

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM  
GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DANIELE MARTINS GIMENES**

**SÚMULA VINCULANTE: EFETIVIDADE NA TUTELA  
JURISDICIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

MARÍLIA  
2009

**DANIELE MARTINS GIMENES**

**SÚMULA VINCULANTE: EFETIVIDADE NA TUTELA  
JURISDICCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA  
2009

Gimenes, Daniele Martins

Súmula Vinculante: Efetividade na Tutela Jurisdicional dos Direitos e Garantias Fundamentais / Daniele Martins Gimenes; orientador: Edinilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2009. 121 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2009.

1. Jurisdição 2. Direito Fundamental 3. Súmula Vinculante

CDD: 341.2



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

**Daniele Martins Gimenes**

RA: 35932-7

**SÚMULA VINCULANTE: EFETIVIDADE NA TUTELA  
JURISDICIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota:

10,0 (100%)

ORIENTADOR(A):

  
Edinilson Denisete Machado

1º EXAMINADOR(A):

  
Flávio Bento

2º EXAMINADOR(A):

  
Alana da Fonseca Lima

Marília, 22 de outubro de 2009.

*A Deus, que, ao abençoar-me com o dom da vida, nela vem se fazendo constantemente presente, indicando-me o caminho do bem e do amor na conquista de todos os meus sonhos;*

*Ao meu pai Darci e à minha mãe Dirce, pelo amor, carinho e dedicação que me dispensaram desde a concepção, responsáveis por minha formação educacional e moral, sem a qual nada eu teria conquistado nesta vida;*

*Ao meu namorado Fernando, por todo o companheirismo, amor e dedicação que me dispensou nos momentos em que mais precisei de forças para seguir em frente.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus amigos, que estiveram sempre ao meu lado, manifestando gestos de apoio, carinho e estímulo, fontes inspiradoras para a conclusão deste trabalho.

Agradeço também a todos os professores da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, pelo empenho e dedicação que empreenderam na construção da minha estrutura ética e profissional, ao longo de cinco anos de graduação.

Agradeço, de forma particular:

À querida e especial amiga Andréia Martins Teza Macedo, pessoa e profissional maravilhosa, pela determinante e essencial contribuição técnica e emocional que prestou no desenvolvimento e aperfeiçoamento deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, não só pelo auxílio e apoio que me dispensou ao longo de toda a graduação e no desenvolvimento deste trabalho, mas, principalmente, pela dedicação, profissionalismo e amizade que empreendeu nesta orientação, o que constituiu estrutura técnica e emocional imprescindível à conclusão deste trabalho.

"O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança."

Rudolf Von Ihering

GIMENES, Daniele Martins. **Súmula Vinculante: Efetividade na Tutela Jurisdicional dos Direitos e Garantias Fundamentais**. 2009. 121 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília 2009.

## RESUMO

O objeto de estudo do presente trabalho é: “Súmula Vinculante: Efetividade na Tutela Jurisdicional dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Como o próprio termo “direitos e garantias fundamentais” indica, esses direitos e garantias são imprescindíveis para que o ser humano tenha mínimas condições de uma vida digna. Para que tais direitos e garantias sejam plenos, no entanto, não basta apenas que tenham previsão abstrata da lei, por mais ampla e satisfatória que seja, mas que tenham efetividade prática perante seus titulares. O Poder Judiciário foi incumbido pelo Estado da função de dizer o direito aplicável aos conflitos de interesses submetidos à sua apreciação (jurisdição). Referida incumbência representa o último recurso hábil a proporcionar efetividade prática aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que foram violados ou ameaçados de violação. Dada a morosidade que a assola, essa atuação jurisdicional, uma vez tardia, torna os direitos que tutela ineficazes. A súmula vinculante foi inserida no Ordenamento Jurídico Brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/04, denominada “Reforma do Poder Judiciário”, com o objetivo de proporcionar celeridade na atuação jurisdicional. Tendo em vista a importância dessa atuação na implementação dos direitos e garantias fundamentais; a imprescindibilidade desses para o ser humano; a estrutura e funcionamento do órgão estatal incumbido da tutela desses direitos e garantias (Poder Judiciário), bem como a crise de morosidade que o assola; e, por fim, a aplicação e efeitos da súmula vinculante; esse instituto constitui um dos instrumentos hábeis a proporcionar maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional. Contrariamente aos argumentos de seus opositores, sua aplicação não constitui violação à independência do Judiciário, à livre convicção do juiz, à separação dos poderes, ao duplo grau de jurisdição, e nem mesmo ocasionará o engessamento do Poder Judiciário. A aplicação desse instituto, além da celeridade processual, ampliará o acesso à justiça, proporcionando igualdade, segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade nas decisões a serem proferidas em casos semelhantes.

**Palavras-chave:** Jurisdição. Direito Fundamental. Súmula Vinculante.



GIMENES, Daniele Martins. **Súmula Vinculante: Efetividade na Tutela Jurisdicional dos Direitos e Garantias Fundamentais**. 2009. 121 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília 2009.

#### ABSTRACT

This paper subject is: “Binding Precedent: Effectiveness Judicial Rights and Fundamental Guarantees”. As the own term “Fundamental Rights and Guarantees” indicates, this rights and guarantees are indispensable for human beings to have minimal conditions of a life with dignity. For those rights and guarantees being full, however, having abstract prediction of the law is not enough, no matter how wide and satisfactory it is, but they must have practical effectiveness for theirs holders. The Judiciary has been responsible for saying the rights applicable to conflicts of interest submitted to its assessment (jurisdiction). Such responsibility represents the last resource to provide practical effectiveness to individual fundamental rights and guarantees which were violated and threatened of violation. Given the length that devastates the Judiciary, this jurisdictional actuation, once late, makes rights custody ineffective. The binding precedent has been inserted in the Brazilian Legal System by the Constitutional Amendment n° 45/04, called “Judiciary Reform” with the goal to provide speed in the court action. Keeping in mind the importance of this action to implement the fundamental rights and guarantees, the necessity of it to human beings, the structure and function of state body responsible for the custody of this rights and guarantees (Judiciary), as well the length crisis that devastates it; and, finally, the application and effects of binding precedent; it is one of the effective instrument to provide speed to judicial provision. In opposition to arguments of its opponents, its application is not a violation to Judiciary independence, to the free judge conviction, to separation of powers, to the double degree of jurisdiction, and nether will provide rigid to Judiciary. The application of it, besides speeds the court action, will extend the access to justice, providing equality, legal security, prediction and stability in decisions to be taken in similar cases.

**Keywords:** Jurisdiction, Fundamental Rights, Binding Precedent.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.: Artigo

CF: Constituição Federal

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CPC: Código de Processo Civil

CPP: Código de Processo Penal

EC: Emenda Constitucional

p.: Página

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STM: Superior Tribunal Militar

TJ: Tribunal de Justiça

TRE: Tribunal Regional Eleitoral

TRF: Tribunal Regional Federal

TRT: Tribunal Regional do Trabalho

TSE: Tribunal Superior Eleitoral

TST: Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – JURISDIÇÃO .....	15
1.1 Da Necessidade do Direito para a Eliminação dos Conflitos .....	15
1.2 Da Autotutela à Jurisdição.....	16
1.3 Jurisdição. Poder e Dever do Estado. ....	17
1.4 Características da Jurisdição.....	19
1.5 Princípios Inerentes à Jurisdição .....	23
1.5.1 Princípio do Juiz Natural .....	23
1.5.2 Princípio da Improrrogabilidade.....	24
1.5.3 Princípio da Inafastabilidade ou Indeclinabilidade .....	24
1.5.4 Princípio da Investidura.....	25
1.5.5 Princípio da Aderência ao Território .....	25
1.5.6 Princípio da Indelegabilidade .....	26
CAPÍTULO 2 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	27
2.1 Constitucionalização dos Direitos e Garantias Fundamentais.....	27
2.1.1 Dimensões dos Direitos Fundamentais .....	30
2.1.2 Caráter Aberto e Mutável dos Direitos Fundamentais .....	33
2.1.3 Características dos Direitos Fundamentais.....	35
2.1.4 Destinatários dos Direitos Fundamentais .....	40
2.1.5 Pólo Passivo dos Direitos Fundamentais.....	41
2.1.6 Caráter Relativo dos Direitos Fundamentais .....	43
2.1.7 Colisão dos Direitos Fundamentais .....	43
2.1.8 Direitos x Garantias .....	45
CAPÍTULO 3 – JURISDIÇÃO EM FACE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	47
3.1 Princípio do Acesso à Justiça .....	47
3.2 Duplo Grau de Jurisdição .....	51
3.3 Poder Judiciário: Organização e Estrutura .....	53
3.3.1 Tripartição dos Poderes do Estado .....	54
3.3.2 Funções Típicas e Atípicas .....	56
3.3.3 Garantias do Poder Judiciário.....	57
3.3.4 Conselho Nacional de Justiça.....	60
3.3.5 Órgãos e Estrutura do Poder Judiciário .....	62
3.3.6 Composição e Competência dos Órgãos do Poder Judiciário .....	65
3.4 Guarda da Constituição e Jurisdição Constitucional .....	74
3.4.1 Controle de Constitucionalidade .....	74
3.4.1 Jurisdição Constitucional.....	78
CAPÍTULO 4 – SÚMULA VINCULANTE.....	83
4.1 Origem e Fundamentos da Previsão Legal da Súmula Vinculante .....	83
4.2 Sistema em Vigor até a Emenda Constitucional nº 45/04 .....	86
4.3 Edição, Revisão e Cancelamento de Súmula Vinculante .....	91
4.3.1 Competência para edição, revisão e cancelamento e natureza jurídica do processo .....	93
4.3.2 Pressuposto para Aprovação de Enunciado de Súmula Vinculante .....	93
4.3.3 Legitimidade para Provocação e Atuação de Ofício pelo STF .....	96
4.3.4 Quórum para Edição, Revisão e Cancelamento da Súmula Vinculante.....	99
4.3.5 Efeito Vinculante.....	99

4.3.6 Eficácia Temporal.....	101
4.3.7 Reclamação em face do Descumprimento de Súmula Vinculante .....	102
4.4 Argumentos Contrários e Favoráveis à Súmula Vinculante.....	104
4.4.1 Acesso à Justiça e Celeridade na Prestação da Tutela Jurisdicional .....	105
4.4.2 Princípio da Igualdade .....	107
4.4.3 Segurança Jurídica, Estabilidade e Previsibilidade do Direito .....	108
4.4.4 Aperfeiçoamento Técnico das Decisões.....	109
4.4.5 Independência do Judiciário e a Livre Convicção do julgador .....	110
4.4.6 Princípio da Separação dos Poderes .....	111
4.4.7 Engessamento do Poder Judiciário .....	112
4.4.8 Duplo Grau de Jurisdição .....	113
4.5 Considerações Finais .....	113
CONCLUSÃO.....	116
REFERÊNCIAS .....	119

## INTRODUÇÃO

Os Estados Democráticos de Direito tutelam os direitos fundamentais e inerentes ao ser humano, reconhecendo-os e positivando-os em suas constituições, (na maioria dos casos, em cláusulas pétreas). Essa forma de proteção dada a tais direitos constitui limitação ao próprio poder estatal, que, assim como todos os indivíduos destinatários de tais previsões legais, em hipótese alguma está autorizado a realizar ato tendente a suprimi-los ou lesioná-los.

Nosso Sistema Jurídico tutela, nesses mesmos parâmetros, dentre suas previsões constitucionais, o rol de direitos e garantias fundamentais imprescindíveis ao ser humano. Entretanto, embora estejam contemplados de forma ampla e satisfatória, tais direitos carecem de efetividade prática.

Referida ineficácia é evidente em nosso atual cenário jurídico.

Quando tais previsões não são observadas por seus destinatários de maneira espontânea, o indivíduo que teve seus direitos lesionados ou ameaçados de lesão encontra como única forma de solução para seu conflito de interesses, frente à vedação da autotutela, a busca de proteção perante o Estado.

O Estado, por sua vez, realiza essa proteção por meio do Poder Judiciário (terceira esfera de poder estatal), ao qual incumbiu a função de prestação da tutela jurisdicional, consistente no dever e no poder de dizer o direito ao caso concreto (jurisdição).

Essa função jurisdicional também constitui direito fundamental, que está garantido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, consistente no direito de ação (acesso à justiça), e que, em tese, deveria trazer efetividade prática aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente protegidos.

O Poder Judiciário, entretanto, atualmente encontra inúmeras barreiras que tornam sua atuação um processo lento e, na maioria das vezes, tardio no que tange aos efeitos buscados por aqueles que pleiteiam a tutela de seus direitos.

Embora muitas tenham sido as medidas tomadas para a solução desse problema, a morosidade na justiça persiste, o que fere a garantia constitucional do direito de ação, e, conseqüentemente, gera a ineficácia prática dos direitos e garantias fundamentais.

O processo e a atuação jurisdicionais são os instrumentos de efetividade desses direitos e garantias, e é notório que uma proteção tardia é ineficaz, e, portanto, falha.

A Emenda Constitucional nº 45/04, no intuito de solucionar esse entrave na atuação jurisdicional, assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Para efetivação dessa nova garantia, a referida emenda trouxe também a Reforma do Poder Judiciário, com uma série de modificações na estrutura desse órgão, dentre elas, a implementação da súmula vinculante.

