.11.

<sup>206</sup> A expressão foi utilizada por Kazuo Watanabe ao descrever sobre o critério da solução adjudicada dos conflitos, que se expressa por sentença judicial, mecanismo predominantemente utilizado pelo Poder Judiciário nacional. Aponta o autor que a consequência deste mecanismo é o aumento “cada vez maior da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte. Mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de execuções judiciais, que sabidamente é morosa e ineficaz, e constitui o calcanhar de Aquiles da Justiça”. WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>> Acesso em: outubro de 2013. s/n.

<sup>207</sup> WATANABE, Kazuo. WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>> Acesso em: outubro de 2013

<sup>208</sup> Kazuo Watanabe entende que o inciso XXXV do art. 5º da CF/88 deve receber nova interpretação, afastando-se da concepção simplista de garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, e alargando seu alcance como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada. Conclui o autor que cabe ao Poder Judiciário organizar os serviços de tratamento de conflitos por todos os meios adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contenciosos, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de

Watanabe como política pública necessária para tratamento dos conflitos adequadamente, mormente através de meios consensuais de solução de conflitos. Para o autor, esta política pública deverá estabelecer, desde o nascedouro do conhecimento jurídico discente, estratégias para geração da nova mentalidade focada na pacificação, com participação direta das faculdades de direito na criação de disciplinas específicas para capacitação dos futuros profissionais do direito em meios alternativos de resolução de conflitos, sendo que o Poder Judiciário exerceria o controle, ainda que à distância, dos serviços extrajudiciais de mediação e conciliação.<sup>209</sup>

A finalidade do Poder Judiciário consiste na efetiva pacificação social esperada de um determinado ordenamento jurídico, e mais do que a pacificação, a principal função do processo é a atuação da ordem jurídica, por constituir o processo “[...] meio através do qual é exercido o direito de ação”.<sup>210</sup> Neste contexto é necessário distinguir pacificação do conflito como eliminação da controvérsia posta em juízo, que corresponde ao conceito tradicional de pacificação como função do Poder Judiciário, e a pacificação das partes em conflito pela composição de seus reais interesses. Busca-se, além da pacificação jurídica, a pacificação social e, portanto, independentemente do processo e do procedimento desenvolvidos para a resolução dos conflitos no âmbito jurisdicional, também cabe ao Poder Judiciário incentivar técnicas que mais aproximem o cidadão da verdadeira Justiça.<sup>211</sup>

---

conflitos de interesses, como a mediação e a conciliação. WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>> Acesso em: outubro de 2013.

<sup>209</sup> WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>> Acesso em: outubro de 2013.

<sup>210</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

<sup>211</sup> JAZZAR, Inês Sleiman Molina. **Mediação e conflitos coletivos de trabalho**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-15032012-090428/pt-br.php>>. Acesso em: junho de 2014. p. 56.

### 3.4. DA NECESSIDADE DE JURISDIÇÃO CONDICIONADA OU INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA DE CURSO FORÇADO

Os apontamentos até agora realizados conduzem inexoravelmente ao conceito de ser competência exclusiva do Poder Judiciário a atividade de dirimir controvérsias, vale dizer, o exercício do monopólio da jurisdição, parcela de Poder do Estado.

Ocorrendo a efetiva lesão ou a mera ameaça a direito, nasce a imediata possibilidade de a parte socorrer-se da intervenção estatal e, no modelo jurídico atual, não se permite o condicionamento de seu exercício a prévio exaurimento de vias subalternas ao Poder Judiciário, conforme dicção expressa do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88.

Entretanto, em um passado recente o ordenamento jurídico possibilitou a fixação de limites e/ou condicionantes para o acesso ao Poder Judiciário. Vemos que a EC nº 7, de 13.04.1977, que alterou a redação do § 4º do artigo 153 da EC nº 1, de 17.10.1969, cuja redação original era “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, possibilitou que o ingresso em juízo fosse condicionado ao prévio exaurimento das vias administrativas, dispondo que:

Art. 153. *omissis*

§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.<sup>212</sup>

Houve com isso a expressa previsão no texto constitucional do esgotamento das instâncias administrativas como condição necessária para o acesso ao Poder Judiciário, o que foi denominado pela doutrina como jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado.

<sup>212</sup> BRASIL. Constituição (1967) **Emenda Constitucional nº 7**, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília, DF. 13 abr. 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm)>. Acesso em: fevereiro de 2013.

