

A inafastabilidade da prestação jurisdicional na teoria dos princípios

Guilherme Dieckmann

*Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul
Pós-graduando em Direito Público pela PUC/RS*

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de inserir a discussão a respeito do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional na teoria dos princípios, para viabilizar a conclusão de que referido princípio, além de garantir o acesso à justiça e a impossibilidade de se impor obstáculos pela via legislativa à apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direitos, inclui uma dimensão que garante a tutela judicial efetiva dos direitos e interesses.

Palavras-chave: Monopólio da Jurisdição. Tutela Judicial Efetiva. Inafastabilidade da Jurisdição. Acesso à Justiça.

1 Introdução

Identifica-se no art. 5.º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (CF/88) a base do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional¹; referido dispositivo constitucional, inserto no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em que pese a redação negativa e indireta do texto, diz-se que o citado artigo garante a todos o direito de acesso à Justiça mediante o exercício do direito à ação; todo aquele que sentir lesado ou ameaçado um direito ou interesse poderá provocar a função jurisdicional, por meio do exercício do direito de ação, a fim de obter a tutela mediante atuação dos juízes e tribunais.

Por aí se intui que o princípio em tela não se ocupa apenas do acesso ao Judiciário; dado que o Poder Judiciário, como é sabido, detém o monopólio da jurisdição, não sendo lícito aos jurisdicionados a tutela privada de seus direitos (justiça pelas próprias mãos, ou justiça pelas próprias forças), a não ser em casos excepcionados pelo próprio ordenamento jurídico, deve ser conferido aos que recorrem ao Judiciário a tutela *efetiva* dos seus direitos e interesses. Em outras palavras, o princípio insculpido no art. 5.º, inciso XXXV da CF/88 não se exaure com a distribuição da petição inicial da demanda na sede do juízo, nem com

o protocolo da contestação eventualmente ofertada pela parte adversa; sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, é devida a tutela adequada, célere e efetiva dos direitos e interesses postos em causa².

O presente trabalho se destina, pois, a caracterizar o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional dentro da teoria dos princípios, a fim de extrair a sua máxima potencialidade como norma-princípio. Inicialmente, destaca-se a distinção entre texto e norma, bem como a famigerada distinção entre regras e princípios, que formarão a base das considerações subseqüentes; a partir daí, será investigada a caracterização do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional na doutrina brasileira, e analisado um caso comum retirado da jurisprudência pátria no qual não se visualizou a incidência do princípio, na forma propugnada neste trabalho. Seguem-se comentários a respeito do direito à tutela judicial efetiva, consagrada em constituições estrangeiras e bastante desenvolvida na doutrina e jurisprudência respectivas. Ao final, pretende-se obter uma caracterização realmente útil do referido princípio, na dimensão de um direito à tutela judicial efetiva, exemplificando condutas que possam ser empregadas para consecução do estado ideal de coisas exigido pelo princípio em análise, ultrapassando, com isso, a mera exaltação abstrata da importância ou imprescindibilidade da norma sem preocupação com a sua aplicação aos casos concretos.

2 Distinção entre texto e norma

Distinção comum, notadamente na doutrina a respeito dos direitos fundamentais³, é a que se estabelece entre texto (ou enunciado) e norma. Diz-se, pois, que texto é o conjunto de signos lingüísticos contidos em dado dispositivo legal e que norma, por seu turno, representa o produto da atividade interpretativa sobre o texto. Daí se conclui que inexistente uma relação de correspondência do tipo onde houver um texto normativo existirá uma norma única e específica que se lhe reporte. Da redação de um texto legal se pode extrair mais de uma norma; há normas que podem ser extraídas sem alusão direta a qualquer texto (v.g., o princípio da segurança jurídica); há normas que se encontram em apenas um dispositivo; e, por fim, há dispositivos a partir dos quais se constrói uma norma. A norma, pois, não é um texto nem um conjunto de textos (ÁVILA, 2004, p. 22). Como explica Ávila, normas são "os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (2004, p. 22). O intérprete confere o significado ao texto mediante um ato de decisão racionalmente justificável (ou seja, não é uma decisão arbitrária) (ÁVILA, 2004, p. 23).

Alexy, ao propor a adoção de um modelo semântico de conceito de norma (1997, p. 50), toma como ponto de partida a distinção entre nor-

ma e enunciado normativo, pois o conceito de norma de direito fundamental é mais amplo que o conceito de direito fundamental (1997, p. 48) e a existência de um direito fundamental pressupõe a vigência da correspondente norma de direito fundamental. Para o jurista alemão, norma é o significado de um enunciado normativo, e esta distinção é necessária diante do fato de que uma mesma norma pode ser expressada através de diferentes enunciados normativos (1997, p. 51).

A relevância da distinção entre texto e norma reside na consideração de que é possível extrair de determinado texto um princípio ou uma regra, conforme as conexões axiológicas contidas na fundamentação do intérprete e as circunstâncias e condições do caso concreto. Como se verá adiante, do inciso XXXV do art. 5.º da CF/88 pode-se extrair o princípio da jurisdição una e a regra de que nenhuma lei pode excluir uma lesão ou ameaça de direito da apreciação do Poder Judiciário. Antes, convém precisar esta outra distinção fundamental, qual seja, a distinção entre princípios e regras, que irá subsidiar nossas considerações posteriores.

3 Distinção entre regras e princípios

A partir das teorias de direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais (e sua estrutura) divulgou-se a noção de que princípios se distinguem das regras e que princípios e regras são compreendidas pelo gênero das normas, e os juristas aos quais comumente se reporta, neste aspecto, são Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Na sua investida contra as teorias positivistas, Dworkin demonstra que para a resolução de muitos casos, notadamente os casos difíceis ou problemáticos, os juristas se valem de padrões outros que não as regras jurídicas, aos quais chama de princípios, políticas e outros padrões (2002, p. 36), ou princípios em sentido genérico (padrões que não são regras). Estabelece, então, uma distinção, de natureza lógica (2002, p. 39), entre princípios e regras, aduzindo que esta reside quanto à natureza da orientação que oferecem. Enquanto que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, no sentido de que sendo a regra válida para o caso concreto ela deve ser aceita e aplicada, ou caso inválida, ela não contribui para a decisão (2002, p. 39), os princípios, por sua vez, se apresentam de maneira diferente, pois não atuam estabelecendo condições que tornem sua aplicação necessária, e sim em uma certa direção, não prescindindo, porém, de uma decisão particular (2002, p. 41). Os princípios, no seu dizer, "não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas" (2002, p. 40), e tal fato é decorrência de que "pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção" (2002, p. 41).

Assim, para Dworkin, somente as regras ditam resultados, ou seja, as condutas devidas; já os princípios inclinam a decisão em uma direção,

embora de maneira não conclusiva. Quando a regra não dita o resultado, a regra é abandonada ou mudada; os princípios, ao contrário, remanesçam intactos no sistema mesmo quando não prevalecem (2002, p. 57).

Os princípios possuem, conforme Dworkin, uma dimensão de peso ou importância, e no caso de colisão de princípios a resolução deve se dar levando em conta a força relativa de cada um no caso concreto (2002, p. 42). No entanto, o princípio que eventualmente não prevalecer em face de outro em determinado caso, sob determinadas circunstâncias, não é excluído do sistema jurídico, e poderá prevalecer em outro caso concreto, sob outras condições e circunstâncias (2002, p. 41).