Nesse contexto, este trabalho propõe-se a averiguar se a adoção da Súmula Vinculante em nosso Ordenamento Jurídico constitui ou não medida propulsora da celeridade processual, e, conseqüentemente, meio hábil à implementação de efetividade prática aos direitos e garantias fundamentais, e se, em contrapartida, gerará ou não a violação de determinados princípios constitucionais.

É dever precípua de todo Estado Democrático de Direito prover aos seus cidadãos tempestiva e efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais, pois não basta apenas que haja previsão legal, mas sim que esta possa ser efetivamente executada na prática, quando necessário.

Frente à morosidade enfrentada atualmente pelo cidadão no alcance da tutela jurisdicional de seus direitos e da conseqüente ineficácia destes, uma vez que tutela tardia é tutela ineficaz, é de suma importância uma pesquisa que vise a identificar os efeitos jurídicos gerados por medidas adotadas na busca da celeridade processual, (no presente estudo, a súmula vinculante).

Uma análise realizada a respeito desse tema tem significativa importância, pois não é admissível que, na busca da celeridade, princípios e garantias constitucionais sejam violados, após anos de luta social pela sua conquista.

No desenvolvimento deste trabalho, primeiramente serão levantados dados atinentes à origem e atual contexto da função do Estado na prestação da tutela jurisdicional dos direitos e garantias fundamentais, que são assegurados aos indivíduos por meio dos mandamentos legais emanados por este mesmo ente. Tanto na função legislativa quanto na função jurisdicional que foram atribuídas ao Estado por meio do contrato social, o fim último é o de proporcionar a paz e a harmonia entre os indivíduos pertencentes a um mesmo conglomerado humano.

Abordado o contexto e a importância dessa função jurisdicional do Estado, será contemplada a origem e evolução da conquista dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, que foram sendo reconhecidos e positivados após um longo processo de conquista

social. Serão também apontados os meios pelos quais o Ordenamento Jurídico Brasileiro contempla e garante, atualmente, referidos direitos em seu texto constitucional.

Em seguida, serão estudadas: a forma pela qual a proteção jurisdicional desses direitos e garantias fundamentais está contemplada e assegurada a todos em nosso Ordenamento Jurídico (garantia de acesso à justiça); a estrutura e funcionamento dados ao Poder Judiciário, órgão incumbido pelo Estado do desempenho dessa função, que é imprescindível à efetividade prática dos direitos e garantias fundamentais; e, ainda, a atuação desse órgão na guarda e manutenção das previsões constitucionais frente à atuação legislativa do Estado (jurisdição constitucional).

Também serão contemplados o contexto e as razões pelas quais a Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu no Ordenamento Jurídico Brasileiro a súmula vinculante, para, na seqüência, serem expostas as regras para edição, revisão e cancelamento de seus enunciados, bem como o significado de seu efeito vinculante.

Serão levantados e analisados, por fim, os posicionamentos doutrinários controvertidos a respeito da aplicação da súmula vinculante em nosso Ordenamento Jurídico, no que diz respeito às possíveis violações a determinados princípios constitucionalmente garantidos.

Este trabalho consistirá em uma pesquisa descritiva quanto ao objetivo geral, qualitativa segundo a abordagem do problema, e de avaliação formativa quanto ao propósito. Por fim, será bibliográfica quanto ao procedimento técnico.

A coleta dos dados necessários ao seu desenvolvimento será feita sob orientação, mediante leitura e fichamento de obras doutrinárias e de artigos escritos por juristas, buscados nos próprios exemplares de tais obras e em revistas jurídicas.

A análise e discussão crítica a respeito dos dados coletados conduzirão a uma conclusão no sentido de a súmula vinculante promover ou não a celeridade na prestação da tutela jurisdicional (efetividade prática dos direitos e garantias fundamentais) e de sua aplicação resultar ou não na violação de princípios constitucionais.

Sendo assim, ao seu término, este trabalho contribuirá para o esclarecimento e conscientização a respeito da importância e imprescindibilidade da efetividade prática dos direitos e garantias fundamentais, bem como da contribuição e implicações jurídicas da aplicação da súmula vinculante nesse sentido, o que se dará, não só no âmbito jurídico, como também no âmbito social em geral.

Seus resultados contribuirão para o desenvolvimento de um senso de visão crítico, possibilitando que mudanças legislativas e emendas constitucionais submetidas ao nosso

Congresso Nacional deixem de passar por nós, cidadãos, sem que percebamos e para que a inércia dê lugar às atitudes democráticas ativas e participativas, na defesa de direitos garantidos.



## CAPÍTULO 1 – JURISDIÇÃO

### 1.1 Da Necessidade do Direito para a Eliminação dos Conflitos

Para expor o conceito de jurisdição, é necessário, obrigatoriamente, demonstrar, ainda que sucintamente, a origem do direito no seio da nossa sociedade.

Quando o assunto é o surgimento do direito, o primeiro ponto a se destacar é que, em qualquer conglomerado humano, por mais simples que seja, para que se estabeleça o mínimo de harmonia entre seus integrantes, é imprescindível a existência de regras de conduta.

Para que promovam harmonia social, no entanto, tais regras devem ser justas e equitativas, para que coordenem as relações sociais, com o escopo de promover a cooperação entre as pessoas e de compor os conflitos de interesses que entre elas venham a ocorrer.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 19) destacam o brocardo jurídico “*ubi societas ibi jus*”, afirmando que não há sociedade sem direito, e acrescentam que:

[...] pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado **controle social**, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

A existência de um ordenamento jurídico regulamentador das relações sociais, no entanto, não é suficiente para eliminar os conflitos e insatisfações que surgem entre os indivíduos, pois tais conflitos podem se dar em razão da resistência de um indivíduo à pretensão de outro, muito embora essa pretensão esteja assegurada em lei, ou devido a uma proibição do próprio ordenamento jurídico à satisfação voluntária de tal pretensão.

Nesse contexto, para eliminação de tais conflitos por si mesmos, os indivíduos dispõem de dois mecanismos: a **autocomposição**, onde um dos contendores dispõe do seu interesse em favor do outro; e a **autotutela**, onde um dos litigantes impõe o sacrifício do interesse alheio para alcançar sua própria pretensão.

Ocorre que, com o desenvolvimento e evolução social do homem, esta última forma de eliminação de conflitos (autotutela) foi vedada ao particular, em razão da violência e desordem que gerava. Referida vedação se deu pelo contrato social, instrumento pelo qual os indivíduos, dispondo de parte de suas liberdades, transferiram ao Estado a função de atuar nesse sentido, conforme será visto adiante.

## 1.2 Da Autotutela à Jurisdição

Nos tempos primitivos, quando o Estado não possuía poder suficiente para fazer cumprir suas próprias previsões que conferiam direitos aos seus súditos, o indivíduo que detivesse um interesse, para vê-lo realizado, deveria, por seus próprios meios e forças, o impor àquele que estivesse manifestando resistência, situação esta que inviabilizava o estabelecimento da paz e harmonia em sociedade.

Nas palavras de Theodoro Junior (2004, p. 31), estes eram os tempos da *justiça privada* ou da *justiça pelas próprias mãos*, época esta em que, segundo Marinoni e Arenhart (2007, p. 32), ocorria a justiça do mais forte sobre o mais fraco, na qual somente fazia valer seus interesses aquele que detivesse força suficiente para impô-los a outrem.

Segundo o citado autor, foi com o advento do Estado Moderno, onde o Estado Democrático de Direito foi aperfeiçoado, que essa justiça privada foi substituída pela justiça pública, momento em que o Estado assumiu o poder de ditar a solução dos conflitos existentes na sociedade, e, conseqüentemente, proibiu a autotutela.

Marinoni e Arenhart (2007, p. 32) destacam, de acordo com o direito romano, que a partir do momento em que o Estado assumiu o monopólio de dizer o direito aplicável a cada caso concreto conflitivo existente na sociedade, iniciou-se o denominado período *cognitio extra ordinem*, a partir do qual todos foram submetidos ao poder estatal, tendo em vista a vedação da autotutela.

Em outras palavras, os autores explicam que, diante desta vedação da autotutela, o Estado assumiu o monopólio da jurisdição. A partir desse momento, foi atribuído àquele que não poderia mais realizar seus interesses pela própria força, o direito de recorrer à justiça, ou seja, o direito de ação, que, como dever do Estado, deveria ser cumprido de forma correspondente à proibida ação privada.

Sobre o assunto, Theodoro Junior (2004, p. 32) conclui que “[...] estabeleceu-se a jurisdição, como poder que toca ao Estado, entre suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.”

Dessa forma, é possível se constatar que, nas circunstâncias em que ocorreu a absorção da efetivação da antiga ação privada pelo Estado, essa nova função de promover a

solução aos conflitos caracteriza-se tanto como um poder, uma vez que monopolizada, quanto como um dever, a ser por ele cumprido de forma satisfatória, conforme será a seguir exposto.

### **1.3 Jurisdição. Poder e Dever do Estado.**

Conforme mencionado, a jurisdição consiste em um poder do Estado, que o emana ante o monopólio da justiça que detém, e, ao mesmo tempo, é um dever assumido por este ente desde a vedação da autotutela (justiça particular).

Nosso modelo atual de Estado assumiu para si o monopólio da elaboração e aplicação das leis como forma de estabelecer a ordem social, funções estas que atribuiu, respectivamente, aos poderes legislativo e judiciário, tendo em vista o dogma da tripartição dos poderes estatais.

Ao órgão jurisdicional, no entanto, não cabe agir de ofício, pois os preceitos legais estabelecidos pelo Estado devem ser observados espontaneamente por todos os seus destinatários diante de um conflito de interesses.

Em outras palavras, não são todos os conflitos de interesses ocorridos no âmbito das relações jurídicas que exigem, para sua composição, a prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado; essa prestação só ocorrerá diante da invocação dos interessados.

Theodoro Junior (2004, p. 32-33), em resumo, destaca que, para que haja atuação jurisdicional, é necessário que o conflito de interesses configure uma lide (ou litígio), ou seja, uma pretensão resistida, e que também exista interesse por parte daquele que requer esta atuação do Estado. Em suas palavras, “A missão do juiz consiste precisamente em compor o impasse criado com a pretensão de alguém a um bem da vida e a resistência de outrem a lhe propiciar dito bem”.

O citado autor, em seguida, expõe que **interesse** é a posição favorável para a satisfação de uma necessidade, como um proprietário que tem interesse na posse de um bem que lhe pertence, para satisfazer suas necessidades de moradia ou de renda para sobrevivência; a **pretensão**, por sua vez, é a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio, como o inquilino que tem interesse na posse de um bem locado para com ela satisfazer sua necessidade de moradia por meio de um bem pertencente a terceiro.

Face à escassez de determinados bens que satisfazem as mais diversas necessidades de sobrevivência humana, os conflitos de interesses ocorrem diante da disputa entre os indivíduos para a fruição de um mesmo bem.

Tais conflitos podem ser compostos voluntariamente pelos próprios envolvidos, como, por exemplo, por meio de um contrato que regulamente seus interesses, no qual as partes fazem concessões recíprocas, ou mesmo diante da subordinação de uma parte ao interesse da outra.

Nesse ponto, Theodoro Junior (2004, p. 33) exemplifica tais conflitos com a figura de um contrato de locação, no qual locador e inquilino acordam seus interesses, e, ao término do qual, o inquilino voluntariamente restitui o bem ao locador, satisfazendo a pretensão deste em ter o bem de volta e compondo a questão sem lide. Em conclusão, afirma que, na hipótese do inquilino não restituir o bem espontaneamente, estará configurada uma lide, na qual a pretensão do locador opôs-se à resistência do inquilino.

Assim, ante a vedação da autotutela, caberá à parte interessada deduzir esta lide em juízo, requerendo a sua solução conforme a lei ao Estado-Juiz, e este o fará de forma a compor os citados interesses conflitantes, ante a impossibilidade de as próprias partes o fazerem de forma voluntária e harmônica.

O citado autor demonstra em que consiste a jurisdição ao explicar que:

[...] tomando conhecimento das alegações de ambas as partes, o magistrado definirá a qual delas corresponde o melhor interesse, segundo as regras do ordenamento jurídico em vigor, e dará composição ao conflito, fazendo prevalecer a pretensão que lhe seja correspondente.

E conclui, afirmando que, desde que o Estado proibiu que o particular fizesse cumprir seus direitos subjetivos por suas próprias forças, atribuiu a este, ao mesmo tempo, o direito à tutela jurídica de tais direitos, assumindo para si não apenas o poder jurisdicional, mas o dever de jurisdição. Por esta razão, conclui que a jurisdição é, na realidade, uma função estatal “[...] de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”.

Nesta mesma linha de orientação, Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 131) definem jurisdição como:

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolvem, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa

função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

E dizem ainda que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade, explicando que:

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei o comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

A prestação da tutela jurisdicional, portanto, deve ser prestada a cada um que a invocar de forma satisfatória e efetiva, deve substituir a atuação das partes interessadas de forma plena, pois a elas só restou o direito de pleitear essa atuação do Estado, tendo este assumido esse compromisso a partir do momento em que trouxe para si o monopólio da justiça.