Conforme esclarece Alexandre de Moraes:

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que exclui a permissão, que a Emenda Constitucional nº 7 à Constituição anterior estabelecera, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.<sup>213</sup>

A promulgação da CF/88 consagrou a já mencionada garantia da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV), extirpando de seu texto a jurisdição condicionada outrora prevista, o que conduz a conclusão de que atualmente não se admite a existência de instância administrativa de curso forçado. Conforme assevera Fredie Didier Júnior “[...] a mudança na redação dos dispositivos, entretanto, afasta qualquer interpretação no sentido de que esta imposição perdure nos dias atuais”.<sup>214</sup>

Caminhando em iguais passos, José Afonso da Silva elucida que o texto da atual constituição garante “[...] que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada”.<sup>215</sup>

Entretanto, esta regra comporta exceção, uma única constitucionalmente prevista. Conforme nos ensina José Afonso da Silva, “[...] a Constituição valorizou a justiça desportiva, quando estabeleceu que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias daquela”.<sup>216</sup>

<sup>213</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 199.

<sup>214</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário**. Revista de Processo, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002. p. 26.

<sup>215</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 431.

<sup>216</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo:

Demais disso, parece-nos que a Constituição não vedou a criação de instância administrativa, mas proibiu a exigência de esgotamento de suas instâncias como condição de acesso ao Poder Judiciário.

É o que ensina Celso Ribeiro Bastos:

É certo que a lei poderá criar órgãos administrativos diante dos quais seja possível apresentarem-se reclamações contra decisões administrativas. A lei poderá igualmente prever recursos administrativos para órgãos monocráticos ou colegiados. Mas estes remédios administrativos não passarão nunca de uma mera via opcional. Ninguém pode negar que em muitas hipóteses possam ser até mesmo úteis, por ensejarem a oportunidade de uma autocorreção pela administração dos seus próprios atos, sem impor ao particular os ônus de uma ação judicial; mas o que é fundamental é que a entrada pela via administrativa há de ser uma opção livre do administrado e não uma imposição da lei ou de qualquer ato administrativo.<sup>217</sup>

Perfeitamente aceitável, portanto, a existência de instâncias administrativas para a solução de determinadas controvérsias; contudo, tal via deverá ser preservada como uma faculdade da parte interessada, que, se assim preferir, não a percorrerá, acessando de imediato as vias judiciárias. Outro não é o entendimento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Por fim, nada impede que a lei venha a criar contenciosos administrativos. O percurso administrativo, no entanto, não é obrigatório, sendo facultado apenas ao administrado, que, em caso de não-interesse, poderá socorrer-se imediatamente do Poder Judiciário.<sup>218</sup>

Exatamente isso foi o que buscou a Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, a qual acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho o Título VI-A (artigos 625-A a 625-H), introduzindo as denominadas Comissões de Conciliação Prévia, determinando que existindo na localidade do conflito

---

Malheiros, 2012. p. 848.

<sup>217</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 198.

<sup>218</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 179.

Comissão de Conciliação Prévia instituída, qualquer demanda de natureza trabalhista somente será levada à apreciação pela Justiça do Trabalho depois de submetida à respectiva comissão, determinando que seja anexada à petição inicial a declaração da tentativa conciliatória frustrada.

Entretanto, o STF, em decisão liminar deferida nas ADIs nº 2139 e nº 2160, deu interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao artigo 625-D da CLT, que estabelece a necessidade de “[...] qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria”. Nesse sentido, o empregado não está mais obrigado a submeter sua demanda a uma CCP, sob pena de ferir o art. 5º, XXXV, da CF/88, podendo escolher por ingressar diretamente com ação trabalhista.

Atualmente novos métodos estão sendo buscados na concepção da pacificação social. Cita-se o fruto da Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses instituída pelo CNJ através da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010,<sup>219</sup> cujo objetivo é assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) foram a alternativa encontrada pelo CNJ para a realização de audiências e sessões de conciliação e mediação. Esperam-se bons resultados com essa medida, sendo que os holofotes do CNJ atualmente voltam-se na tentativa de incrementar a atuação dos CEJUSCs.

Não obstante, o enfoque literal do texto constitucional conduz a compreensão de que não há tolerância à imposição de limite, isto é, eventual tentativa legislativa de limitação do acesso à Justiça estaria maculada de inconstitucionalidade.

Conforme orienta Walter Ceneviva:

---

<sup>219</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: junho de 2014.