Importante característica dos princípios é a de que não é possível a demonstração do peso ou autoridade de um determinado princípio em si mesmo; é necessário argumentar em favor de um princípio e seu peso "apelando para um amálgama de práticas e outros princípios" (2002, p. 58). Outro dado relevante demonstrado por Dworkin é o fato de que uma das maneiras pelas quais se permite ao juiz mudar uma regra de direito em vigor ocorre quando "a mudança favorecerá algum princípio" importante; "dessa maneira o princípio justifica a modificação" (2002, p. 59/60).

Alexy, por seu turno, entende que tal distinção é importante por ser a base da fundamentação jusfundamental e a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (1997, p. 81)⁴. Demonstra que tanto regras quanto princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser, podendo ser formulados mediante as expressões deonticas básicas de ordem, permissão e proibição (1997, p. 83), sendo que o ponto decisivo para a distinção está em que princípios são mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, em atenção às possibilidades jurídicas e fáticas (1997, p. 86). Por isso, os princípios podem ser cumpridos em diferente grau. As regras são, por outro lado, normas que contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível, dado que são normas que apenas podem ser cumpridas ou não (1997, p. 87).

Essas distinções foram retomadas e criticadas por Humberto Ávila, que visualizou na doutrina o emprego de quatro critérios distintivos, a saber: (a) o critério do caráter hipotético-condicional; (b) o critério do modo final de aplicação; (c) o critério do relacionamento normativo; e (d) o critério do fundamento axiológico.

O critério (a), do caráter hipotético-condicional é utilizado por autores que propugnam a distinção entre princípios e regras pelo fato de que as regras são aplicadas ao modo *se, então*, pois possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão; os princípios, ao contrário, "apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto" (2004, p. 31). Ávila entende que tal critério é relevante, pois informa

que "as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz" (2004, p. 32). Entretanto, o conteúdo normativo de *todas* as normas, não só dos princípios, depende de possibilidades normativas e fáticas verificáveis por ocasião da aplicação da norma (2004, p. 32). Ademais, é apenas uma questão de formulação lingüística o fato de que determinadas normas se apresentem com uma hipótese de incidência; qualquer norma pode ser reformulada de modo hipotético a fim de contar com uma hipótese de incidência (2004, p. 33/34). Finalmente, é importante reter a noção de que a qualificação de determinado dispositivo constitucional como regra ou princípio "depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada" (2004, p. 33).

O critério (b), do modo final de aplicação, é propalado por juristas que entendem residir a distinção na característica de que as regras seriam aplicadas ao modo tudo-ou-nada, e os princípios, de modo gradual mais ou menos. Ávila entende que tal critério pode ser parcialmente reformulado, pois, em sintonia com o referido acima, "o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto da interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete" (2004, p. 36). Isso se deve ao fato de que razões substanciais consideradas fundamentadamente pelo aplicador como superiores às razões que justificam a aplicação da regra podem acarretar o afastamento da consequência estabelecida *prima facie* por esta (2004, p. 38). "A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à aplicação", que relativamente aos princípios é maior quanto à norma de comportamento a ser determinada, e quanto às regras, "as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação" (2004, p. 40).

Já o critério (c), do conflito normativo, estabelece que a distinção se opera em que a antinomia entre regras deve ser solucionada mediante a declaração de invalidade de uma delas ou com a inclusão de uma exceção, ao tempo que "o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles" (p. 43). Ávila demonstra, exemplificativamente, que também o conflito entre regras pode ocorrer no nível concreto, de maneira que "o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar" (2004, p. 45) e também envolver uma ponderação de razões, na qual o conteúdo preliminar de sentido das regras pode ser superado por razões contrárias (2004, p. 45). Ao final, o que efetivamente caracteriza a relação entre princípios e regras, neste aspecto, é "quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação" (2004,

p. 47). Ademais, "não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma *dimensão* de importância", e esta operação é levada ao cabo pelo aplicador em face do caso concreto (2004, p. 51).

O critério (d), do fundamento axiológico, "que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada" (2004, p. 31), não recebeu o mesmo tratamento crítico dispensado aos anteriores; entretanto, Ávila o considera "inadequado ao atribuir valor primordial à norma, e não às razões utilizadas pelo aplicador, a partir dela" (2004, p. 59).

Ávila propõe, então, três critérios de dissociação de princípios e regras, aos quais se refere em apertada síntese. O primeiro é o critério da natureza do comportamento prescrito, e é relevante para os fins do presente trabalho, pois com ele se ressalta que "os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido", a partir do qual o aplicador deve "verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas" (2004, p. 63). Para o jurista,

As regras instituem o dever de adotar o comportamento descritivamente prescrito, e os princípios instituem o dever de adotar o comportamento necessário para realizar o estado de coisas; as regras prescrevem um comportamento para atingir determinado fim, e os princípios estabelecem o dever de realizar ou preservar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários (2004, p. 64).

O segundo critério é o da natureza da justificação exigida; no caso das regras, a justificação reside na "correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato", e no dos princípios, "a correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas" (2004, p. 70). Por fim, conforme o terceiro critério, da medida de contribuição para a decisão (ou pretensão de decidibilidade), os princípios "não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão", ao contrário das regras, que "têm aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões" (2004, p. 68).

A noção sobre os princípios, como normas que estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido ou resguardado por condutas adequadas, divulgada por Humberto Ávila, deve ser, por ora, retida, e posteriormente, desenvolvida, quando da análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição na dimensão da tutela judicial efetiva. Partiremos, agora, para caracterizar sinteticamente como vem sendo empregado o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional por alguns representantes da doutrina pátria.

4 O inciso XXXV do art. 5.º da CF/88

O inciso XXXV do art. 5.º da CF/88 tem uma redação negativa: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Outras constituições, como a portuguesa e a espanhola, optaram por um asseguramento do direito à tutela judicial efetiva de maneira positiva e direta, como se verá a seguir.

As normas que comumente se extraem do dispositivo constitucional citado são: (a) a vedação de imposições legais de obstáculos e limitações indevidas à via judicial; (b) o estabelecimento da jurisdição una (Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição, ao contrário de outros países, como a França e a Alemanha, que contam com uma jurisdição administrativa) (SILVA, J., 2005, p.132); e (c) a garantia do cumprimento rigoroso da tramitação do processo tal qual prevista em lei⁵.

A garantia da via judicial, ou princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional foi incorporada expressamente, pela primeira vez, a um texto constitucional brasileiro na Constituição de 1946; seu art. 141, § 4.º estatua o seguinte: "*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*" Pontes de Miranda entendia que o princípio já era intrínseco à sistemática da Carta de 1891 (1971, p. 104). Sua positivação na Carta de 1946 deu-se como forma de reação ao regime anterior, de 1937 a 1946 (Constituição de 1937), que deixava sem amparo judicial os direitos individuais e permitia que a lei os deixasse sem remédios processuais. Com a nova garantia, impedia-se que por meio de lei se impusessem obstáculos ao acesso à justiça. Não é por acaso que a visão do princípio era restrita; Pontes de Miranda referiu que o dispositivo constitucional estatua que a defesa dos direitos individuais que se fundassem em regras jurídicas da constituição ou de leis ordinárias não poderia ser excluída por lei ordinária (1971, p. 105). Além disso, o alcance apregoado pelo jurista continha limitações ao pressupor que a eventual apreciação judicial fosse realizada posteriormente à coisa julgada administrativa, salvo o caso de previsão legal da via recursal judicial (1971, p. 106). Fundamentalmente, para o jurista, a idéia é a de que o Congresso Nacional "não pode determinar que o Poder Judiciário não aprecie qualquer caso em que a lei vigente incidiu ou vai incidir"; em todo o caso, há de haver ação ou recurso (1971, p. 115).