## 1.4 Características da Jurisdição

Como dever e poder do Estado, a jurisdição é dotada de características peculiares, as quais serão destacadas neste subitem.

Theodoro Junior (2004, p. 34) afirma que a jurisdição consiste em uma atividade estatal “secundária”, “instrumental”, “declarativa ou executiva”, “desinteressada” e “provocada”.

É **secundária** tendo em vista que será exercida coativamente pelo Estado apenas nas hipóteses em que o conflito de interesses não for composto primariamente pelas partes envolvidas de forma espontânea, voluntária e harmônica.

Sua **instrumentabilidade** está no fato de que seu objetivo principal é dar atuação prática às regras de direito, o que a torna um instrumento do qual o próprio direito dispõe para impor-se à observância dos cidadãos.

Não há na atividade jurisdicional a elaboração, criação ou relativização de normas abstratas de direitos para as partes integrantes da relação jurídica processual. O órgão jurisdicional é provocado para declarar qual regra pré-existente a esse pedido de tutela jurídica que se aplica ao caso concreto, podendo ainda aplicar medidas de reparação ou de

sanção, de forma a eliminar incertezas, reparar transgressões e a restabelecer o império da lei, razão pela qual o seu atuar se apresenta **declarativo** ou **executivo**.

A jurisdição se apresenta, também, **desinteressada** do conflito, porque fará a aplicação da norma adequada aos sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo, e não ao órgão jurisdicional.

É em razão dessa circunstância que esse atuar fará apenas e tão somente a vontade da lei, de forma equidistante das partes às quais fará incidir a norma jurídica, ou seja, o juiz deve atuar subordinado apenas aos preceitos legais, o que lhe impõe um atuar imparcial na composição do conflito de interesses.

Conforme dito anteriormente, outra característica da jurisdição consiste no fato de que ela somente ocorrerá quando houver **provocação** da parte interessada, pois apesar de ser atividade pública do Estado, versa, na maioria dos casos, sobre interesses particulares controvertidos, o que justifica a sua não espontaneidade.

Nosso Código de Processo Civil é expresso em seu art. 2º, que dispõe que “nenhum juiz prestará tutela jurisdicional, senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

O juiz estará sempre comprometido, única e exclusivamente, à lei vigente, inclusive nos casos em que o Estado for parte na ação, pois o órgão jurisdicional deve estar totalmente desvinculado da Administração Pública.

O órgão jurisdicional tem interesse apenas na composição do litígio (paz social), é desprovido de interesse direto e imediato na relação jurídica material controvertida (objeto do processo).

A partir desses pressupostos, é que se distingue a jurisdição da administração, pois esta, ao exercer seus poderes julgando um processo administrativo e impondo a vontade da lei ao particular, atuará como sujeito diretamente interessado no objeto do processo.

Assim, por ser ato de um sujeito da relação jurídica que impõe sua vontade contra outro, a decisão administrativa não é definitiva, cabendo à parte contrária, julgando-se prejudicada, levar tal divergência à apreciação do Poder Judiciário, que pronunciará a decisão final.

No processo judicial, por seu turno, o juiz não atua em nome do Estado-Administração, mas tem como única função ocupar-se de apreciar relações jurídicas materiais travadas entre estranhos. Sendo assim, mais que imparcial, o juiz atua como um terceiro diante da relação material controvertida, ou seja, a instituição judiciária não é parte na relação material controvertida, pelo contrário, deve estar equidistante das partes.

Os autores Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 132-133), por sua vez, apontam como principais características da jurisdição o “caráter substitutivo”, o “escopo jurídico de atuação do direito”, a “lide”, “a inércia” e a “definitividade”, e as definem uma a uma, conforme se verá a seguir.

O **caráter substitutivo** ocorre tendo em vista que o exercício da jurisdição pelo Estado é uma atividade que substitui a atuação das partes envolvidas no conflito de interesses trazido por elas para a apreciação do judiciário. Salvo exceções raras, em que a autotutela é permitida em nosso ordenamento jurídico (ex.: estado de necessidade, legítima defesa, desforço pessoal em esbulho possessório) e nos casos em que ocorre a autocomposição entre as partes, não é permitido àquele que tem um interesse impor sua pretensão em detrimento da esfera jurídica alheia. Assim, por meio do órgão jurisdicional, o Estado substitui esta autotutela proibida e traz para si o monopólio de compor os conflitos que lhe são trazidos, dizendo qual é a norma aplicável ao caso concreto.

Nesse aspecto, conforme já exposto anteriormente, ao exercer a jurisdição, os juízes e demais servidores que o auxiliam não agem em nome próprio, mas como órgãos do Estado, que assumem a posição do terceiro que aplicará a lei de forma imparcial e equidistante das partes, pois não possuem interesse na causa.

Quanto ao **escopo jurídico da atuação do direito**, os citados autores explicam que as normas de direito material que compõem o ordenamento jurídico são elaboradas pelo Estado, no intuito de que sejam efetivamente aplicadas no âmbito das relações jurídicas, de forma a cumprir no meio social com os objetivos para os quais foram criadas.

É por meio da atuação jurisdicional que o Estado busca atingir, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial, ou seja, a atuação (realização) de tais normas constitui o fim da jurisdição.

Quanto a esse fim, não se pode afirmar que a atividade jurisdicional busca apenas a realização do direito material. Sua função é, também, realizar os objetivos que originaram tais normas. Em outras palavras, sendo as normas criadas pelo Estado com o fim de promover a ordem e a paz social, o escopo principal da atividade jurisdicional nada mais é que o interesse da própria sociedade.

É importante destacar, no entanto, que a realização do direito material e a pacificação social são objetivos da jurisdição em si mesma, e não das partes envolvidas no conflito a ser apreciado. As partes invocam a tutela jurisdicional com o único fim de terem sua pretensão, que está sendo resistida por outrem, satisfeita, e o Estado, por sua vez, presta tutela

jurisdicional apenas na medida em que o interesse da parte nesta tutela coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade da lei, de forma a pacificar e fazer justiça.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 134) destacam, ainda, que na maioria dos casos, a jurisdição é exercida em face de uma **lide** trazida ao Estado pela parte interessada, que busca a sua justa composição, pois somente será necessária a substituição da atuação das partes pela atividade estatal quando houver a contraposição de interesses e a impossibilidade da solução voluntária e espontânea dos envolvidos.

Prosseguindo nas características da jurisdição, os citados autores afirmam que a **inércia** decorre do fato de que só haverá a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado quando uma das partes interessadas provocarem sua atuação. Nesses termos, a atuação jurisdicional só ocorrerá em última hipótese, como última medida de pacificação social e composição de conflitos, quando não for possível a autocomposição entre as partes, e nem mesmo a autotutela (nas excepcionais hipóteses em que esta é admitida em nosso ordenamento jurídico).

Se a atividade jurisdicional fosse exercida de ofício, ao invés de pacificar, configuraria uma interferência estatal, que poderia vir a causar conflitos e insatisfações antes inexistentes, e mais: a composição do conflito acabaria sendo feita sem a devida imparcialidade, pois, ao intervir espontaneamente no caso, o juiz pode formar antecipadamente sua convicção.

Por tais razões, o direito de acesso à justiça e à prestação da tutela jurisdicional é disponível, ficando a critério do titular o seu exercício ou não, de acordo com suas necessidades.

Quanto à característica em estudo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 135) afirmam ainda que:

[...] é sempre uma insatisfação que motiva a instauração do processo. O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa, etc.) vem a juízo pedir a prolação de um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça a sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação; e com isso vem-se a inércia a que estão obrigados os órgãos jurisdicionais através de dispositivos como o do art. 2º do Código de Processo Civil (“nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional se não quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais”) [...]

A característica da **definitividade** decorre da imutabilidade que é atingida pelos atos jurisdicionais, os quais não podem mais ser revistos ou modificados devido ao instituto da coisa julgada. Esse instituto está previsto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, o qual garante a imutabilidade dos efeitos da sentença, de forma que as partes devem cumprir



seus mandamentos, sendo vedado a estas propor novamente a mesma demanda, ao juiz decidida novamente ou mesmo voltar atrás em sua decisão, bem como à própria lei atingi-la com novos mandamentos.

Nos Estados Democráticos de Direito, o órgão jurisdicional é o único órgão estatal cujo atuar possui essa característica, ou seja, o Poder Judiciário é o único órgão que compõe um conflito de interesses, o tornando insuscetível de novas decisões, sendo sempre sua a última palavra.

## **1.5 Princípios Inerentes à Jurisdição**

Quanto aos preceitos basilares que norteiam e dão as diretrizes da atividade jurisdicional, Theodoro Júnior (2004, p. 36) destaca os princípios do juiz natural, o da improrrogabilidade e o da indeclinabilidade. Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 137), por sua vez, destacam como fundamentais os princípios da investidura, da aderência ao território, da indelegabilidade, da inevitabilidade, da inafastabilidade, do juiz natural e o da inércia, e frisam que nem todos possuem previsão legal em nosso ordenamento jurídico, mas que todos são universalmente reconhecidos.

Assim, com base nos apontamentos dos citados autores, tais princípios serão conceituados nos tópicos seguintes.

### **1.5.1 Princípio do Juiz Natural**

Segundo esse princípio, a jurisdição só pode ser exercida pelo órgão ao qual a Constituição atribuiu esse poder, ou seja, partirá da Lei Maior, única e exclusivamente, a origem do poder jurisdicional, sendo vedado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção para determinadas causas, ou mesmo dar ao órgão jurisdicional estrutura diversa da que lhe foi atribuída pela Constituição.

Dispõe o inciso XXXVII, do art. 5º da Constituição Federal que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 140) explicam que esse princípio assegura a todos um julgamento independente e imparcial, conforme as premissas constitucionais, sendo que, mesmo nas hipóteses em que a própria Constituição alterar a competência do órgão jurisdicional para julgar determinada causa, somente os fatos ocorridos na vigência da nova

previsão é que serão por ela atingidos, aos fatos anteriores serão aplicadas as regras de competência vigentes quando das suas respectivas ocorrências.

Ressaltam os citados autores, ainda, que os proibidos tribunais de exceção não se confundem com as justiças especiais (Militar, Eleitoral e Trabalhista), uma vez que estas foram instituídas pela própria Constituição, anteriormente aos fatos por elas apreciados, em total consonância com o princípio ora discutido.

Segundo Moraes (2006, p. 76), as justiças especiais são, na realidade, “[...] atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário”.

Tavares (2003, p. 510) expõe que esse princípio representa, ao mesmo tempo, uma proibição imposta ao próprio Estado à criação de juízos de exceção, bem como uma garantia ao cidadão de que seus eventuais litígios serão solucionados apenas por juízos preconcebidos. E conclui, afirmando que “[...] não basta a existência de um juízo ou tribunal prévio, mas também são necessárias regras prévias e objetivas para determinação da competência dos órgãos julgadores”.

Destacando a imparcialidade e a segurança jurídica, garantidas por esse princípio aos cidadãos, contra o arbítrio estatal nos Estados Democráticos de Direito, Moraes (2006, p. 76) defende que o Princípio do Juiz Natural deve ser interpretado em sua plenitude, tendo em vista que, além de proibir a criação de tribunais de exceção, exige “[...] respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador”.

### **1.5.2 Princípio da Improrrogabilidade**

Embora alguns autores prefiram trazer os preceitos da improrrogabilidade inseridos no princípio do Juiz Natural, Theodoro Junior (2006, p. 36) os trata separadamente, destacando que os limites do poder jurisdicional em cada justiça (especiais e comuns) são impostos pela Constituição, estando o legislador ordinário proibido de modificá-los, seja para suprimi-los, seja para aumentá-los.

### **1.5.3 Princípio da Inafastabilidade ou Indeclinabilidade**

Expresso no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, esse princípio, que será explorado mais profundamente no item 3.1, garante a todos o acesso à justiça.

Ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o Princípio da Inafastabilidade ou Indeclinabilidade impõe ao judiciário a prestação da tutela jurisdicional a todo aquele que venha legitimamente provocar sua atuação.

Conforme preconizado também no art. 126 do Código de Processo Civil:

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 costumes e aos princípios gerais de direito.

A prestação da tutela jurisdicional pelo judiciário, portanto, não consiste em uma faculdade, mas em uma obrigação.

#### **1.5.4 Princípio da Investidura**

A jurisdição, conforme já dito no item anterior, consiste em um dever do Estado, que foi por ele assumida como seu monopólio, constituindo assim uma das três esferas do poder estatal.

Dessa forma, tendo em vista ser o Estado uma pessoa jurídica, a realização de suas atividades é atribuída a seus órgãos e agentes. No caso da jurisdição, o órgão que a executa é o Poder Judiciário, e figuram os juízes como os seus agentes, ou seja, as pessoas físicas investidas pelo Estado na realização de uma das suas funções.

Nesse contexto, o Princípio da Investidura preconiza que a atividade jurisdicional só poderá ser exercida por aqueles que tenham sido regularmente investidos na autoridade de juiz.

#### **1.5.5 Princípio da Aderência ao Território**

Esse princípio representa os limites em que a jurisdição será exercida, e manifesta-se, primeiramente, na soberania nacional ao território do país, pois assim como ocorre nos Poderes Executivo e Legislativo, a autoridade do magistrado impõe-se somente nos limites territoriais do Estado.