[...] o dispositivo afirma o direito à jurisdição, de maneira que a lei está impedida de criar, em nível infra-constitucional, qualquer órgão de tipo administrativo contencioso, no qual se esgote o debate, sobre qualquer lesão sofrida ou afirmada pelo interessado.<sup>220</sup>

Por estes apontamentos, torna-se certo que a lei poderá criar órgãos administrativos diante dos quais seja possível apresentarem-se reclamações contra decisões administrativas, prevendo os respectivos recursos administrativos. Contudo, o meio administrativo será via opcional de livre escolha da parte, nunca consistirá em imposição legal.

---

<sup>220</sup> CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.62.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se procurou demonstrar, o presente trabalho apresenta como tema central a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, expressão viva do direito de ação, tal como positivado na ordem constitucional vigente, o qual, a primeiro toque, induziria à noção de tratar-se de uma norma de caráter absoluto.

Contudo, apesar da matriz Constitucional do princípio tratado não deixar margem de dúvida em relação a sua dimensão de aplicação, não se pode olvidar da existência, inclusive positivada no ordenamento jurídico, de outros meios e formas de solução de conflitos que não a jurisdição, *v.g.*, mediação e arbitragem.

Assim, a fim de bem compreender a aparente coexistência (em um primeiro plano – legal) e o próprio conceito de jurisdição única, meios de acesso e das demais formas de solução de litígios, percorre-se o próprio pacto social fundante, a noção de Estado, o regime político - Democrático e o da legalidade – de Direito, para chegar-se à noção segura acerca da natureza da delegação ao Estado e nesta mais precisamente ao Poder Judiciário, da função jurisdicional.

Discorrendo acerca dos conceitos e institutos apontados, conclui-se que ao Poder Judiciário foi delegada uma atribuição pura e indeclinável, o monopólio da jurisdição, que caso não exercida ou relegada, resultará no rompimento do próprio pacto fundamental.

Mas, ao passo que se entende a jurisdição como atribuição indeclinável, competência exclusiva do Poder Judiciário, não se está, necessariamente, querendo negar a legalidade ou até mesmo a constitucionalidade das demais formas de solução de litígios e de acesso à justiça.

Com efeito, como foi tratado neste trabalho, não há restrição absoluta ao monopólio jurisdicional, pois as demais formas de solução de litígios, exceção não lhe fazem, pois sequer cuidam tratar-se de jurisdição. Efetivamente, a jurisdição é competência exclusiva do Estado, certo que não existe fora deste, enquanto última instância e viga mestra da legalidade e da

constitucionalidade.

Em verdade, o pretense afastamento do Poder Judiciário na solução dos conflitos decorre de disposições oriundas do consenso das partes interessadas, combinadas com a disponibilidade do direito envolvido, bem como frutificadas do próprio comando legal, que convencionam que a parcela de certo conflito ou negócio jurídico, será acordado e composto por meio diverso da jurisdição, o que, de forma alguma, exclui o respectivo controle jurisdicional em face dos seus limites formais, mesmo que posteriormente.

Importante observar, deste modo, que não obstante o princípio constitucionalizado da universalidade de jurisdição, o sistema jurídico compreende e respeita certos fatos jurídicos que, ora advém da vontade consensual das partes interessadas, ora provém da vontade imperiosa legislativa, mas que, ao fim e ao cabo, limitam o alcance de posterior conhecimento e reexame, mesmo pelo Poder judiciário, do que foi previamente entabulado ou decidido.

Pelo que foi desenvolvido no presente estudo, o Poder Judiciário não possui o atributo de exclusividade na solução dos litígios e controvérsias sociais, mas, de outro lado, possui a competência absoluta e indeclinável de controle da legalidade e dos demais atributos fundamentais da ordem jurídica, de todo e qualquer ato, seja privado ou não, que tenha solucionado um litígio ou interferido na esfera patrimonial de um terceiro, mesmo que tal controle seja exercido *a posteriori*.

Restou demonstrado que o conflito de interesses resolvido pelo Poder Judiciário não tem condições de compreender todos os aspectos dos problemas envolvidos, pois a racionalidade sistêmica manifestada por este Poder reduz a comunicação entre as partes conflitantes a uma linguagem meramente técnica, que impede a real possibilidade de entender a real dimensão do conflito.

Com efeito, a possibilidade de contradição entre a garantia insculpida no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 e as demais normas que estipulam formas diversas à jurisdição para a solução de conflitos, não se pode olvidar da regra no sentido que na ponderação dos princípios estes não se

excluem ou conflitam, mas são harmonizados.