Outros juristas, como Nelson Nery Junior, Nagib Slaibi Filho e Rui Portanova, enfatizam que o dispositivo constitucional garante o *acesso* ao Judiciário. Para o primeiro, o destinatário principal do art. 5.º, XXXV da CF/88 é o legislador, mas o comando nele contido se dirige a todos indistintamente, de maneira que a ninguém é dado "impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão" (NERY JUNIOR, 2000, p. 94). Nagib Slaibi Filho aduz que o princípio da universalidade da jurisdição proclama o monopólio da Justiça e assegura a todos os indivíduos o direito de ação, com o qual se provoca a atuação jurisdicional na apreciação

ação de suas pretensões, e agrega ao princípio o direito de defesa como direito de participar do processo, conferido a quem é demandado em juízo (2004, p. 711 e 713). Rui Portanova, por seu lado, é afinado com esse entendimento ao estatuir que "inafastabilidade é a inviabilidade de criar-se obstáculos ao cidadão de buscar seu direito no Judiciário" (1995, p. 82). Entretanto, o jurista vai um pouco além, ao destacar que não basta o mero acesso ao Judiciário, sendo indispensável que seja proferida uma *decisão efetiva* e justa (1995, p. 84)⁶.

Essa noção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, entretanto, não exaure as dimensões que podem assumir o referido princípio. As discussões doutrinárias sobre o que se convencionou chamar de "crise de efetividade do processo civil brasileiro" (PANIZZI FILHO, 2006, p. 58) permite a conclusão de que o princípio em tela não se restringe a garantir o mero acesso da sociedade ao Poder Judiciário. Este trabalho pretende intensificar a dimensão de que o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagra também um direito à tutela judicial efetiva. Essa dimensão ainda não se encontra devidamente incorporada ao discurso jurídico das decisões judiciais dos nossos tribunais (CORRÊA, 2000, p. 192 e 193), conforme exemplificativamente se infere de um caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça no qual a dimensão da tutela judicial efetiva não foi oportunamente manejada, muito embora poderia ter sido agregada ao discurso jurídico na forma como propugnada nesse trabalho.

5 Veja-se um caso

Em uma ação de execução, o demandante requereu expedição de ofício ao Banco Central com a finalidade de obter informações a respeito de eventual existência de bens penhoráveis em nome do demandado. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que o deferimento de tal pedido implicaria a quebra do sigilo bancário do executado, e que o sigilo bancário só deveria ser afastado em situações especiais, nas quais reste identificado relevante interesse da administração da Justiça. Tal interesse não teria se feito presente no caso em apreço, dado que a questão é *apenas* a de localizar bens para serem penhorados⁷.

O Tribunal tomou em consideração que a garantia do sigilo bancário, extraído seja da garantia à vida privada prevista no art. 5.º, X da CF/88, seja da garantia de inviolabilidade dos dados estatuída no art. 5.º, XII da CF/88 (CORRÊA, 2000, p. 166/167), só deixa de prevalecer no caso concreto se se demonstrar a existência de um interesse relevante da administração da Justiça. A garantia do sigilo bancário se sobrepõe, assim, ao interesse do exequente em satisfazer o seu crédito mediante a localização de bens penhoráveis (e sua posterior venda judicial). Pode-se dizer que o Tribunal efetuou uma ponderação entre, de um lado, a garantia de sigilo bancário em favor do executado e, de outro, o direito de

crédito do exequente. Além disso, o interesse deste em localizar bens penhoráveis do executado para viabilizar a satisfação do seu direito de crédito não se identificaria como relevante interesse da administração da Justiça.

Percebe-se que em nenhum momento se fez referência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, muito menos à necessidade se proporcionar uma tutela efetiva ao direito posto em causa. E aqui reside um ponto fundamental: após uma longa evolução histórica no sentido de fazer com que recaia sobre o patrimônio de alguém (e não sobre a sua pessoa) a responsabilidade pelas suas dívidas e a garantia dos seus credores, outorgou-se a estes a via judicial para promover a cobrança das dívidas inadimplidas, restando vedada a possibilidade da tutela de mão própria. Entretanto, no processo de execução, mais do que em qualquer outro, ficam evidentes as limitações técnicas e políticas na atividade jurisdicional da conformação ao mundo dos fatos da determinação contida na norma jurídica individual (sentença ou título executivo extrajudicial). Para Carneiro, "a execução permanece o 'calcanhar de Aquiles' do processo. Nada mais difícil, com freqüência, do que impor no 'mundo dos fatos' os preceitos abstratamente formulados no 'mundo do direito'" (2005, p. 56). É lícito concluir que da maneira como vem sendo praticado o processo de execução nos nossos tribunais, ilustrado no precedente referido acima, o instrumento destinado a tutelar o direito material, mediante a prática de atos concretos para a sua satisfação, tem se revelado de escassa efetividade. Se o devedor (assim foi nomeado o executado pelo Código de Processo Civil) não se vale da *faculdade* de nomear bens à penhora, e o exequente não localizar bens imóveis, veículos, ou qualquer outro tipo de bens penhoráveis, a ação de execução tende a se tornar execução frustrada. Ocorre que existe a possibilidade, não desprezível, de o devedor possuir aplicações financeiras em seu nome, conquanto realmente não conte com bens do tipo referido acima *em seu nome*⁸. A possibilidade dessa investigação, com fundamento na garantia do sigilo bancário protegido constitucionalmente, é sonogada ao exequente pelos tribunais, em regra sem que se promova, no caso concreto, a ponderação entre tal garantia e aquela outra que se vem referindo repetidamente - a da tutela judicial efetiva.

A finalidade do processo de execução é diversa (e mesmo oposta) da do processo de conhecimento, conforme lição de Carnelutti; com efeito, o processo de conhecimento (ou cognição) transforma o fato em direito, e o processo de execução transforma o direito em fato (1971, p. 327), servindo este para compor a lide em sua forma mais grave - a lide de pretensão insatisfeita (1971, p. 328). De modo geral, a composição da lide exige a conversão do dever ser em ser e por vezes o processo de conhecimento não é suficiente, pois quando o juiz condena o devedor a pagar determinada quantia

las cosas, en cuanto al ser, van mejor que antes; pero no van todavía, bien si, esto no obstante, el deudor continúa sin pagar; la necesitas, entendida propiamente como deficiencia de ser, exige que el iter, del no ser al ser, iniciado con la decisión, prosiga (1971, p. 328).