Dentro do país, a competência dos juízes é dividida em comarcas na Justiça Estadual, e em seções judiciárias na Justiça Federal, de modo que cada juiz exercerá sua autoridade nos limites atribuídos por lei à sua jurisdição.

Concluindo o conceito desse princípio, Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 138) afirmam que ele “[...] estabelece limitações territoriais à autoridade dos juízes”.

Exemplificando os limites estabelecidos por esse princípio, os citados autores destacam que, quando há em um processo a necessidade de executar atos fora dos limites em que o juiz exerce sua jurisdição, tais atos serão executados pelo juiz local, como é o caso das citações e produção de provas feitas por carta precatória, por meio da qual o juiz deprecante solicita que o juiz deprecado faça cumprir aquele ato.

### **1.5.6 Princípio da Indelegabilidade**

Esse princípio veda que quaisquer dos poderes estatais deleguem suas atribuições, pois estas estão previstas na constituição e devem ser observadas, não estando autorizado qualquer tipo de delegação, seja por parte da lei, seja por parte de seus próprios membros.

O órgão do Poder Judiciário, portanto, jamais poderá delegar a outro órgão as atribuições que lhes foram dadas pela Carta Magna, pois o magistrado não exerce função jurisdicional em nome próprio ou em função de um direito próprio; pelo contrário, ele age em nome do Estado, que o investiu para o exercício desta função pública previamente determinada pela constituição, sendo-lhe vedado que delegue as tarefas que lhe foram constitucionalmente atribuídas.

Assim, após a apresentação da origem histórica, da definição, das características e dos princípios inerentes à jurisdição, o assunto a ser abordado no próximo capítulo é a dimensão e importância dos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente assegurados aos indivíduos, cuja efetividade, em caso de violação, será obtida por seus titulares por meio da prestação da tutela jurisdicional.

## **CAPÍTULO 2 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

No capítulo anterior deste trabalho, foram expostas as considerações básicas a respeito da origem e evolução da prestação da tutela jurisdicional dos direitos e garantias fundamentais pelo Estado ao cidadão em nosso Ordenamento Jurídico.

Após essa exposição, necessário se faz demonstrar a conquista alcançada pelos indivíduos do reconhecimento e declaração dos direitos e garantias fundamentais inerentes à dignidade humana, bem como sua posterior constitucionalização, e que, além dessa positivação, imprescindível se faz a implementação desses direitos, de forma plena e imediata, a todo titular que vier a sofrer violações.

Em qualquer sistema jurídico, a previsão de direitos aos cidadãos é realizada por meio de leis, que deveriam ser observadas espontaneamente por todos os seus destinatários, pois, face ao princípio da igualdade, a todo direito corresponde um dever de observância, sendo que esta deveria ocorrer apenas do mandamento legal.

Ocorre, todavia, conforme dito no capítulo anterior, que, em razão da possibilidade dessa observância espontânea não decorrer de todos os destinatários das normas oriundas do contrato social, esse pacto previu também o órgão estatal dotado de competência e poderes para dizer de forma definitiva qual o direito aplicável em cada situação de conflitos de interesses entre os indivíduos, de forma a implementar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais a seus respectivos titulares.

Em outras palavras, diante da inobservância dos direitos e garantias fundamentais, em sua função de promover a ordem e harmonia social, o Estado foi incumbido também do poder e do dever de prestação da tutela jurisdicional, incumbência esta que delegou a uma das suas esferas de poder, o Judiciário.

Assim, neste capítulo, será abordada a importância da constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais do cidadão no Estado Democrático de Direito, e, no capítulo seguinte, será abordada a estrutura, composição e organização do Poder Judiciário, órgão incumbido da implementação e defesa desses direitos e garantias quando da insuficiência das previsões legais para a sua observância.

### **2.1 Constitucionalização dos Direitos e Garantias Fundamentais**

Para a compreensão da importância da implementação efetiva dos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente a todos, necessária se faz uma abordagem a respeito da origem e evolução da conquista e positivação de tais direitos e garantias alcançados pelos indivíduos.

Conforme já brevemente exposto em linhas anteriores, desde que o homem passou a conviver em sociedade, tornou-se necessária, para o estabelecimento do convívio harmônico entre os indivíduos, a criação de regras conformadoras de direitos e deveres, a serem seguidas por todos.

No que se refere às grandes teorias acerca dos direitos humanos (ou dos homens), Tavares (2003, p. 357-360) aborda as concepções jusnaturalista, positivista e realista de tais direitos.

O autor destaca que, tanto o **jusnaturalismo** clássico (que construiu a doutrina do direito natural objetivo), quanto o jusnaturalismo subjetivo afirmam a concepção de que o homem possui direitos que decorrem de sua própria natureza humana, que são, por tal razão, denominados naturais. Tais direitos são originários, inalienáveis, e pré-existentes à sua positivação em normas jurídicas, fato este que não decorre de outorga, mas de reconhecimento e declaração formal pelo Estado, o qual foi criado para proporcionar segurança a tais direitos.

Na **concepção positivista**, a idéia de direito pressupõe a sua positivação, sendo inconcebível a idéia de normas válidas anteriores ao surgimento do direito positivo, que se sustentam por si só, pelo simples fato de terem surgido espontaneamente da natureza. Para essa corrente, os direitos naturais não integram o Direito, e constituem, na realidade, um conjunto de regras morais, filosóficas ou ideológicas, aptas, no máximo, a influenciar o Direito, tendo este, por sua vez, cunho constitutivo e não eminentemente declaratório.

Para a **teoria realista**, por fim, não basta que ocorra a declaração (jusnaturalismo) ou a constituição (positivismo) dos direitos, mas sim que, a partir destas, ocorra o desenvolvimento de técnicas de proteção processual dos direitos fundamentais. Para essa corrente doutrinária, a validade dos direitos fundamentais, sejam eles declarados ou positivados, reside na sua real proteção, na hipótese de não serem reconhecidos por terceiros.

Pela concepção realista dos direitos consagrados aos indivíduos em normas abstratas, já é possível visualizar a necessidade de órgãos estatais responsáveis pela realização dos mecanismos de proteção de tais direitos, questão esta que figurará como a principal abordagem deste capítulo, pois se refere diretamente ao Poder Judiciário, que, por meio da

prestação da tutela jurisdicional, proporciona a efetividade aos direitos e garantias fundamentais.

Antes de abordar a evolução cumulativa com que os direitos e garantias fundamentais foram sendo reconhecidos e positivados em nossas constituições federais, até atingirem o status que atualmente conhecemos, é importante estabelecermos as diferenças entre os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”.

Como bem lecionam Motta e Barchet (2007, p. 147), em uma concepção material, os **direitos fundamentais** apresentam uma variação, de acordo com a sociedade politicamente organizada, no seio da qual são assegurados como essenciais, bem como de acordo com o período histórico a que se referem. Do ponto de vista formal, no entanto, são direitos fundamentais aqueles que se encontraram expressamente previstos nas constituições dos Estados, seja em tópico especificamente a eles destinado, seja de forma esparsa ao longo do texto constitucional, ou implicitamente, não se encontrando no texto constitucional, mas dele decorrendo.

Assim, unindo as concepções material e formal, os citados autores definem os direitos fundamentais como:

[...] **o conjunto de direitos que em determinado período histórico e em certa sociedade, são reputados essenciais para seus membros, e assim são tratados pela Constituição, com o que se tornam passíveis de serem exigidos e exercitados, singular ou coletivamente.**

Quanto à definição de **direitos humanos**, Motta e Barchet (2007, p. 148) afirmam que, de acordo com a teoria jusnaturalista (anteriormente apontada), são os direitos reconhecidos como inerentes à própria natureza humana, dos quais o ser humano é titular pelo simples fato de existir, e que estão totalmente desvinculados da sociedade e do período histórico a que se referem, bem como de previsão expressa em qualquer documento jurídico. Em outras palavras, os autores os conceituam como sendo direitos dotados de caráter inviolável, universal e atemporal, e concluem que:

[...] os direitos humanos explicitamente prescritos no texto constitucional, e, portanto, delimitados no tempo e no espaço, são os direitos fundamentais. Enquanto os direitos humanos têm um caráter **universal** válido para todas as épocas e todos os lugares, os direitos fundamentais têm caráter **relativo**, pois variam conforme a época e o local, já que correspondem ao conjunto de direitos positivados na Constituição em vigor em determinado Estado.

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho (1989, p. 526) apud Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 108-109):

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são freqüentemente utilizadas por sinónimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Assim, passaremos a abordar a evolução dos direitos fundamentais atualmente contemplados em nossa Constituição Federal, até chegarem à atual disposição.

### **2.1.1 Dimensões dos Direitos Fundamentais**

A existência de dimensões de direitos fundamentais decorre do fato de que o reconhecimento desses direitos não se estabeleceu de forma única, mas em um processo de conquista alcançada pelos indivíduos em face do poder estatal ao longo da história, de forma que cada nova conquista foi sendo acrescida aos direitos fundamentais já consolidados.

Moraes (2006, p. 25) destaca que a positivação desses direitos dentro do texto constitucional implica em limite e meio de defesa conferido ao cidadão, tanto em face dos demais indivíduos componentes de determinada sociedade, quanto em face do próprio poder estatal (limitação do poder político).

Segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 265-266) a afirmação de tais direitos, que constituem o núcleo da dignidade da pessoa humana, no texto constitucional, decorre do reconhecimento das constituições como norma suprema no ordenamento jurídico, que, nessa condição, resguardarão esses valores, que são inerentes e imprescindíveis à existência humana, por meio de sua força vinculativa máxima.

Assim como Moraes, os autores destacam a previsão de tais direitos como forma de limitação do poder estatal, uma vez que, decorrendo da própria natureza humana (visão jusnaturalista), pré-existem ao Estado, tendo este sido criado justamente para garanti-los a todos os cidadãos. Essas idéias de limitação passaram a ser positivadas a partir da Declaração de Direitos de Virgínia (1776), que foi seguida pela Declaração Francesa (1789).

O termo “dimensões” dos direitos fundamentais, portanto, justifica-se pela construção desses direitos, que foram surgindo, sendo reconhecidos e positivados, de acordo com as necessidades humanas ao longo da história, não havendo superação dos mais recentes



sobre os precedentes, mas sim uma coexistência de uns com os outros. É por tais razões que a maioria da doutrina prefere a utilização do termo “dimensões” ao termo “evoluções” ou “gerações” de direitos, pois essas duas últimas expressões indicam a superação dos novos direitos sobre os que os antecedem.

A construção e conquista desses direitos, que se deu ao longo da história até os dias atuais, é dividida basicamente em três dimensões.

Em síntese, Motta e Barchet (2007, p. 149) destacam que a primeira é composta pelos direitos civis e políticos, que correspondem às liberdades clássicas (princípio da liberdade); a segunda, pelos direitos sociais, econômicos e culturais (princípio da igualdade); e a terceira, pelos direitos vinculados ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente (ideal de fraternidade), que, conjugadas, formam o tríptico ideário da Revolução Francesa do século XVIII da “liberdade, igualdade e fraternidade”.

A seguir, será feita uma abordagem de cada uma dessas dimensões de direitos.

#### 2.1.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

Essa dimensão representa as liberdades públicas (direitos civis e políticos), que abrangem a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade, e representam instrumento de limitação ao poder legiferante estatal, e, conforme Motta e Barchet (2007, pág. 149/150) afirmam, são frutos do Estado Liberal, cuja efetiva positividade se deu na Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e, posteriormente, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (Revolução Francesa-1789).

Os citados autores caracterizam tais direitos como direitos de defesa, que exigem uma atuação negativa do Estado, um não agir em benefício da liberdade do indivíduo, a exigência da abstenção estatal em relação à esfera jurídica individual.

Tais direitos referem-se ao homem individualmente considerado, que, assegurando ao indivíduo a vida, a intimidade, a inviolabilidade de domicílio, a liberdade de culto e religião, de participação política, entre outros, buscam o afastamento do Estado das relações individuais e sociais, restando a este ente apenas a guarda dessas liberdades, sem qualquer tipo de interferência em tais relações.

#### 2.1.1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

Esses direitos estão relacionados à área econômica, social e cultural, e, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, exigem uma postura positiva do Estado, por meio da qual se objetiva alcançar uma igualdade real entre os indivíduos, estando ligados à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc. (MENDES, COELHO e BRACO, 2007, p. 268).

Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 117) destacam, de forma pontual, que esses direitos visam a proporcionar ao ser humano “[...] condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna [...]”, e, em razão deste objetivo, clamam pela atuação estatal, no sentido de minorar ao máximo os problemas sociais (direito positivo).

A importância dessa dimensão de direitos, segundo Tavares (2003, p. 370), está no seu objetivo de oferecer meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais, que vem a acrescer à idéia de proteção dos indivíduos contra o poder estatal (primeira dimensão) a idéia de que devem ser exigidas condutas positivas do Estado na satisfação dos direitos já conquistados, ou seja, visa dar meios materiais propiciadores do efetivo desfrute das liberdades e direitos individuais.