Com efeito, em relação à conjugação de princípios, não vale a regra do tudo ou nada criada por Ronald Dworkin, ou seja, ou as regras num juízo *a priori* coexistem de modo perfeito e harmônico, ou uma deve ser excluída do ordenamento jurídico. Este procedimento de interpretação e aplicação do direito é usualmente utilizado em face à categoria das regras, não aos princípios, como já dito. Assim, em relação aos princípios, vale a regra da adequação, da interpretação (conforme) que visa criar harmonia entre eles.

Urge lembrar que o ordenamento jurídico constitucional funciona de modo sistemático, onde cada engrenagem é essencial para o bom desempenho de todo o mecanismo. Assim, tem-se que os princípios constitucionais nunca colidem ou se excluem, mas se harmonizam, pois se guardam relevância na sua acepção individual, muito maior importância representam na eficácia em conjunto, formando o sistema jurídico constitucional.

Assim, o modelo tradicional de jurisdição não resolve a lide sociológica, quando muito a processual, já que as questões postas são dirimidas pontualmente. E quando não se atinge o cerne dos conflitos intersubjetivos, aumentam-se as chances de aparecerem novas disputas perante o Judiciário.

Conclui-se, assim, que as formas de solução de litígios desapegadas da jurisdição não a excluem de modo absoluto, sendo que a respectiva análise judicial estará sempre garantida, ao menos no que toca ao controle da legalidade e dos postulados fundamentais de direito, posição esta a que converge a jurisprudência.

Oportuno referir que esta parece ser a linha mestra do tema, a forma que operacionaliza a harmonia e a consequente Constitucionalidade dos institutos, pois, de um lado, o sistema jurídico permite que dados conflitos possam ser dirimidos por uma entidade diversa do Estado-Juiz, com atributos de decisão final e vinculativa. De outra banda e ao mesmo tempo, não exclui que a respectiva decisão, bem como seus atos precedentes, possa ser alvo de controle jurisdicional, ainda que restrito aos correlacionados preceitos

fundamentais.

Contudo, ao largo da possibilidade de harmonização dos institutos, não se pode olvidar da importante especificidade da jurisdição, essencial diferença em relação aos demais meios de solução de conflitos.

Com efeito, no curso da dissertação, demonstrou-se que, consoante sustentado por doutrina de relevo, a jurisdição não visa primordialmente solucionar o caso em concreto e, assim, tutelar o direito individual (o qual será atendido de modo reflexo e secundário), mas sim se dirige imediatamente a garantir o bem comum, incitando ao cumprimento do ordenamento jurídico, mediante o temor de imposição de sanção.

Do mesmo modo, demonstrou-se que a jurisdição, com a repetição de seus julgados e a orientação reiterada neles traçada, acaba exercendo outra função soberana de, reflexamente, integrar o ordenamento jurídico nacional, ao ratificar ou introduzir regras de conduta a serem observadas pelos tutelados.

No tocante ao acesso à justiça, rememorável se faz referir-se ao Estado liberal, sobretudo porque o acesso à justiça era entendido aqui tanto em sua acepção jurídica quanto política, como não poderia deixar de ser, tinha uma conotação eminentemente individualista e formal: era o simples direito de propor e contestar uma ação. Mauro Cappelletti ensina que:

A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.<sup>221</sup>

O acesso ao Judiciário era, então, um privilégio de poucos burgueses que tinham condições de arcar com os altos custos do processo, subsumindo-se a função do Estado apenas em garantir a segurança e a

---

<sup>221</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p.4

conservação da sociedade e dele próprio.<sup>222</sup>

Com o surgimento do Estado Social, e o consequente aparecimento dos direitos de segunda dimensão (sociais e econômicos), fundados na igualdade material, houve uma profunda modificação no conceito de acesso à justiça e, portanto, um redimensionamento na própria importância da função jurisdicional e do processo, exigindo do juiz, enquanto órgão estatal, uma postura mais ativa e intervencionista.<sup>223</sup>

Nesta linha, importante colacionar o pensamento do professor Pedro Manoel Abreu, para quem:

[...] o Estado Social, a par de ter avançado no domínio material esqueceu do instrumental, pois, se é verdade que concedeu novos direitos e estabeleceu novas obrigações, não interveio no processo, determinando sua adaptação à nova ordem política e econômica, ambas democrática e supraindividualmente dirigidas.<sup>224</sup>

Não obstante, atualmente o acesso à justiça não está limitado ao acesso ao Poder Judiciário, pois o direito de acesso à justiça é direito fundamental, que serve de estímulo ao Estado para a busca da realização de políticas públicas eficientes, com vistas a disponibilizar à sociedade instrumentos jurídicos necessários a aproximação do direito e da justiça como transformadores dos litígios.