Se o devedor não cumpre de forma espontânea o contido na sentença ou no título executivo extrajudicial, o direito promove a sub-rogação da obediência do devedor à obediência do juiz (ou melhor, do Estado-juiz), que substitui o devedor com uma atividade sua e "*realiza um acuerdo en vez de él: en lugar del acuerdo entre el legislador y el subditus se pone el acuerdo entre el legislador y el iudex. En este sentido, también el proceso ejecutivo responde al concepto de cumplimiento de la ley*" (CARNELUTTI, 1971, p. 329).⁹ Sumariamente, pode-se dizer que

(...) el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el proceso ejecutivo se resuelve en la sustitución del juez al deudor en cuanto el juez hace aquello que debería hacer el deudor para dar cumplimiento a su obligación, y a su hacer le atribuye la ley los mismos efectos que normalmente corresponden al hacer del deudor.

El deudor debería entregar (dejar tomar) al acreedor una cosa determinada; el juez la entrega en vez de él, esto es, ponde al deudor en condición de deberla dejar tomar. El deudor debería especificar un genus a fin de que la propiedad de ella pase al acreedor; el juez lleva a cabo la especificación en vez de él. El deudor, para procurarse el dinero necesario para el pago de una deuda debería liquidar algunos bienes suyos; el juez los liquida en vez de él (CARNELUTTI, 1971, p. 345).

O direito à tutela judicial efetiva foi consagrado diretamente em constituições estrangeiras, notadamente a espanhola, de modo que se seguem breves comentários sobre a doutrina estrangeira nesse sentido.

6 A tutela judicial efetiva na Constituição espanhola e no direito comparado

No texto da Constituição espanhola de 1978 se positivou, entre os direitos fundamentais com o máximo *plus* de fundamentalidade (ROYO, 1997, p. 311), o direito à tutela judicial efetiva no seu art. 24.1, com os seguintes termos: "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*". Em virtude do sistema constitucional espanhol, que permite o uso do recurso de amparo (art. 53.2) "*establecido para tutelar, en general, todos los derechos y libertades reconocidos por la Constitución*" (MENDEZ, 1992, p. 357), o direito à tutela judicial efetiva é, dentre todos os princípios, direi-

tos e liberdades fundamentais, o mais utilizado para fundamentar as pretensões que se deduzem em sede de amparo constitucional e, por consequência, é o mais comentado e citado nas sentenças do Tribunal Constitucional (MORI, 2002, p. 420; ROYO, 1997, p. 311). Isso permitiu um amplo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial em torno do dispositivo, no qual se visualizou um conteúdo complexo (GIMENEZ, 1998, p. 351).

Gimenez põe em destaque as principais características do direito à tutela judicial efetiva nos seguintes termos:

El derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho consistente en tener libre acceso a los Tribunales para solicitar de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, sea favorable o desfavorable, siempre que se cumplan los requisitos procesales e, en contrario, una resolución de inadmisión de la pretensión formulada igualmente fundada en Derecho, a presentar los recursos que las leyes prevean y a que el contenido del fallo sea respetado y ejecutado. (GIMENEZ, 1998, p. 351).

Agrega-se a isso a noção citada por Burrieza, segundo a qual "en un Estado de Derecho, la petición de Justicia es un derecho inalienable del individuo, que a nadie puede ser negado, como medio necesario para obtener el amparo de la jurisdicción" (1990, p. 28). A autora promove uma comparação com o momento histórico pré-constitucional das Constituições italiana de 1947 e da República Federal da Alemanha de 1949 e refere que

El hecho de que se introdujera en la Constitución el derecho general a la tutela judicial, entendido como el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas, obedece en los supuestos tanto italiano como alemán a la preocupación de impedir en el futuro los abusos y desviaciones que tuvieron lugar en el período totalitario y al deseo de devolver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia (1990, p. 32).

Trata-se, pois, de um autêntico direito fundamental (CONDE, 1996, p. 403), predicado de qualquer tipo de processo (BURRIEZA, 1990, p. 21), que, dado seu caráter complexo, se desenvolve em três direitos fundamentais, conforme se destacou na Sentença 26/1983, de 13 de abril do Tribunal Constitucional: (a) o livre acesso aos juizes e tribunais; (b) um direito a obter "un fallo de éstos"; e (c) o direito a que "el fallo se cumpla" (CONDE, 1996, p. 406; ROYO, 1997, p. 311). Gimenez também destaca o conteúdo complexo do direito à tutela judicial efetiva, cujas vertentes ou facetas podem ser reconduzidas às seguintes: (a) o direito de acesso à jurisdição; (b) o direito a uma resolução de

fundo; (c) o direito a uma resolução fundada em Direito; (d) o direito aos recursos; (e) o direito à execução; (f) o direito à invariabilidade e intangibilidade dos pronunciamentos; e (g) o direito à tutela cautelar (1998, p. 351).

É perceptível que a doutrina e a jurisprudência espanholas remetem ao direito à tutela judicial efetiva, como direito fundamental, muitas das garantias processuais já conhecidas, como o duplo grau de jurisdição e a coisa julgada. Além disso, o direito à tutela judicial efetiva condiciona a aplicação e interpretação das normas processuais infraconstitucionais de forma razoável e proporcional; a sua essência reside na consideração de que as normas processuais e a sua interpretação e aplicação devem atender a uma finalidade razoável, bem como deve existir proporção entre dita finalidade e os meios dispostos pela norma para obtê-la (GIMENEZ, 1998, p. 351/352).

Serrano (FALLA. et alli, 2001, p. 529) estatui que o fundamental com relação ao direito de ação é sua efetividade, pois "*el Estado, al constitucionalizar el derecho, queda comprometido a poner los medios oportunos para hacerlo efectivo*". Mendez segue por esse caminho ao averbar que a garantia constitucional não se limita ao aspecto negativo, consistente na proibição de "*indefensión*", de modo que "*desde un punto de vista positivo, la garantía significa que el proceso ha de ser eficaz*" (1992, p. 355).

Burrieza esclarece que, dada a estrutura lógica da norma em comento da constituição espanhola, o direito à jurisdição é diretamente invocável ante os tribunais, podendo-se fundamentar nela "*tanto el petitum de la demanda como una sentencia judicial*" (1990, p. 56); além disso, referida norma possui garantia de reserva de "*Ley Orgánica para cuya aprobación se requiere un quórum especial*" (1990, p. 56).

Respeitante à execução das sentenças, Serrano faz referência à *Sentencia 73/1991*, de 8 de abril, na qual se expressou que tal atividade faz parte do direito fundamental à tutela judicial efetiva, pois do contrário as decisões judiciais e os direitos nelas reconhecidos não seriam outra coisa que meras declarações de intenções sem alcance prático nem efetividade; assim, a execução das sentenças é uma

(...) cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado (...) (2001, p. 543).¹⁰

No direito constitucional português, a garantia de acesso aos tribunais encontra assento no art. 20.º, n.º 1 da Constituição da República ("Artigo 20.º (Acesso ao direito e aos tribunais) 1. A todos é assegurado

o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos.² Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário") e, segundo lição de Vieira de Andrade, se constitui no "meio de defesa por excelência dos direitos, liberdades e garantias", sendo ela própria também "um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (2004, p. 368/369); tal "direito-garantia", dentre as várias dimensões materiais que pode assumir, "inclui o direito a uma <<decisão *em prazo razoável* e mediante *processo equitativo*>> (...), isto é, a uma protecção jurídica *efectiva* e em *tempo útil*" (2004, p. 369) [grifos do autor].