Nesse mesmo sentido, Motta e Barchet (2007, p. 151) afirmam que:

Percebeu-se que não basta o reconhecimento formal da igualdade e a garantia da liberdade individual para se assegurar um pleno desenvolvimento da sociedade como um todo, já que a maioria de seus membros não dispunha de condições reais para obter condições dignas de existência. Para que tal intento fosse atingido era indispensável que o Estado assumisse o papel atuante perante a sociedade, pois apenas o ente estatal, distanciado de interesses próprios, estaria apto a criar condições para um efetivo desenvolvimento da integralidade dos membros da coletividade. Nessa nova perspectiva, impõe-se ao Estado a implementação de **políticas públicas** que criem as condições de igualdade material almejadas. Dai, porque os direitos são também chamados de *direitos dos desamparados* ou *direitos do bem-estar*. Com sua afirmação temos a superação do Estado Liberal pelo Estado Social, intervencionista na sociedade.

De acordo com os fins a que se propõe essa segunda dimensão de direitos, pode-se concluir que realmente não surgiram para substituir, mas sim para acrescer e complementar a conquista de direitos anterior (primeira dimensão), e, além disso, desde este momento, já se chegou à conclusão de que não basta a positivação dos direitos inerentes à existência humana em cartas constitucionais, mas que essa positivação venha acompanhada de medidas que promovam a sua implementação efetiva.

### 2.1.1.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão

Enquanto os direitos de primeira e segunda dimensões possuíam destinatários específicos, os direitos de terceira dimensão destinam-se não à proteção do homem considerado em sua individualidade, mas sim à coletividade como um todo; possuem titulares indeterminados ou de difícil determinação, e, por tal razão, são denominados direitos difusos e coletivos.

No que diz respeito a essa nova categoria de direitos, que passou para a esfera de proteção jurídica como a terceira dimensão de direitos fundamentais, Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 117) expõem que:

Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida a essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.

Motta e Barchet (2007, p. 152) destacam a vinculação desses direitos aos ideais de fraternidade ou solidariedade, que buscam uma ligação entre as gerações presentes e as futuras, no sentido de que depende daquelas a qualidade de vida que será auferida por estas. Os autores exemplificam tais direitos como “[...] os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, à conservação do patrimônio histórico e cultural, à comunicação [...]”, entre outros.

A preocupação com a proteção trazida por esses direitos decorre basicamente de duas razões, conforme afirmam os citados autores, sendo elas: o uso nocivo das modernas tecnologias que vêm surgindo, em detrimento dos direitos fundamentais, e também as desigualdades econômicas e sociais existentes entre as diferentes nações. As conseqüências desse problema afetam o mundo todo e, por tal razão, exigem direitos de proporções globais como forma de solução.

### **2.1.2 Caráter Aberto e Mutável dos Direitos Fundamentais**

Tendo em vista a forma progressiva na qual foram se consolidando ao longo da história, conclui-se que os direitos fundamentais não podem ser tidos como direitos fixos, estáticos e imutáveis, pois seu conteúdo sofre constantes e paulatinas conformações e adequações na passagem de um período histórico para outro.

Motta e Barchet (2007, p. 154) demonstram o período histórico de cada dimensão desses direitos, expondo que a sua primeira dimensão é fruto da Revolução Francesa, que, como já dito, engloba os direitos civis e políticos (propriedade, liberdade, participação política, etc.). A segunda dimensão ocorreu no alvorecer do século XX, ligada ao princípio da igualdade, de cunho social, econômico e cultural (previdência social, condições dignas de trabalho, diversidade de ideologias, etc.). A terceira dimensão se consolidou, por fim, no pós guerra mundial, cujo caráter é difuso, se destinando a toda a sociedade e não a indivíduos em particular, e de fruição coletiva (meio ambiente equilibrado, paz, autodeterminação dos povos, comunicação sem fronteiras, etc.).

Em seguida, os autores concluem que a consolidação desses direitos no decorrer da história demonstra seu caráter aberto e ilimitado, que admite sua complementação “[...] por outros direitos a partir da constatação de sua importância para o desenvolvimento pleno da sociedade”.

E destacam, ainda, que essas transformações que os direitos fundamentais sofrem não se limitam apenas ao aspecto quantitativo, mas também ocorrem no qualitativo, dada a diversidade de significado e o alcance auferido por esses direitos ao longo da história, como ocorre com o direito de participação política, que, a princípio, destinava-se apenas a pessoas do sexo masculino e detentores de alto nível econômico e cultural, e, atualmente, possui apenas a restrição quanto à idade de seus titulares, não dispondo de mais nenhum requisito.

Após a exposição das três dimensões de direitos fundamentais, merece destaque a conclusão de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 268), no sentido de que a divisão em dimensões dos direitos fundamentais justifica-se apenas para situar os momentos em que esses grupos de direitos surgiram e ganharam reconhecimento perante a ordem jurídica, pois cada nova dimensão passa a coexistir com as anteriores, sem qualquer tipo de suplantação de uma sobre a outra.

Os autores explicam que tal circunstância não exclui, entretanto, o fato de que o significado das dimensões anteriores venha a sofrer influxos das concepções jurídicas e sociais presentes nos novos momentos, e finalizam dizendo que todos esses direitos devem ser situados num contexto de unidade e indivisibilidade, em que os direitos de uma geração interagem com os de outras, ocorrendo uma compreensão.

Dessa forma, o caráter aberto dos direitos fundamentais decorre do fato de estarem sendo constantemente completados por novos direitos, já o caráter da mutabilidade se explica pelo alcance e sentido que os contempla de acordo com cada período histórico.

### 2.1.3 Características dos Direitos Fundamentais

Exposta a construção e reconhecimento dos direitos fundamentais, que foram sendo gradualmente positivados em textos constitucionais como normas invioláveis ao longo da história, resta definir quais são as suas características básicas, a fim de tornar possível a sua identificação, uma vez que, embora reconhecidos universalmente, não há uma homogeneidade na estrutura jurídica que os contempla nos Estados Democráticos. Além disso, a necessidade de sua identificação encontra-se no fato de que eles nem sempre vão aparecer de forma explícita ao longo do texto constitucional.

#### 2.1.3.1 Universalidade

Essa característica dos direitos fundamentais se explica pelo seu âmbito de incidência, pois seus destinatários são todos aqueles que se encontram no Estado onde estejam em vigor esses direitos.

Nas palavras de Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 122):

Os Direitos Fundamentais são universais, ou seja, sua razão de existir faz com que sejam destinados ao ser humano enquanto gênero.  
[...] Afirmar os Direitos Fundamentais, portanto, é sublimar o valor do ser humano enquanto tal, independentemente de qualquer outra configuração, de caráter social, econômico, racial, de origem, etc.

Motta e Barchet (2007, p. 161) também destacam que não existe qualquer tipo de distinção quanto à raça, à idade, ao sexo, ou à religião para a incidência desses direitos. Esclarecem que existem algumas particularidades, segundo as quais alguns desses direitos se aplicam a pessoas físicas, outros a pessoas jurídicas, e outros a ambos, o que, no entanto, não afasta seu caráter universal.

#### 2.1.3.2 Intransmissibilidade/Inalienabilidade/Indisponibilidade

Os direitos fundamentais não podem ser transferidos por seus titulares a terceiros, seja o ato de disposição a título gratuito (doação) ou oneroso (compra e venda).

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 276) ressaltam que o direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado por si mesmo, física (destruição material do bem) ou juridicamente (atos de disposição), e citam como exemplo o direito à

integridade física, cujo titular está impedido de vender parte de seu corpo ou função vital, bem como de se mutilar voluntariamente.

Essa característica está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, que, como fundamento dos direitos fundamentais, os torna inalienáveis, indisponíveis e intransmissíveis, pois, ao abrir mão de tais direitos, conseqüentemente seu titular abriria mão de sua dignidade, que é inerente à condição humana, o que não é admissível nos Estados Democráticos de Direito.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 277) acrescentam que as características ora analisadas devem recair apenas sobre os direitos que resguardam diretamente a potencialidade do homem de se auto determinar e de ser livre, como todos aqueles que visam resguardar a vida biológica (que proporcionam substrato físico para o conceito de dignidade) e as condições normais de saúde física e mental (liberdade de tomar decisões sem coerções externas), sendo que a inobservância a estas características culminaria na nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, dos contratos que alienem, transmitam ou disponham de tais direitos.

#### 2.1.3.3 Imprescritibilidade

Segundo essa característica, não existe limitação temporal ao exercício dos direitos fundamentais, não incidindo sobre eles, portanto, requisitos que importem na sua prescrição.

A prescrição, segundo Silva (2006, p. 181), é um instituto jurídico que somente atinge a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, o que não é o caso dos direitos fundamentais, que são personalíssimos, não havendo prazo prescricional para seu exercício.

#### 2.1.3.4 Irrenunciabilidade

Não é dada ao titular dos direitos fundamentais a possibilidade de a eles renunciar, permitindo-se que, no máximo, deixe de exercê-los em determinadas situações.

Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 125) justificam essa característica no fato de tais direitos serem intrínsecos à condição humana, e que, por tal razão, parte-se da premissa de que todos os indivíduos são titulares de um rol mínimo de proteção imprescindível a essa condição humana, ao qual não é dado nem mesmo ao indivíduo renunciar.

#### 2.1.3.5 Historicidade

Os principais pontos dessa característica já foram citados nos itens anteriores deste capítulo, pois a historicidade se resume esta basicamente na variação de seu sentido e amplitude de acordo com cada período histórico que se leva em consideração.

Nas palavras de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 275), “[...] os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico”.

Os autores explicam que esses direitos fundamentais têm índole evolutiva, pois, no decorrer da história, podem ser declarados em determinada época, serem extintos em outras, ou irem sofrendo modificações de uma época para outra.

O processo de formação dos direitos fundamentais é gradual; decorre das lutas travadas pelos indivíduos em prol de novas liberdades em face do poder estatal, pois, na medida em que este aumenta sua esfera de abrangência, causando novas ameaças às liberdades individuais, os titulares dessas liberdades passam a exigir sua proteção, mediante o reconhecimento de novos direitos fundamentais, que constituem, na realidade, novos limites do poder estatal.

Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 119-120) destacam os principais marcos históricos de reconhecimento dos direitos fundamentais, cuja consolidação, baseada na idéia de que o homem (imagem e semelhança de Deus) é destinatário de direitos mínimos naturais que lhe preservem a essência humana a auto determinação, ocorreu com o advento do cristianismo.

Após a Idade Média, período em que sofreu uma estagnação, a questão dos direitos fundamentais passou a ser objeto de declarações de direitos, o que ocorreu de forma sucessiva e crescente. A declaração pioneira foi a Magna Carta de 1.215, que foi sucedida pelo *Bill of Rights*, pelas declarações de direitos norte-americanas dos Estados da Virgínia e Pennsylvania (1.776) e pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da França (1.789).

Os autores dão destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1.948, editada na ONU, na qual afirmam que praticamente sacramentalizou-se a idéia de reconhecimento universal dos direitos humanos, e concluem que:

[...] ao longo desse processo, esses direitos humanos declarados universal e internacionalmente foram sendo objeto do chamado fenômeno da constitucionalização, ou seja, de declarações universais, passaram a integrar concretamente os ordenamentos jurídicos dos países, transformaram-se em normas jurídicas, geradoras de direitos subjetivos dos indivíduos e penetrando, até mesmo com maior rigor protetivo, as Constituições dos Estados.

Assim, é possível concluir que a construção e reconhecimento dos direitos fundamentais, contemplados atualmente em nossa Constituição, decorreu das conquistas auferidas pelos indivíduos ao longo da história, referentes às liberdades que foram se fazendo necessárias aos indivíduos, de acordo com cada época, como forma de limitação do poder estatal (a cada ingerência arbitrária deste na estrutura individual) e de proteção da dignidade humana.

Foi devido à importância e imprescindibilidade desses novos direitos para os indivíduos que, sempre objetivando sua observância por todos, inclusive pelo próprio Estado (que deveria também prover os meios para sua proteção), houve primeiro o seu reconhecimento por declarações de direitos e, posteriormente, a sua positivação perante o ordenamento jurídico de cada Estado, na maioria dos casos pela sua inserção nas respectivas constituições (maior poder de vinculação).

Em outras palavras, a chamada constitucionalização dos direitos fundamentais, na posição de norma jurídica e de direito subjetivo do indivíduo, possibilitou que, no caso de sua inobservância, esses direitos possam vir a ser reclamados judicialmente, tanto em face de outro indivíduo, quanto do Poder Público.

#### 2.1.3.6 Constitucionalização

Conforme já exposto no tópico acima, a constitucionalização decorre da inserção dos direitos fundamentais nas Constituições dos Estados, na medida em que foram sendo reconhecidos como imprescindíveis ao homem.

É essa positivação dos direitos fundamentais que traz a já citada distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, de acordo com a qual estes últimos são os previstos e assegurados como norma jurídica aos cidadãos, dentro da organização jurídica de cada Estado, ao passo que aqueles são reconhecidos em caráter universal ao homem, de forma global, independente de a qual Estado pertençam.

Nas palavras de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 278) os direitos fundamentais são:

[...] direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.



Em que pese essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, os autores ressaltam que estes não são estanques e incomunicáveis entre si, mas que gozam de interação recíproca, pois ocorre tanto de as declarações internacionais acolherem em seus textos direitos fundamentais, como de serem acolhidos e positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados, direitos já proclamados em declarações internacionais, como é o exemplo da Declaração Universal de 1948, que inspirou inúmeras constituições do pós-guerra.