Para existir uma efetiva proteção ao acesso à justiça, é necessário o desenvolvimento de políticas públicas visando conscientizar a sociedade sobre seus direitos e deveres, estimulando, num ambiente pluralista,<sup>225</sup> a utilização de formas alternativas de solução dos conflitos.

Contudo, a presente pesquisa entendeu que qualquer entrave à

---

<sup>222</sup> LIMA, George Marmelstein. **O direito fundamental à ação**. Fortaleza, 1999. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em julho de 2013. p. 31.

<sup>223</sup> LIMA, George Marmelstein. **O direito fundamental à ação**. Fortaleza, 1999. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em julho de 2013. . p. 31.

<sup>224</sup> ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.47.

<sup>225</sup> O pluralismo jurídico defendido por Antônio Carlos Wolkmer nega que o Estado seja fonte exclusiva de toda produção do Direito. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001. p. XV.

busca da tutela jurisdicional, que não seja proporcional e adequado à finalidade almejada, que traduza verdadeira restrição à garantia fundamental de acesso à jurisdição, será tido inevitavelmente no atual modelo, como inconstitucional.

Todavia, o sufocamento do Judiciário está evidente. Dados do Conselho Nacional de Justiça, apresentados pela publicação “Justiça em Números”, demonstram que no ano de 2013 havia no país aproximadamente 95 milhões de processos, distribuídos entre 16.500 juízes, aproximadamente, levando à expressiva sobrecarga no trabalho.<sup>226</sup> O presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, recentemente defendeu uma mudança na mentalidade dos magistrados para buscar meios alternativos de resolução de conflitos.<sup>227</sup> Isso porque, para o Excelentíssimo Ministro, “[...] na transição entre os séculos XX e XXI o mundo passou a viver a era dos direitos, com o Poder Judiciário assumindo papel fundamental”,<sup>228</sup> tendo a sociedade em geral descoberto que tem direito e ansiosamente busca efetivá-lo.

Esta mudança veio carregada de expressivo aumento no volume de demandas judiciais, e isso “[...] é um problema que o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos chamou de explosão de litigiosidade. Só no Brasil nós temos quase cem milhões de processos em tramitação para apenas 18 mil juízes, dos tribunais federais, estaduais, trabalhistas, eleitorais e militares”.<sup>229</sup>

Para o ministro, os magistrados, diante desse contexto, devem buscar outras formas para a solução dos conflitos sociais, como mediação, conciliação, arbitragem e Justiça Restaurativa.

Do exposto, considerando a admissão da solução de litígios de modo independente da intervenção estatal direta representada pela jurisdição

---

<sup>226</sup> Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2014** (ano-base 2013). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: julho de 2014.

<sup>227</sup> Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Juízes devem buscar formas alternativas de solução de conflitos, diz Lewandowski**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-15/juiz-buscar-solucoes-alternativas-conflitos-lewandowski>>. Acesso em agosto de 2014.

<sup>228</sup> Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Juízes devem buscar formas alternativas de solução de conflitos, diz Lewandowski**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-15/juiz-buscar-solucoes-alternativas-conflitos-lewandowski>>. Acesso em agosto de 2014.

<sup>229</sup> Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Juízes devem buscar formas alternativas de solução de conflitos, diz Lewandowski**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-15/juiz-buscar-solucoes-alternativas-conflitos-lewandowski>>. Acesso em agosto de 2014.

una, contudo, conservando-se os direitos e prerrogativas fundamentais da parte diretamente afetada de buscar a tutela jurisdicional, ao menos para garantir a legalidade e a forma dos procedimentos discutidos, acaba-se por equalizar os institutos de direito envolvidos, sem atingir a harmonia da Ordem Constitucional, regulando as tensões sociais e contribuindo, assim, para a segurança jurídica, o que conduz, certamente, para a garantia e o aperfeiçoamento da vida em sociedade organizada, de direito e democrática, no prazo longo.