CANOTILHO e MOREIRA anotam que referido preceito reconhece vários direitos distintos mas conexos, como (a) o direito de acesso ao direito (n.º 1), (b) o direito de acesso aos tribunais (n.º 1), (c) o direito à formação e consulta jurídicas e (d) o direito ao patrocínio judiciário (n.º 2); a conexão reside em que todos são componentes de um direito geral à protecção jurídica e que qualquer deles constitui elemento essencial da própria idéia de Estado de direito (1993, p. 161/162). Assim, "O direito de acesso ao direito não é apenas instrumento da defesa dos direitos e interesses legítimos. É também elemento integrante do princípio material da *igualdade* (cfr. nota ao art. 13.º) e do próprio *princípio democrático*, pois este não pode deixar de exigir também a *democratização do direito*" (1993, p. 162). Os juristas portugueses enfatizam, ainda, que a garantia em questão, conquanto inserida no capítulo destinado aos direitos fundamentais, não se restringe à defesa dos direitos fundamentais, estendendo-se a "todos e quaisquer <<direitos e interesses legítimos>>, como se lê no n.º 1, isto é, a todas as *situações juridicamente protegidas*" (1993, p. 162). Assim,

o direito de acesso ao direito engloba o direito à informação jurídica e ao patrocínio jurídico (n.º 2)"; "o direito de acesso aos tribunais (n.º 1) inclui, desde logo, no seu âmbito normativo, o direito de acção, isto é, o direito subjectivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional, solicitando a abertura de um processo, com o consequente dever (direito ao processo) do mesmo órgão de sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada (...). O direito de acesso aos tribunais concretiza-se também através do direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas. Esse direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela judicial efectiva. (...) Cabe também no âmbito normativo do direito a uma tutela judicial efectiva o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas. (...) O âmbito jurídico normativo

do acesso aos tribunais abrange ainda o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que, através do órgão jurisdicional se desenvolva e efetive toda a actividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal (...). Através deste direito pretende-se evitar que as decisões judiciais e a garantia de direitos e interesses se reduzam a meras declarações de intenção a favor de uma das partes" (1993, p. 163-164).

Sagües, em atenção ao direito constitucional argentino, no qual a Constituição consagra no seu art. 18 a inviolabilidade da defesa em juízo da pessoa e dos direitos, esclarece que aqui se trata de contar com a possibilidade de acesso aos tribunais e de obter deles uma sentença útil (1999, p. 759).

Por fim, relativamente ao direito constitucional alemão, Schwabe demonstra que o respectivo Tribunal Constitucional Federal já teve oportunidade para retirar do princípio do Estado de direito o direito a uma proteção jurídica adequada contra violações por parte do poder público, concretizada pela norma do art. 19 IV da Lei Fundamental - BVerfGE 35, 382 18/07/1973 (2005, p. 805). Em outro julgado (BVerfGE 37, 150 24/04/1974), decidiu-se que "o art. 19, IV GG garante não somente o direito formal e a possibilidade teórica de se recorrer ao Poder Judiciário, mas também estabelece em favor do cidadão uma pretensão ao controle judicial efetivo e eficaz" (2005, p. 812). Burrieza comenta que os atuais esforços da doutrina e jurisprudência alemãs "*no se limitan a intentar garantizar el libre acceso a los tribunales de justicia*", ocupando-se também de encontrar os meios de torná-lo prático e efetivo, "*porque en el fondo lo que subyace es el deseo de lograr la efectividad del derecho de acción*" (1990, p. 40).

7 Revisitando a noção de monopólio da jurisdição pelo Estado

A lição é mais do que conhecida: o Estado, ao retirar dos particulares a possibilidade de promover a resolução dos conflitos por seus próprios meios (justiça de mão própria), assumiu o monopólio da jurisdição¹¹; ao Estado, pois, incumbe o dever-poder da resolução imparcial dos conflitos, desde que provocado adequadamente para tal finalidade. São manifestações do monopólio da jurisdição o julgar e o fazer executar o julgado (SENDRA, 1981, p. 107). A substituição da idéia da justiça realizada com as próprias mãos pela idéia de justiça a cargo de uma autoridade se tornou possível graças a enormes esforços sociais, de maneira que "a ação civil vem a ser", segundo COUTURE, "em última instância, o substituto civilizado da vingança" (2004, p. 13). Em outra oportunidade, o jurista pôs em relevo a substituição da justiça de mão própria pela *colaboração* dos poderes estatais:

Cuando el hombre se siente objeto de una injusticia, de algo que él considera contrario a su condición de sujeto de derechos, no tiene más salida que acudir ante la autoridad. Privado ya de su poder de hacer justicia por mano propia, le queda en reemplazo el poder jurídico de requerir la colaboración de los poderes constituidos del Estado (1998, p. 28).

Sob esse enfoque, é importante destacar a importância para a estabilidade do sistema político " *de una verdadera tutela jurisdiccional, que se há de reconocer como un auténtico derecho a todo aquel que, sufriendo una violación, pueda acudir a un órgano estatal que le atienda y que haga efectivos sus derechos en el caso de que lo juzgue procedente*" (BURRIEZA, 1990, p. 51).

Pois bem. A contrapartida - que se pode dizer natural¹²- dessa vedação de autotutela é a de outorgar aos particulares uma tutela dos direitos que seja adequada, justa, célere e, fundamentalmente, efetiva. A prestação jurisdicional não é entregue às partes a contento com a mera garantia da iniciativa (mediante o exercício do direito de ação), desenvolvimento regular do processo (atendidos os pressupostos processuais) - com observância de todas as garantias processuais -, e a prolação de uma sentença fundada em direito (OLIVEIRA, 2004, p. 17). É indispensável que se criem instrumentos adequados (BURRIEZA, 1990, p. 51) e que se façam cumprir as decisões judiciais, tanto quanto possível, e que sejam assegurados meios expeditos e eficazes, isto é, que tenham a aptidão para "propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória", uma vez que "o Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir - tanto quanto seja possível - a ocorrência de vitórias de Pirro". Em última análise: "o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo" (ZAVASCKI, 1999).

8 A tutela judicial efetiva como dimensão do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional

Marinoni sustenta que tanto o Estado-legislador como o Estado-juiz são devedores do direito à efetiva proteção do direito material: o primeiro, mediante a edição de normas de direito material e de direito processual instituidoras de técnicas com aptidão para viabilizar uma proteção (tutela) efetiva; o segundo, "no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais" (2003).

Tendo em vista a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o direito fundamental à prestação jurisdicional é, a um só tempo, um direito fundamental e também uma garantia de proteção de outros direitos e interesses; assim, o objeto do direito funda-

mental à tutela jurisdicional efetiva não é apenas a tutela da efetividade dos direitos fundamentais, "mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos" (MARINONI, 2003). Em outras palavras:

(...) embora a resposta do juiz sempre atenda ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, somente em alguns casos o objeto da decisão é outro direito fundamental, ocasião em que na realidade, existe o direito fundamental à tutela jurisdicional ao lado do direito fundamental posto à decisão do juiz. Quando esse outro direito fundamental requer prestação de proteção, não há dúvida que a decisão configura evidente prestação jurisdicional de proteção. E no caso em que a decisão não trata de direito fundamental? Frise-se que, embora o juiz, nesse caso, não decida sobre direito fundamental, ele obviamente responde ao direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Nessa hipótese, como a prestação do juiz não decide sobre direito fundamental, ela deverá ser considerada diante do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional (MARINONI, 2003).