### 2.1.3.7 Vinculação dos Poderes Públicos

Essa característica está diretamente ligada à constitucionalização, pois, uma vez contemplados no ordenamento jurídico do Estado, os direitos fundamentais passam a vincular as três esferas do Poder Público, pois representam uma limitação ao poder estatal.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 279-284) abordam a vinculação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos a cada uma das esferas de poder.

No que diz respeito ao Poder Legislativo, não só as leis por ele editadas devem estar em consonância com a estrutura de direitos fundamentais, como também, em alguns casos, haverá a necessidade da edição de leis infraconstitucionais regulamentadoras desses direitos, sob pena de interposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção.

Além disso, em que pese o poder de reforma da Constituição, o legislador o exercerá sempre em consonância com os limites previstos no art. 60, §4º da Constituição Federal, que veda a edição de emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

Em relação ao Poder Executivo, sua atuação administrativa também deverá ocorrer em total consonância com os direitos fundamentais, pois serão nulos os atos administrativos que vierem a ser praticados com ofensa a esses direitos.

Tanto na interpretação e aplicação da lei, quanto no exercício de atividade discricionária, o administrador público deve se pautar nos limites estabelecidos pelo sistema de direitos fundamentais.

A vinculação do Poder Judiciário ao sistema de direitos fundamentais, por fim, decorre da própria essência da sua função de defesa dos direitos violados ou ameaçados de violação (art. 5º, XXXV, da CF/88), pois, ao exercerem o controle dos demais poderes, os tribunais defendem também o conteúdo dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

No exercício de suas funções, o Poder Judiciário deverá estar sempre buscando proporcionar a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais, uma vez que lhe é conferido o poder e dever de proferir suas decisões sempre em consonância com esses direitos, e também de recusar aplicação a preceitos legais que não os respeitem.

#### **2.1.4 Destinatários dos Direitos Fundamentais**

Quanto aos destinatários ou titulares desses direitos, Motta e Barchet (2007, p. 155) expõem, primeiramente, que o constitucionalismo moderno consagra o princípio da universalidade, o qual determina que cada Estado garanta os direitos fundamentais a “[...] toda e qualquer pessoa física ou jurídica privada que esteja localizada dentro de seu território”. Embora esses direitos tenham sido conquistados objetivando dar proteção ao ser humano, atualmente o ser humano é o seu principal titular, estendendo-se referida proteção também às pessoa jurídicas, exceto no que diz respeito aos direitos que possuem características inerentes ao ser humano (ex.: vida, liberdade de locomoção, assistência social, etc.).

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 305) destacam que há direitos fundamentais em nossa Constituição que, por sua natureza, têm como titulares as pessoas jurídicas, tais como o direito de não-interferência estatal no funcionamento de associações (art. 5º, XVIII, da CF/88) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas. Apontam, também, que há direitos fundamentais que se destinam tanto à pessoa jurídica, quanto à pessoa física, como o princípio da igualdade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o direito do sigilo de correspondência, o direito de inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, entre outros. E destacam, por fim, aqueles cuja titularidade só pode ser atribuída às pessoas físicas, como os que dizem respeito à prisão (art. 5º, LXI, da CF/88), os direitos políticos, os direitos sociais, etc.

Moraes (2006, p. 29-30), no que diz respeito à titularidade dos direitos e garantias fundamentais, cita a previsão do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O autor destaca que a expressão “residentes no Brasil” determina essa proteção dos direitos fundamentais dentro do território nacional, o que abrange o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, e conclui que:

[...] o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais.

Importante ressaltar, por fim, que, assim como as pessoas jurídicas privadas, as entidades estatais, enquanto pessoas jurídicas de direito público, podem também ter a titularidade de determinados direitos fundamentais.

Motta e Barchet (2007, p. 156) afirmam que, embora em regra as pessoas jurídicas ocupem o pólo passivo das relações jurídicas referentes aos direitos fundamentais, em determinadas situações poderão vir a ocupar o pólo ativo dessas ações, como ocorre com o direito de propriedade, com os direitos de requisitar bens e serviços e de desapropriar bens particulares, entre outros.

### **2.1.5 Pólo Passivo dos Direitos Fundamentais**

Com base no processo de construção e reconhecimento dos direitos fundamentais anteriormente exposto, é possível concluir que o Estado figura como principal ente sobre o qual recairão as obrigações decorrentes de tais direitos.

Tal fato, nas palavras de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 309), justifica-se tendo em vista que “A finalidade para a qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos consistia, exatamente, em estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais”.

Os autores destacam que, com o advento das crises sociais e econômicas do século XX, no entanto, o Estado deixou de ter apenas o papel de opressor dos direitos individuais e assumiu a função de proporcionar aos indivíduos condições para o efetivo gozo dos direitos conquistados.

Nesse mesmo contexto, passa-se a ter a concepção de que não só o Estado, como também quaisquer outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos, e até mesmo outros particulares, poderiam praticar atos tendentes a restringir ou mesmo a suprimir o gozo das liberdades individuais.

A respeito da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, Motta e Barchet (2007, p. 157) explicam que, a princípio, os direitos fundamentais eram exercidos em relações marcadas pela verticalidade, nas quais o Estado, em posição de supremacia em relação aos indivíduos, ocupava o pólo passivo, tendo apenas as obrigações de omissão ante o

particular (em prol do respeito à liberdade individual) e de ações direcionadas à satisfação do exercício dos direitos fundamentais pelos indivíduos.

Modernamente, no entanto, ante a admissão do alcance dos direitos fundamentais sobre relações eminentemente particulares, nas quais não há participação do Estado, não há a predominância de quaisquer das partes, caracterizando assim a horizontalidade de tais relações.

Sobre essa verticalidade e horizontalidade das relações jurídicas relativas aos direitos e garantias fundamentais, Tavares (2003, p. 373) afirma, em síntese, que:

O reconhecimento dos direitos humanos não deve mais operar apenas “verticalmente”, ou seja, na relação existente entre liberdade-autoridade, entre particular-Estado. Há uma tendência atual para reconhecer e privilegiar, também, a chamada eficácia horizontal dos direitos humanos (e fundamentais). Essa “nova dimensão”, contudo, não ignora a anterior, nem pretende sobrepor-se a ela. Apenas pretende agregar valores àqueles já consagrados.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 311), por sua vez, ressaltam que, em nosso ordenamento jurídico, existem direitos fundamentais que foram concebidos com o objetivo de serem exercidos em face de particulares, como os direitos relacionados ao trabalho, cuja eficácia direta incide sobre empregadores privados (direito a férias remuneradas com adicional de 1/3 do salário normal), e o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V, da CF/88), cujo sujeito passivo será o órgão de empresa particular no qual a ofensa foi veiculada.

Os autores destacam também a existência de direitos fundamentais que vinculam apenas o Estado como sujeito passivo, como é o caso das previsões contidas nos incisos LXXIV, LXXV e XXXIV, do art. 5º da Constituição Federal.

Nas palavras de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 310):

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma ficção objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-lo respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si.

Sendo assim, concretiza-se a concepção de que todos os setores da vida civil devem observância aos direitos fundamentais, cuja força vinculativa decorre do fato de constarem de normas de hierarquia máxima (constitucionalismo), cabendo ao Estado, além de observá-los, impedir a sua violação por qualquer ente da sociedade, e, ainda, promover meios para a sua efetividade, uma vez que constituem princípios e valores básicos da ordem jurídica e social.

### **2.1.6 Caráter Relativo dos Direitos Fundamentais**

Conforme já exposto, existe um rol significativo de direitos fundamentais que foram sendo reconhecidos e assegurados ao ser humano ao longo da história, e, posteriormente, positivados nas Constituições de cada Estado (constitucionalismo).

Nesse contexto, não se pode afirmar a ausência de limites ao exercício de cada um desses direitos, uma vez que a aplicação de um direito fundamental encontra limite exatamente em todos os outros direitos fundamentais da mesma forma reconhecidos e previstos no Ordenamento Jurídico.

Nas palavras de Tavares (2003, p. 375), os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, no sentido de que não podem ser aplicados ao caso concreto como máximas absolutas. Nessa aplicação, será necessário sempre levar em consideração as circunstâncias e valores constitucionais, pois:

Os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Muito embora constituam verdadeiros limites ao poder estatal em prol das liberdades individuais, tendo sido preconizados por meio de normas jurídicas que gozam de supremacia máxima nos sistemas jurídicos (constituições), os direitos fundamentais encontram limites em sua aplicação, tanto quando enfrentam outros valores constitucionais, quanto quando confrontam outros direitos fundamentais.

Ao proferir afirmação nesse mesmo sentido, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 275) exemplificam essa relatividade com a previsão expressa da Constituição Federal referente à possibilidade de haver pena de morte no Brasil em caso de guerra formalmente declarada (art. 5º, XLVII, “a”, da CF/88), de acordo com a qual nem mesmo o direito à vida possui aplicação absoluta.

### **2.1.7 Colisão dos Direitos Fundamentais**

Exposto o caráter relativo dos direitos fundamentais, é possível concluir que várias serão as ocasiões em que ocorrerá o confronto entre distintos direitos fundamentais a serem exercidos por seus respectivos titulares em determinadas circunstâncias, configurando-se, assim, a colisão de direitos fundamentais, que é melhor conceituada por Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 123) como “[...] situações em que o concreto exercício de um direito fundamental implica a invasão da esfera de proteção de outro direito fundamental.”

Para solucionar tais conflitos, Motta e Barchet (2007, p. 159) destacam que não haverá a supressão absoluta de um dos direitos fundamentais, pois não se extrai da solução a superioridade hierárquica de um direito sobre o outro, mas por ela haverá a harmonização de ambos os direitos colidentes, de forma a reduzir o alcance semântico de cada um, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, não havendo, portanto, uma fórmula específica para o alcance de tais soluções.

Ao abordar o assunto, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 318-319) fazem, primeiramente, uma classificação das normas jurídicas em princípios e regras, para então abordar a questão dos conflitos de direitos fundamentais.

As regras são aquelas que exigem, proíbem ou permitem algo diante da ocorrência de um determinado fato, e, em havendo conflito entre duas regras distintas, não haverá redução do âmbito de aplicação de uma delas; a solução se dará pela validade e não haverá convivência simultânea de ambas no ordenamento jurídico.

Os princípios, por sua vez, espécies de norma que contemplam a grande maioria dos direitos fundamentais, requerem, por suas determinações, que se promova a satisfação e proteção de bens jurídicos da melhor forma que as circunstâncias fáticas e jurídicas permitirem, e, por visarem essa otimização, serão aplicados em graus diferenciados, de acordo com cada caso.

Em razão de sua forma de aplicação, o critério de validade (aplicável às regras) não será utilizado nos conflitos entre princípios. Nesse caso, deverá haver conciliação entre ambos os princípios, e, tendo por base a relevância do caso concreto, cada princípio se aplicará em extensões variadas, de modo que um não prevalecerá sobre o outro em razão de contradições.

Os autores exemplificam, destacando que os direitos fundamentais previstos na Constituição da liberdade de expressão e da pretensão à privacidade do retratado podem entrar em conflito, no caso de uma publicação jornalística que verse sobre a vida de determinada pessoa. A aplicação de ambos os direitos seria contraditória. Assim, na solução desse caso concreto, deve-se levar em consideração as suas circunstâncias, pesando-se os interesses em conflito, para fazer prevalecer um dos princípios neste caso específico.

A solução, portanto, se baseará em um juízo de ponderação, de acordo com o qual se realizará o sacrifício de determinado direito, não sendo exigível outro meio menos danoso à obtenção do resultado buscado, de forma que o ônus desse sacrifício não ultrapasse a extensão do benefício obtido. Em outras palavras, será feita uma análise da proporcionalidade dos direitos em confronto.

Assim, no que se refere ao citado exemplo, o autor pondera que, tratando-se de indivíduo com vida pública ativa, a publicação de sua vida particular se justificará em virtude da necessidade da sociedade de verificar se a vida daquela pessoa, que vive do prestígio público, condiz com o que pretende fazer crer, prevalecendo assim o direito à liberdade de imprensa. Haveria prevalência do direito à privacidade, por outro lado, se o indivíduo que teve sua vida particular como alvo de publicações não fosse pessoa que depende profissionalmente de sua imagem pública, pois, neste caso, não se justifica a interferência da imprensa em sua liberdade.

A respeito do assunto, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 320) expõem que:

O exercício da ponderação é sensível à idéia de que, o sistema constitucional, embora as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser *ponderado*. Há de se levar em conta, igualmente, o *grau de interferência* sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão.

Sendo assim, o exercício do juízo de ponderação, em consonância com o princípio da proporcionalidade, faz com que haja uma variação da amplitude que determinado princípio constitucional atingirá ao ser aplicado, a ser determinada pelas peculiaridades de cada situação conflituosa. Não há, portanto, um critério fixo para a solução de conflitos entre tais princípios, pois essa tarefa deve se pautar nos valores sociais predominantes, na busca de um resultado justo, técnico e com respaldo social.