Enfim, de tudo que foi dito, as considerações de Kazuo Watanabe no sentido de que:

[...] certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviços do nosso Judiciário, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. A consequência será a recuperação do prestígio e respeito do nosso Judiciário.<sup>230</sup>

Em auxílio, afirmou o Excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski que há necessidade de retirar a cultura de que todo e qualquer conflito deve ser resolvido pelo Poder Judiciário. Disse o Ministro que:

Para que nós possamos dar conta desse novo anseio por Justiça, dessa busca pelos direitos fundamentais, é preciso mudar a cultura da magistratura, mudar a cultura dos bacharéis em Direito, parar com essa mentalidade, essa ideia de que todos os conflitos e problemas sociais serão resolvidos mediante o ajuizamento de um processo.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>> Acesso em outubro de 2012. s/n.

<sup>231</sup> Revista Consultor Jurídico (Conjur). **Juizes devem buscar formas alternativas de solução de conflitos, diz Lewandowski**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-15/juiz-buscar-solucoes-alternativas-conflitos-lewandowski>>. Acesso em agosto de 2014.

Certamente a sociedade espera ansiosa por uma solução, sobretudo porque o Poder Judiciário está sufocado e não é capaz de dar vazão às demandas que lhe chegam com a rapidez e efetividade que os jurisdicionados esperam.

Urge a necessidade de mudanças.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução para o espanhol de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A reforma processual**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/659>>. Acesso em março de 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Constituição e democracia** – estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm) >. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em julho de 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição 1967. **Emenda Constitucional nº 7**, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília, DF. 13 abr. 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm)>. Acesso em: fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em abril de 2013..

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ. 4 set. 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. 11 jan. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em: fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo.** 4. ed. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>> Acesso em: fevereiro de 2013.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (org.). **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos.** Florianópolis: Momento Atual, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de: Paolo Capitanio. v. 2. Campinas: Bookseller, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: junho de 2014.

\_\_\_\_\_. **Justiça em Números 2014** (ano-base 2013). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: julho de 2014.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3 ed. Tradução de: Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. vol. 1.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002.

DELGADO, José Augusto. **Supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça**: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. Revista de Processo, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I e II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela**: parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007. Disponível em <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada\\_Pellegrini\\_Grinover.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf)>. Acesso em: setembro de 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1991.

JAZZAR, Inês Sleiman Molina. **Mediação e conflitos coletivos de trabalho**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-15032012-090428/pt-br.php>>. Acesso em junho de 2014.

LABOULAYE, Édouard. **O Poder Judiciário e a Constituição**. Tradução de: Lenine Nequete. Coleção AJURIS 4. Porto Alegre: Editora Porto Alegre, 1977.

LIMA, George Marmelstein. **O direito fundamental à ação**. Fortaleza, 1999. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/odfa.pdf>>. Acesso em julho de 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição**: comentários à Constituição Brasileira. v. 1. 1. ed. Barueri: Manole, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELO, José Luiz de Aranha. **Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar. **Presidente do STF entrega Centro de Pacificação**. Diário do Norte. Uruaçu, n 801, 24 ago. 2009. Entrevista a Euclides Oliveira. Disponível em <<http://www.jornaldiariodonorte.com.br/detalhes-impresso.php?tipo=801&cod=4095>>. Acesso em fevereiro de 2013.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, Tomo 5.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução de: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva**. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Tradução de: Dimitri Dimoulis, *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. Tradução de: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr. 2000.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (Conjur). **Juízes devem buscar formas**

**alternativas de solução de conflitos, diz Lewandowski.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-15/juiz-buscar-solucoes-alternativas-conflitos-lewandowski>>. Acesso em: agosto de 2014.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O direito constitucional à jurisdição.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SIMÃO NETO, Calil. **O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional:** o direito de exigir uma prestação jurídica eficaz. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 121-154, jan./mar.2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **A mediação como instrumento de acesso à Justiça.** Repertório de Jurisprudência IOB, São Paulo, n.18, setembro, 2006, v. II.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Função dos princípios constitucionais.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, v.7, n.13, p.157-166, jan./jun. 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da Jurisdição.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

Universidade de São Paulo. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: janeiro de 2013.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais:** princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>> Acesso em: outubro de 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

ZANFREDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos**: uma necessária releitura do acesso à justiça. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, v.17, n.2, p. 237-253 / mai-ago 2012. Disponível em: <[www.univali.br/periódicos](http://www.univali.br/periódicos)> - ISSN Eletrônico 2175-0491. Acesso em: janeiro de 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.