As considerações pretéritas nos colocam em condições já de afirmar que o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional impõe ao intérprete/aplicador a garantia da consecução e manutenção de um estado ideal de coisas; dizer-se que as lesões e ameaças a direito não podem ser subtraídas da apreciação do Poder Judiciário significa que os direitos e interesses devem ser tutelados de forma adequada e efetiva pelo Estado, mediante a atuação do Poder Judiciário. Almejam-se a paz social e a segurança jurídica, já que se retirou dos particulares a possibilidade de resolverem seus conflitos de interesses por seus próprios meios. E paz social e segurança jurídica não seriam obtidas se não se permitisse a resolução dos conflitos por intermédio do Estado, e que essa resolução se desse de maneira efetiva¹³.

As condutas a serem implementadas não estão diretamente impostas pelo princípio em causa; cabe ao intérprete/aplicador, em atenção ao caso concreto, retirar do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional os comportamentos que sejam os mais adequados para promover o estado ideal de coisas por ele preconizado.

Podemos sustentar, portanto, que os juízes e tribunais só se desincumbem do seu dever de prestar jurisdição com a prestação de tutela efetiva aos direitos e interesses postos em causa. Durante todo esse trabalho nos utilizamos das expressões "tutela judicial efectiva" ou "prestação jurisdicional efetiva" para dizer justamente isso, que os direitos e interesses (as lesões ou ameaças a direito) submetidos à apreciação jurisdicional devem ser tutelados (protegidos) de maneira a propiciar a sua efetividade (concreção, satisfação). A medida da efetividade

exigida pelo direito ou interesse posto em causa vai depender das circunstâncias e condições do caso concreto.

No caso do processo de execução, que foi objeto do julgado do STJ analisado *supra*, observa-se que a disposição legal da técnica executiva é (como não poderia deixar de ser) tendente a satisfazer o direito de crédito do exeqüente (credor, segundo o CPC).¹⁴ As fases de citação, penhora, avaliação, alienação judicial e entrega do dinheiro são pré-ordenadas com a finalidade de satisfazer o direito de crédito do exeqüente¹⁵. Evidentemente que o CPC também cuida da posição do devedor, garantindo-lhe a possibilidade de se insurgir contra quaisquer irregularidades que possam surgir em quaisquer dessas fases (é dado ao devedor, inclusive, nas execuções de título extrajudicial, a possibilidade de ajuizar uma ação de embargos - do devedor - com a qual poderá demonstrar, até mesmo, que nada é devido). Afinal, ao executado também é devida a tutela judicial efetiva. Mas não há como escapar dessa circunstância de que a finalidade do processo de execução é a de retirar do patrimônio do devedor o que nele está e não deveria, e, conseqüentemente, de agregar ao patrimônio do credor o que nele não está, mas deveria. Para dar início ao processo de execução o CPC exige apenas um título, qualificado como executivo e dotado de certas características, e o inadimplemento por parte do devedor. Superadas que sejam as possibilidades de irresignação do devedor contra a ação de execução (pelo transcurso *in albis* do prazo para embargos, ou pelo julgamento de improcedência ou procedência parcial dos eventualmente opostos), a partir daí o que se verá são atos tendentes a operar a transformação do mundo dos fatos em conformidade com a norma jurídica individualizada regedora do caso concreto.

Nesse momento é que se revelará imprescindível a constatação da máxima conformidade das condutas do intérprete/aplicador para a consecução ou manutenção do estado ideal de coisas preconizado pelo direito fundamental à tutela judicial efetiva. Diante das circunstâncias do caso concreto, os juízes e tribunais deverão aferir se o pedido do exeqüente para a decretação da quebra de sigilo bancário/fiscal (expedição de ofícios à Receita Federal para obtenção de dados referentes à existência ou não de bens penhoráveis em nome do devedor; utilização do sistema BACEN-JUD para a realização da penhora *online* em ativos eventualmente existentes em nome do devedor) é exigível¹⁶ no caso concreto para viabilizar a satisfação do seu direito de crédito, vencendo a inércia do executado.¹⁷ Neste passo, Alexy salienta que os direitos a procedimentos possuem uma ambigüidade fundamental que é a de serem ao mesmo tempo direitos ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais (dirigidos ao legislador) e direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais, e neste último aspecto o jurista se reporta a numerosas decisões do Tribunal Constitucional Federal sobre o direito de execução forçada, "*cuyo*

tema es la interpretación acorde con la Constitución de normas procedimentales", de maneira que o direito à organização e procedimento sob a forma do direito à tutela judicial efetiva está dirigido aos tribunais (1997, p. 458/459).

Pode-se tomar como exemplo de decisão judicial que tomou em conta, de um lado, o direito do credor "à satisfação do seu crédito, podendo chegar à realização executiva do crédito à custa do patrimônio do devedor, sendo tal direito de conteúdo patrimonial tutelado pelo art. 62.º, n.º 1, da Constituição (garantia da propriedade privada)", e de outro o direito do devedor ao salário mínimo, diretamente em conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, o acórdão n.º 96/2004, de 11/02/2004, do Tribunal Constitucional de Portugal.¹⁸ O "conflito de direitos" se configurou nestes termos:

o direito do credor à realização rápida do pagamento do seu crédito e o direito do devedor e pensionista da segurança social ou do Estado à percepção de uma pensão que lhe garanta o mínimo de subsistência condigna com a sua dignidade de pessoa.

O Tribunal promoveu, então, um balanceamento mediante uma repartição adequada e proporcional dos custos do conflito, e admitiu o sacrifício do direito do credor se no caso fosse necessário e adequado para dar garantia ao direito à existência do devedor com um mínimo de dignidade. Veja-se que o Tribunal não excluiu *a priori* a satisfação do direito de crédito, nem o qualificou como mero direito patrimonial que cederia passo invariavelmente a outro direito ou interesse do devedor. A decisão, afinal, foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo do CPC apenas para excluir a interpretação que admitisse a "penhora nos casos em que o montante da pensão abrangida não é superior ao salário mínimo". Assim, a penhora sobre o salário não seria admissível quando o devedor já auferisse o salário mínimo nacional, já que do contrário, haveria ofensa à dignidade humana do devedor. Mas para outros casos que não esse, o Tribunal Constitucional preservou a constitucionalidade do dispositivo do CPC que prevê a penhora sobre o salário do devedor. Conquanto não o tenha dito, o Tribunal Constitucional promoveu um balanceamento entre os direitos e interesses em conflito levando em conta, ainda, o direito fundamental à tutela judicial efetiva, pois a satisfação do direito de crédito do exequente apenas deixou de prevalecer no caso em apreço pois, se fosse assim, a dignidade humana do devedor seria desrespeitada. Entretanto, em outros casos nos quais não seja sério o desrespeito à dignidade humana do devedor - isto é, em casos nos quais não haja o atingimento do núcleo essencial da dignidade da pessoa (SARLET, 2004b, p. 137) -, o Tribunal admite a aplicação do dispositivo infraconstitucional que estabelece a penhora sobre o salário.¹⁹

É preciso que se deixe claro que o presente discurso não é o de propugnar pela execução a qualquer custo, do tipo "tudo-pelo-exeqüente". O que se quer é, afinal, enfatizar que a execução só deverá ser considerada infrutífera quando efetivamente não forem localizados bens passíveis de suportar os atos executivos. Ou, em outras palavras, que a "*condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos*" (ALEXY, 1997, p. 472).