### **2.1.8 Direitos x Garantias**

Embora recebam o mesmo tratamento constitucional, os direitos e garantias fundamentais não são termos sinônimos, pois, segundo Motta e Barchet (2007, pág. 160), os direitos são os bens da vida contemplados constitucionalmente por meio de declarações, já as

garantias constituem instrumentos que visam assegurar a plena fruição dos bens da vida já declarados e são contempladas constitucionalmente por meio de disposições assecuratórias.

Moraes (2006, p. 28) diferencia os direitos das garantias fundamentais no direito brasileiro, e, retomando a Rui Barbosa, afirma que:

[...] ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação das garantias com a declaração do direito.

Ao prever os direitos fundamentais, atribuindo sua titularidade a todas as pessoas (físicas ou jurídicas) que se encontrem no território nacional, nossa Constituição preocupou-se também em prover instrumentos que assegurassem esses direitos a seus titulares, em caso de violação, instituindo também as garantias fundamentais.

Os direitos, então, representam tudo aquilo que o seu titular pode gozar, pois existem de forma autônoma, como os direitos à vida, à liberdade, à honra, à segurança, etc.

As garantias, por sua vez, constituem em todas as previsões que visam a assegurar o gozo dos direitos; têm caráter assessorio e instrumental de proteção de direitos, e, segundo Motta e Barchet (2007, p. 161), na função de instituições jurídicas, serão os instrumentos para defesa dos direitos dos indivíduos em face dos poderes públicos, principalmente o Judiciário, ou seja, garantem a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como é caso do habeas corpus, do habeas data, do mandado de segurança, do mandado de injunção, da ação popular, etc.

Conforme o mencionado no início deste capítulo, após o estudo da conquista e positivação dos direitos e garantias fundamentais, bem como da sua atual previsão em nosso Ordenamento Jurídico, o objeto de estudo do capítulo seguinte será o órgão responsável pela prestação da tutela jurisdicional desses direitos (Judiciário), que consiste em dar-lhes efetividade quando de sua violação.



## **CAPÍTULO 3 – JURISDIÇÃO EM FACE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Uma vez reconhecidos, declarados e positivados no texto constitucional, os direitos fundamentais carecem de instrumentos que garantam sua fruição plena e efetiva por seus titulares, nas hipóteses em que o simples mandamento constitucional que os declarou seja insuficiente à sua observância, seja por parte do próprio Poder Público, seja por parte dos outros indivíduos.

Conforme exposto no Capítulo 1 deste trabalho, o Estado, ao vedar a autotutela, assumiu para si a função de dizer qual o direito aplicável, nas hipóteses em que um indivíduo tem seu direito violado por outro, que não observou espontaneamente as previsões legais, função esta que consiste no monopólio da jurisdição e que foi delegada pelo Estado a uma das suas três esferas de poder, o Judiciário.

Dada a insuficiência da declaração dos direitos fundamentais, ainda que em normas de hierarquia máxima, para que seus titulares obtenham efetiva fruição, o Poder Judiciário é o principal responsável por promover referida efetividade aos direitos fundamentais em razão do dever e poder acima descritos que lhe foram incumbidos, daí sua relevância nos Estados Democráticos de Direito.

### **3.1 Princípio do Acesso à Justiça**

Esse princípio, também denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, foi contemplado pelo legislador constituinte no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, como forma de consagração da tutela judicial dos direitos fundamentais.

Conforme expõem Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 539), esse princípio constitui garantia geral da tutela judicial efetiva, que vem acompanhada das garantias especiais já citadas anteriormente, como o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data, o mandado de injunção, entre outras, as quais também constituem garantia de tutela efetiva dos direitos fundamentais.

Neste trabalho, por questão de pertinência com seu tema central, será feita uma abordagem mais detalhada apenas dessa garantia geral (acesso à justiça).

Tavares (2003, p. 497) afirma que esse princípio configura um dos poderes do Estado Democrático de Direito, pois assegura às leis que, embora regularmente editadas pelos representantes populares, não tenham sido respeitadas, tenham um órgão responsável por prover sua efetiva observância. Essa garantia, além de delegar ao Judiciário a função de promover a efetividade dos direitos fundamentais e das leis, de forma geral, cumpre com as determinações do princípio da legalidade, que requer a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão competente.

Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 178), por sua vez, afirmam, em síntese, que esse princípio, “[...] 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”.

Com base em tais afirmações, é possível asseverar que a apreciação de conflitos que versem sobre direito, tanto no que se refere à lesão, quanto à simples ameaça de lesão, não pode ser subtraída do Poder Judiciário, pois constitui monopólio assumido pelo Estado como dever e poder da prestação da tutela jurisdicional aos indivíduos.

Ao preconizar esse princípio, Tavares (2003, p. 498) também ressalta que o legislador constituinte atingiu diretamente o legislador ordinário, proibindo-o de editar qualquer tipo de lei tendente a delimitar o âmbito de atuação do Poder Judiciário. Ademais, se tal fosse possível, haveria afronta direta também ao princípio da tripartição dos poderes.

Em outras palavras, não se admite que uma determinada lei contenha a previsão que exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer conflito a respeito de sua aplicação.

Por outro lado, conforme Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 179) destacam, poderá a lei criar contenciosos administrativos, cujo percurso é facultado ao indivíduo, que, se assim o decidir, poderá socorrer-se direta e unicamente do judiciário.

Por esse princípio, portanto, é possível afirmar que o acesso à tutela jurisdicional independe da existência de processo ou mesmo de solução na via administrativa. Segundo Motta e Barchet (2007, p. 207), a competência de decidir de forma definitiva um conflito de interesses juridicamente relevante, produzindo a coisa julgada material (contra a qual não caberá mais questionamentos), foi incumbida apenas ao Poder Judiciário, o que permite que este órgão aprecie matérias já decididas na via administrativa, além do que o acionamento da via judicial não está condicionado à precedente apreciação pela via administrativa.

Quanto a essa prescindibilidade da prévia apreciação pela via administrativa, denominada instância administrativa forçada, Tavares (2003, p. 498) cita a exceção da Justiça Desportiva (art. 217, § 1º, da CF/88), segundo a qual, em se tratando de competições desportivas, exige-se o prévio esgotamento nas vias administrativas próprias, às quais foi

imposto, no entanto, o prazo máximo de sessenta dias para a manifestação final (art. 217, § 2º, da CF/88), findo o qual, independente de ter sido encerrado o processo administrativo, estará a parte interessada autorizada a impetrar ação perante o Poder Judiciário.

A outra exceção que configura “instância administrativa de curso forçado” é citada por Motta e Barchet (2007, p. 208), que destacam que, para a interposição do habeas data, se faz necessário o exaurimento da via administrativa.

Visando à fruição efetiva dos direitos fundamentais pelos indivíduos, esse princípio, portanto, determina que, havendo a lesão ou a ameaça de lesão a direito, estará resguardado a seu titular o direito de buscar sua tutela perante o Poder Judiciário.

Tavares (2003, p. 499) alerta, no entanto, que, em casos necessariamente previstos na Constituição, outro órgão que não o Poder Judiciário poderá vir a exercer a jurisdição, como ocorre em casos de julgamento de *impeachment*, que é realizado pelo Poder Legislativo; nas hipóteses em que a jurisdição administrativa se torna definitiva, em razão da preclusão incorrida pela administração, ou da prescrição da ação judicial cabível; e, ainda, nos casos de jurisdição “privada”, decorrentes da arbitragem.

O autor destaca também que a indeclinabilidade da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário não admite qualquer tipo de abstenção por parte deste órgão, ou seja, este órgão não poderá se abster de julgar sob qualquer tipo de pretexto, sendo que, ainda que não haja norma a ser aplicada à questão, a decisão deverá ser proferida de acordo com os usos e costumes, a analogia e os princípios gerais do direito.

A respeito do assunto, Moraes (2006, p. 72) afirma que:

[...] o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Resta, ainda, consignar que o significado do princípio em estudo não se restringe apenas ao acesso dos indivíduos lesados em seus direitos ao órgão jurisdicional. Seu significado é mais amplo, abrangendo principalmente a efetividade trazida por essa prestação jurisdicional à satisfação dos direitos tutelados. Sobre a real extensão deste princípio:

[...] não se confunde apenas com a acessibilidade formal aos serviços judiciários, mas, constituindo direito social da maior relevância, impõe ao ente governamental a adoção de providências concretas que tornem efetiva a concretização dos direitos dos cidadãos. Uma defesa meramente formal, como se sabe pode mostrar-se mais nociva, do que a ausência de defesa. Não

se pode desconsiderar, portanto, que acepção implica não só na acessibilidade do sistema, mas fundamentalmente no direito a uma solução justa, individual e socialmente, respeitando de modo efetivo as garantias basilares do devido processo legal e da ampla defesa.

Sem embargo, o acesso a justiça é um dos direitos fundamentais de maior expressão em nosso sistema constitucional, não havendo como se falar em exercício de cidadania sem que o Estado se desincumba de sua tarefa, que consiste na provisão de meios para que suas instituições, ligadas ao sistema de justiça, estejam devidamente estruturadas para atender aos reclamos da população (BRASIL, 2006, p. 230).

Nesse sentido, Tavares (2003, p. 500-501) destaca que o princípio do acesso à justiça constitui o direito de ação, que assegura a todos a possibilidade de dirigir-se ao judiciário e provocar sua atuação, visando a uma solução jurisdicional definitiva, que não se restringe a essa provocação apenas, mas abrange também:

[...] a possibilidade de desenvolver uma participação processual ampla, envolvendo a argumentação e a produção probatória, bem como a própria decisão final em si, colocando o termo ao litígio da maneira mais adequada possível (forma de tutela específica, consoante o direito material envolvido).

Assim, direito de ação não é apenas a possibilidade de provocar o processo judicial, mas também o direito de acompanhá-lo, com todas as implicações daí decorrentes.

Marinoni (2007, p. 496) afirma que o princípio em estudo garante:

[...] não só o direito de ação, mas a possibilidade de acesso efetivo à justiça e, assim, direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento entender, de fato, que a Constituição Federal garante ao cidadão, que pode afirmar lesão ou ameaça a direito, apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é direito fundamental, *porque garantidor de todos os demais*, não há como se imaginar que a Constituição Federal proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma simples e qualquer resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como *uma garantia fundamental de justiça*.

O Estado, portanto, para atender a essa garantia do acesso à justiça, não deve apenas possibilitar ao indivíduo o acesso ao judiciário, mas que a prestação da tutela jurisdicional e seu resultado venham a proporcionar a efetividade na satisfação do direito buscado por seu titular, o que deve proporcionar efeitos justos não só esse titular, mas também a toda a sociedade. Isso implica que o Estado forneça estrutura suficiente aos órgãos judiciais, para que, assim, o processo se desenvolva com observância a todos os seus princípios estruturantes (contraditório, ampla defesa, etc.) e em tempo razoável a não tornar a tutela ineficaz em razão da demora.

### 3.2 Duplo Grau de Jurisdição

Esse princípio preconiza que deve ser assegurada à parte que se sentir prejudicada pelo conteúdo de uma decisão judicial a oportunidade de requerer a reapreciação de tal decisão por outro órgão competente do Poder Judiciário, sendo que, na maioria dos casos, essa revisão será feita por órgão hierarquicamente superior àquele que decidiu, ressalvadas as hipóteses em que a lei determina que essa reapreciação ocorra em órgão de mesma hierarquia daquele que decidiu originariamente.

Tavares (2003, p. 514-515) ressalta que, em que pesem as previsões constitucionais a respeito da existência de diversos juízos, distribuídos em diferentes instâncias e graus de jurisdição, dentro de uma estrutura hierárquica própria; da possibilidade de determinados recursos como o ordinário, o extraordinário e o especial; e, ainda, da apreciação por instâncias superiores de recursos provenientes de instâncias inferiores, tais dispositivos não implicam na existência do duplo grau de jurisdição obrigatório como um princípio constitucional amplo.

Em outras palavras, a Constituição apenas prevê a existência de tribunais e assegura a possibilidade de recursos, cuja competência é atribuída aos próprios tribunais, mas não determina expressamente o duplo grau de jurisdição.

O autor destaca dois pontos a respeito do significado da expressão “duplo grau de jurisdição”, esclarecendo, por primeiro, que o “duplo grau” é de cognição ou julgamento de lides, figurando a pluralidade como de instâncias ou de juízos, e não de jurisdições, pois a jurisdição, como reflexo da soberania, é una.

O segundo ponto a respeito do “duplo grau”, é que ele não deve ser entendido necessariamente como hierarquia, mas sim como fase ou etapa, pois existem hipóteses de reapreciação de uma decisão por juízes pertencentes à mesma instância que a proferiu, como é o caso das decisões proferidas no Juizado Especial, cujos recursos são apreciados pelo colégio recursal, órgão composto por juízes de primeira instância, pertencentes ao próprio Juizado Especial.

Assim, embora não consagre o duplo grau de jurisdição de forma expressa em seu texto, a Constituição prevê os instrumentos para a sua realização. Além disso, sua aplicação é de suma importância para que se concretize de forma efetiva a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 74-75) afirmam que os fundamentos do princípio em estudo consistem na possibilidade da ocorrência de equívocos, ou mesmo de injustiça, nas decisões proferidas pelos juízes monocráticos. Assim, havendo a possibilidade da reapreciação de tais decisões por um tribunal composto de juízes mais experientes, cujas decisões são proferidas em órgão colegiado, haverá maior segurança.