9 Conclusão

Um dos preceitos da interpretação sistemática constitucional é o de que se deve garantir a maior tutela jurisdicional possível (FREITAS, 2004, p. 196). Tendo isso em mente, buscamos retomar (a) a noção de monopólio da jurisdição para sublinhar que tendo o Estado retirado dos particulares a possibilidade de resolver pelas próprias mãos os conflitos interindividuais, assumiu o dever de outorgar tutela jurisdicional de modo a tutelar e tornar efetivos os direitos e interesses em causa; e (b) a tradicional distinção entre as atividades jurisdicionais de conhecimento e execução, a fim de destacar que no processo de execução a tarefa do Estado é a de dar efetividade, mediante atos concretos, ao direito do credor (exeqüente) buscando no patrimônio do devedor o que deveria estar no patrimônio do credor e não está, ou seja, transformar o direito (contido na sentença ou no título extrajudicial) em fato.

Do conjunto dessas noções pudemos extrair que o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagra uma dimensão que garante a tutela efetiva dos direitos, para além do direito de acesso aos tribunais (mediante o exercício do direito de ação) e a garantia de que nenhum direito ou interesse poderá ser subtraído da apreciação do Poder Judiciário. Essa idéia de tutela judicial efetiva, que se encontra bastante desenvolvida em outros sistemas constitucionais comparados, não costuma aparecer nas decisões judiciais dos nossos juízes e tribunais.

Entretanto, essa dimensão do princípio da inafastabilidade da jurisdição que propugna pelo direito à prestação jurisdicional efetiva estabelece um estado ideal de coisas a ser alcançado e mantido de maneira especial pelo intérprete/aplicador no caso concreto. O seu comportamento deve guardar sintonia, pois, com esse estado ideal de coisas, a fim de propiciar a tutela judicial efetiva em cada situação que lhe for posta para apreciação.

Em vista do precedente do STJ que serviu de exemplo para o presente trabalho, pertinente ao processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, deve-se preferir as condutas que viabilizem a máxima efetividade ao direito de crédito; este somente deve ceder (e deixar de prevalecer) quando, em determinado caso concreto e sob determinadas circunstâncias, acarretar agressão inadequada, desnecessária

e desproporcional ao núcleo essencial de algum direito fundamental. Isso significa adotar, no curso do processo de execução, medidas que superem a resistência do devedor e sejam aptas a concretizar os atos executivos, notadamente na fase de penhora de bens do devedor, com o fim último de propiciar a tutela efetiva do direito do exequente, o que, em última análise, contribui para a consecução e manutenção do estado ideal de coisas preconizado pelo princípio insculpido no art. 5.º, XXXV da CF/88: a paz social e a segurança nas relações jurídicas.

O fundamental, realmente, são as normas que dizem respeito não só à garantia do acesso aos tribunais, mas também à tutela judicial efetiva como direito fundamental à prestação jurisdicional adequada (ao direito material posto em causa), célere (sem dilações indevidas) e efetiva (apta a dar a maior tutela e efetividade aos direitos e interesses em juízo). Enfim, conforme já estatuído pelo Supremo Tribunal Federal, o acesso ao Judiciário "em concepção maior" é garantido pela Constituição, englobando "a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível"²⁰.

Notas

- 1 Por todos: TESHEINER, 1993, p. 31.
- 2 "(...) *no basta garantizar a todos el acceso a la justicia proponiendo al juez la demanda de tutela, sino que será preciso garantizar a cada ciudadano la posibilidad de obtener la tutela judicial en un caso concreto, porque, de lo contrario, la garantía se reduciría a meras declaraciones de principios que eluden toda intención de concretizar*" (BURRIEZA, 1990, p. 44).
- 3 Ver, nesse sentido, síntese promovida por FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: PUCRS, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005. p. 22 e seguintes.
- 4 Mais adiante o jurista averba que "*la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales*" (p. 82).
- 5 STF, RE 202.308, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13/03/98.
- 6 Neste passo, é lícito transcrever advertência - apropriada aos tempos que correm - de TESHEINER (1993, p. 33) a respeito da "onipresença" do Judiciário viabilizada pela consagração do princípio em tela em sede constitucional: "Curiosamente, a formalização do princípio levou a uma invasão ainda maior da esfera do indivíduo pelo Estado, representado, agora, pelo Poder Judiciário. O princípio da inafastabilidade do Judiciário se converteu no princípio da onipresença do Judiciário. Vemos, então, juizes a substituir professores, na aprovação ou reprovação de alunos. Vemos juizes a se imiscuir na vida de associações, para manter ou excluir associados. Vemos juizes a interferir nas disputas esportivas, para apontar o campeão. O juiz da 6.ª Vara Cível de Sorocaba concedeu liminar suspendendo a realização de partida futebolística e determinando a para-

lisação do Campeonato Varzeano da 2.^a Divisão da cidade de Sorocaba. A decisão veio a ser tardiamente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, como lhe impunha o art. 217, § 1.º, da Constituição, não deixou de examinar o mérito, assentando que 'não implica em anulação da partida de futebol a atuação de árbitro suspenso' (RT, 663:95). Em face de fatos tais, é de se perguntar até que ponto se justifica a intromissão do Judiciário na vida de associações, escolas, entidades esportivas e igrejas, para manter ou excluir associados, para aprovar ou reprovar alunos, para dizer quem é padre ou quem é bispo, para determinar quem pode ou não pode disputar a "Copa Brasil"...

- 7 AGRAVO REGIMENTAL. DESPACHO DENEGATÓRIO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES AO BANCO CENTRAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. I. O sigilo bancário não deve ser afastado se não em situações especiais em que se patenteie relevante interesse da administração da Justiça. Tal não se configura quando se trate apenas de localizar bens para serem penhorados. II. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 469.275/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 28/04/2003, p. 207).
- 8 Araken de Assis averba, com propriedade, que "a sociedade de massas exacerbou o crédito (...). Nos dias que correm, à medida que a economia se globaliza, é bom dever, todos devem e ninguém espera que as dívidas sejam totalmente liquidadas, bastando ao obrigado solver pontualmente as obrigações para endividar-se novamente. (...) Ao mesmo tempo, a esfera patrimonial das pessoas se desvaneceu, adquirindo escassa transpa-

rência - os bens de raiz deram lugar a depósitos anônimos em paraísos fiscais" (2006, p. 15).

- 9 "El derecho está hecho para eliminar la guerra; veremos que desgraciadamente no consigue eliminarla del todo; y este es uno de los aspectos de su insuficiencia (...). Pero el problema está en reducir la guerra por el derecho a los mínimos términos. Es aquí donde opera la potestad jurisdiccional ejecutiva, cuya técnica tiende a colocar al obligado en una posición tal que deba renunciar a la resistencia y, por tanto, que no se deba constreñir a los órganos del proceso a usar de la violencia contra él. En la medida en que la potestad jurisdiccional lo logra, se puede reconocer el éxito del proceso ejecutivo" (1971, p. 334) [grifos do autor].
- 10 Sentencia 73/1991 disponível em: <http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1991-0073>. Acesso em: 13 ago. 2006.
- 11 "El fundamento básico del derecho que analizamos se encuentra en el hecho de que a las personas se les há prohibido satisfacer por su propios medios el conjunto de derechos e intereses que constituyen su patrimonio jurídico. (...) Sobre la base de esta prohibición de las iniciativas individuales, será necesaria una compensación que permita solicitar esa defensa al Estado poniendo en marcha el mecanismo de la justicia, gracias a lo que se denomina derecho a la jurisdicción. De este modo, prohibiendo el ejercicio de la fuerza privada como forma de satisfacer las propias pretensiones y derechos, podrá asegurarse el imperio del Derecho; y así, del caos preponderante al margen de la norma, con la aplicación cruda de la ley del más fuerte, se pasa a un orden jurídico en

- que prevalece el criterio de un sujeto imparcial, sustituyendo la acción directa frente al adversario por la acción dirigida hacia el Estado con el fin de que los órganos especialmente creados para ello acogieran y actuaran las pretensiones deducidas por un sujeto frente a otro"* (BURRIEZA, 1990, p. 50).
- 12 Canotilho revela que o "dever de uma garantia jurisdicional de justiça" a cargo do Estado resulta do texto da constituição e também de um "princípio geral ('de direito', 'das nações civilizadas') que impõe um dever de proteção através dos tribunais como corolário lógico: (1) do monopólio de coação física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na constituição e na lei (cfr. CRP. Art. 21.º)" ([2003?], P. 497) [grifo nosso]. No mesmo sentido: FREITAS, 2004, p. 197.
- 13 "Que este direito a ter direitos resulta esvaziado se não for também compreendido como o direito a ter direitos efetivos, apontando para a íntima conexão entre a dignidade da pessoa (e, de resto, dos direitos fundamentais de modo geral) com o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e todos os seus necessários desdobramentos, nos parece evidente (...)" (SARLET, 2004b, 96).
- 14 "*en el proceso ejecutivo las partes no están en situación de igualdad (...) pero tal situación si explica que la iniciativa del proceso corresponde solamente al acreedor, no permite considerar, en cambio, que, por lo que se refiere a la colaboración de la parte, lá acción no corresponda también al deudor"* (CARNELUTTI, 1971, p. 340).
- 15 "A execução, no seu escopo realizador e com o fito de revelar toda a seriedade da jurisdição, caminha sempre no sentido de dar ao credor aquilo que ele obteria se a obrigação tivesse sido cumprida voluntariamente, preservando-o de tal forma que ele não sinta os efeitos do descumprimento" (FUX, 2002).
- 16 Entende-se que, de modo geral, a exigibilidade nesses casos é configurada quando o exequente comprova com certidões dos registros de imóveis e dos departamentos de trânsito a inexistência de bens penhoráveis em nome do devedor.
- 17 "É por isso que o devedor deve ter a oportunidade de justificar o não pagamento e a não nomeação de bens. Nessa justificativa, o executado deverá apresentar relação do seu patrimônio e rendimentos, inclusive a situação das suas contas bancárias, bem como os motivos que justificam o não pagamento da soma em dinheiro e as provas que demonstram a veracidade de suas alegações. Em razão da apresentação dessa justificativa, o juiz fica investido do poder-dever de requisitar informações a quaisquer órgãos públicos e/ou privados, tais como Receita Federal, Banco Central, bancos privados, empregador e outras empresas com as quais o devedor mantenha vínculos" (MARINONI, 2003) [grifos no original].
- 18 Disponível em: <http://verbojuridico.net/jurisp/tc/tc04_96.html>. Acesso em: 27/04/2006.
- 19 Sobre precedente similar do Tribunal Constitucional de Portugal, mas analisado com ênfase na dignidade da pessoa humana: SARLET, 2004b, p. 116.
- 20 STF, RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02/05/97.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 607.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3a. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 424.
- ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 406.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4a. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138.
- BURRIEZA, Ángela Figueruelo. **El derecho a la tutela judicial efectiva**. Madrid: Tecnos, 1990, p. 135.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, [2003?], p. 1522.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3a. ed., rev. Coimbra: Coimbra. 1993, p. 1135.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 379, mai-jun 2005, p. 55-60.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic, 2000. 3 v.
- _____. **Derecho procesal civil y penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E. J. E. A., 1971. 2 v.
- CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 2a. ed. Madrid: Tecnos, 1996. 2v.
- CORRÊA, Luciane Amaral. O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. Separata de: SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.
- COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Tomo 1. 3a. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 366.
- _____. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 76.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. O processo de execução e a reforma do código de processo civil. **Revista de processo**, São Paulo, n.º 98, p. 91-118, abr.-jun. 2000.
- DIAS, Francisco Barros. A busca da efetividade do processo. **Revista de processo**, São Paulo, n.º 97, p. 213-225, jan.-mar. 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 327.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 569.
- FALLA, Fernando Garrido, et alli. **Comentarios a la constitución**. 3a. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 2839.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: PUCRS, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005).
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4a. ed, rev. ampl. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 328.
- FUX, Luiz. Tutela jurisdicional: finalidade e espécie. **Informativo jurídico da Bibli-**

oteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n.º 2, p. 153-168, jul.-dez. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 28/04/2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n.º 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 16/11/2004.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. **Derecho procesal civil**. 5a. ed. Barcelona: Bosch, 1992. 2 v.

MORI, Tomás Gui. **Jurisprudencia constitucional íntegra**: 1981-2001. Barcelona: Bosch, 2002. 3 v.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Separata de: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Processo e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PANIZZI FILHO, Gilberto Antônio. Quebra dos sigilos bancário e fiscal: a relativização da preservação da intimidade e a efetividade do processo de execução. **Revista de direito da ADVOCEF**, Londrina, n. 2, p. 35-68, fev. 2006.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo IX. 2a. ed. revista e aumentada. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Comentários à constituição de 1967**: com a Emenda nº 1, de 1969. 2a. ed., rev. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1970-1972. t. 5. 6 v.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 308.

REYES, Manoel Aragon; SIMANCAS, Julian Martinez. **La constitution y la**

practica del derecho. Pamplona: Aranzadi, c1998. v.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 4a. ed. Madrid: Marcel Pons, 1997, p. 805.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. 3a. ed., atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1999. 2 v.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4a. ed., rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 453.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3a. ed., rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 158.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 993.

SENDRA, Jose Vicente Gimeno. **Fundamentos del derecho procesal**: jurisdicción, acción y proceso. Madrid: Civitas, 1981, p. 251.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 1023.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. Vol. 2., 5a. ed., rev. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002, p. 477.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 198.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3a. ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 260.

_____. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de execução arts.

566 a 645. vol 8, 2a. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 510.

_____. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações. **Revista da ESMESC**, v. 5, n. 6, p. 49-58, maio 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 28/04/2006.