Os autores destacam também o caráter não obrigatório desse princípio, que somente se efetivará quando e se a parte que sentir-se prejudicada manifestar interesse neste sentido, provocando a reapreciação da decisão de primeiro grau pela instância superior, por meio da interposição de recurso a esta endereçado.

Em ressalva, afirmam que apenas em casos expressamente previstos em lei, em resguardo a interesses públicos relevantes, é que ocorrerá a reapreciação da decisão de primeira instância sem que haja provocação de qualquer das partes, o que configura a devolução oficial ou remessa necessária, hipótese esta prevista, por exemplo, no art. 475, do Código de Processo Civil, e nos arts. 574, 411 e 746, do Código de Processo Penal.

Assim como Tavares, Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 76) também destacam que o duplo grau de jurisdição não deve necessariamente ser desempenhado por órgãos hierarquicamente superiores àquele que proferiu a decisão recorrida, destacando também o exemplo das decisões proferidas pelo Juizado Especial, cujo recurso será apreciado por juízes do próprio Juizado (mesma instância) reunidos em colégio recursal.

Tavares (2003, p. 515-516) expõe a distinção existente entre o direito de recorrer e o conceito de duplo grau de jurisdição. Afirma o autor que, em determinadas situações, embora haja o direito de recorrer e a parte não se utilize dele, o duplo grau de jurisdição existirá, por ser obrigatório (ex.: art. 475, do CPC), oportunidades em que o próprio juiz que proferiu a decisão remeterá os autos para apreciação da instância superior. Há recursos, porém, que são apreciados pelo próprio juiz que proferiu a decisão, e não por outro órgão ou instância, como é o caso dos embargos de declaração, em que não há duplo grau de jurisdição, mas apenas uma duplicidade de juízos.

Além disso, o autor destaca que, em razão do princípio em estudo não se tratar de garantia constitucional absoluta, mas de mera previsão, existem limitações infraconstitucionais ao direito de recurso, e cita como exemplo a hipótese da vedação de apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs (art. 34, da Lei nº 6830/80) e nas causas de qualquer natureza, nas mesmas condições, que forem julgadas pela Justiça Federal (art. 4º, da Lei nº 6825/80).

É por esse princípio não se aplicar de forma absoluta, que Tavares (2003, p. 517-523) afirma que existem em nosso ordenamento jurídico as competências originárias atribuídas ao STF, cujas decisões não são suscetíveis de recursos para qualquer outro tribunal ou juízo, ou mesmo para o próprio STF.

Da mesma forma, o fato de a Constituição estabelecer a Justiça Federal, dotada de órgãos e instâncias (como ocorre com as outras justiças), e atribuir a seus tribunais competência para processar e julgar, em grau de recurso, as causas decididas pela primeira instância, não se traduz em garantia de que todas as decisões de primeira instância serão sempre passíveis de recurso, mas, apenas, em uma previsão de competência recursal, que será exercida em conjunto com a competência originária desses tribunais.

Conforme já exposto, entretanto, existem previsões específicas em nosso ordenamento jurídico, que estatuem o duplo grau de jurisdição como grau obrigatório de cognição por outro juízo (art. 475, do CPC e arts.411, 574 e 746, do CPP).

Em conclusão a respeito do princípio em estudo, por fim, importante destacar a afirmação de Marinoni e Arenhart (2007, p. 497):

*Em conclusão, é correto afirmar que o legislador infraconstitucional não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu art. 5.º, XXXV, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em “garantir” a segurança da parte através da instituição da “dupla revisão”.*

Assim, embora não exista previsão expressa constitucional do duplo grau de jurisdição como garantia absoluta, está assegurada a possibilidade dos indivíduos auferirem a revisão de determinadas ações julgadas em primeira instância, pois a própria Constituição estabelece, dentro da estrutura do Poder Judiciário, órgãos com competência para tal revisão.

Essa possibilidade, no entanto, não alcançará todas as decisões proferidas em primeira instância, pois a legislação infraconstitucional pode delimitar as hipóteses de recurso, estabelecendo quais os recursos cabíveis e quais os requisitos e circunstâncias de suas interposições perante os tribunais e órgãos competentes.

### **3.3 Poder Judiciário: Organização e Estrutura**

Após a exposição das previsões constitucionais que visam assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais por meio da tutela jurisdicional prestada pelo Poder

Judiciário, resta abordar, ainda que sucintamente, a organização e estrutura que são dadas a essa esfera de poder estatal, à qual foi incumbida a função jurisdicional, responsável pela implementação da efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

### 3.3.1 Tripartição dos Poderes do Estado

Consagrada na Constituição Federal, em seu art. 2º, a tripartição dos poderes tem como principal objetivo, conforme expõe Moraes (2006, p. 373), evitar o arbítrio decorrente do abuso de poder e o desrespeito aos direitos fundamentais.

Em função desse objetivo, o texto constitucional estabelece os três poderes estatais e a Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, entre os quais estão repartidas as funções estatais.

É em razão do exercício dessas funções que esses órgãos são dotados de prerrogativas e imunidades, bem como de mecanismos de controle recíproco, tudo com o objetivo de garantir a perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Remontando às origens históricas desta tripartição dos poderes, o citado autor afirma que:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.

A respeito dessa origem histórica, Tavares (2003, p. 860) expõe que, com sua obra, Montesquieu acrescentou à função judicial a então tradicional separação dos poderes, que ocorria, até então, apenas entre os Poderes Executivo e Legislativo.

O autor adverte, no entanto, que a idéia defendida pelo pensador concebia um Poder Judiciário exercido por juízes que se limitariam apenas a serem as bocas que pronunciam os



mandamentos legais, os aplicando sem qualquer tipo de modernização à sua força ou rigor, de forma totalmente mecânica e automática.

Atualmente, contudo, em decorrência das mudanças de paradigmas que foram ocorrendo ao longo da história, a atuação jurisdicional deixou de ser limitada apenas a essa aplicação automática da lei aos conflitos postos à sua apreciação.

Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 157-158) afirmam que, embora não possua a importância política dos outros poderes, o Poder Judiciário ocupa posição de destaque entre os demais, pois sua função tem o objetivo de efetivar os direitos e garantias individuais abstratamente previstos na Constituição (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Os citados autores explicam que:

Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição através de normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser afirmados, positivados e efetivados pelos tribunais. E a regulamentação das relações jurídicas, por parte do direito objetivo, é freqüentemente importante para a solução dos conflitos de interesses. É perante o Poder Judiciário, portanto, que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito: vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo.

Teixeira (2008, p. 69), por sua vez, afirmando também a imprescindibilidade da função jurisdicional na defesa e efetivação dos direitos fundamentais, destaca que:

O Poder Judiciário não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. Pela mediação do juiz, o direito pode transformar-se num instrumento de realização da dignidade humana.

Nossa Constituição Federal prevê a tripartição dos poderes em seu art. 2º, de acordo com o qual: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

Ao discorrerem sobre o tema, Motta e Barchet (2007, p. 589), partindo da premissa de que o poder político “[...] é o exercício da capacidade de modificar condutas dos integrantes da coletividade, a bem desta”, afirmam que esse poder é um só, e que a tripartição ocorre para o melhor exercício de suas três funções essenciais, que dizem respeito ao estabelecimento de regras a serem observadas coercitivamente por toda a comunidade, à administração desta e à pacificação dos conflitos ocorridos em seu seio.

Em outras palavras, Araújo e Nunes Junior (2006, p. 313) afirmam a unidade e indivisibilidade do poder estatal, de forma que as funções figuram como forma de

exteriorização deste poder, sendo elas a executiva, a legislativa e a judiciária, e definem sucintamente cada uma dessas funções.

A **função legislativa** tem por finalidade formular regras genéricas e abstratas exigíveis compulsoriamente, tanto em face dos indivíduos, quanto dos próprios órgãos estatais.

O objeto da **função executiva** consiste na administração da coisa pública, e realiza-se por atos e decisões que visam a dar cumprimento às previsões legais, ou seja, exerce os denominados atos administrativos.

A **função jurisdicional**, por fim, destina-se à aplicação da lei ao caso controvertido, por meio de decisões individuais e concretas, que conformam os fatos em apreciação às leis, e determinam as eventuais conseqüências jurídicas.

Motta e Barchet (2007, p. 589-590) afirmam que o exercício dessas três funções estatais por seus órgãos políticos distintos é uma forma de limitação do poder estatal, que visa a evitar sua exacerbação, pois seu exercício se dá de forma parcelada e mutuamente controlada, no denominado sistema de freios e contrapesos.

Temer (1995, p. 113) afirma que referido sistema teve sua origem na doutrina de Montesquieu, que desde então propunha:

[...] um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades. É a fórmula dos “freios e contrapesos” a que alude a doutrina americana.”

Conforme afirmam Araújo e Nunes Junior (2006, p. 315), esse sistema de “freios e contrapesos” determina que os órgãos incumbidos dos três poderes estatais se relacionem de forma harmônica, mantendo cada qual o seu respectivo âmbito de independência e autonomia em relação aos demais.

Em conclusão, os autores afirmam que essa atribuição das funções do poder a órgãos diferentes, na qual um controla o outro, evita o arbítrio, e, conseqüentemente, proporciona condições objetivas para o respeito aos direitos individuais.

### 3.3.2 Funções Típicas e Atípicas

Assim como os demais poderes, o Poder Judiciário possui sua função típica, que é aquela para o exercício da qual foi criado, e que consiste na prestação da tutela jurisdicional, e, também, sua função atípica, que se resume no desempenho de funções de ordem administrativa e normativa.

A prestação da tutela jurisdicional, assunto que se encontra mais especificamente delineado no Capítulo 1 (Jurisdição) deste trabalho, ao qual remetemos o leitor, em síntese, consiste no dever e no poder que o Estado trouxe para si (monopólio) de dizer o direito aplicável aos casos conflituosos (lides) postos à sua apreciação, e que se torna definitivo e imutável ao produzir coisa julgada entre as partes.

No atinente às funções atípicas, Motta e Barchet (2007, p. 728) destacam que o Poder Judiciário administra quando gere sua economia interna (art. 96, I, “b” a “e”, da CF/88), e legisla quando cria normas gerais em determinados casos (art. 96, I, “a”, da CF/88).

### **3.3.3 Garantias do Poder Judiciário**

Visando a assegurar que a prestação da tutela jurisdicional seja exercida com base apenas nos mandamentos legais, de forma imparcial e independente, a Constituição prevê garantias e as relega ao juiz (individualmente), e ao Poder Judiciário (enquanto instituição), o que não caracteriza privilégios, mas sim instrumentos que resguardam essa esfera de poder das pressões que eventualmente venham a ser exercidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Moraes (2006, p. 463) aponta a imprescindibilidade dessas garantias ao exercício da democracia, à perpetuidade da separação dos poderes, e, principalmente, ao exercício dos direitos e garantias fundamentais. O autor assevera que a ausência de tais garantias permitiria que o Poder Judiciário viesse a sofrer pressões dos demais poderes, o que, ainda, lhe dificultaria o exercício do controle de legalidade dos atos praticados pelo Estado que viessem e lesionar direitos individuais e coletivos. O autor ressalta que:

[...] em um Estado Democrático de Direito, os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do Poder Judiciário, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivas e que, para o efetivo e imparcial controle destes atos, há a necessidade das garantias constitucionais da magistratura para não intimidar-se diante dos poderes, para que, dessa mútua oposição resulte a moderação de todos os poderes; o império da lei; a liberdade.

Essas garantias podem ser orgânicas ou institucionais, as quais se referem à estrutura do Poder Judiciário propriamente dita; ou individuais, que recaem diretamente sobre os membros dos órgãos judiciários.

### 3.3.3.1 Garantias Institucionais

Essas garantias, nas palavras de Araújo e Nunes Junior (2006, p. 384), visam a assegurar a autonomia do Poder Judiciário em relação aos demais poderes e a observância do princípio da tripartição de funções, ou seja, da independência e harmonia entre os poderes.

Os autores enumeram essas garantias como sendo: a capacidade de autogoverno, a capacidade normativa interna, a autonomia administrativa e a autonomia financeira.

Pela **capacidade de autogoverno**, é dada ao judiciário a prerrogativa de eleição de seus órgãos diretivos, de organização de suas secretarias, de provimento dos cargos da carreira e dos serviços auxiliares e de realização dos atos internos, como concessão de férias, afastamentos, etc.

A **capacidade normativa interna** está prevista no art. 96, I, da Constituição Federal, de acordo com o qual é da competência de cada tribunal a edição de seu respectivo regimento interno, que o disciplinará.

Assim como os demais poderes, o Judiciário elaborará sua própria proposta orçamentária e a encaminhará dentro do prazo previsto na Lei de Diretrizes Orçamentárias ao chefe do Executivo, caracterizando-se essa prerrogativa como a garantia de **autonomia financeira**.

A **autonomia administrativa**, por fim, consiste no fato de que os atos internos de administração ordinária do Poder Judiciário independem de manifestação dos outros poderes.

Nesse aspecto, Moraes (2006, p. 466) destaca que a previsão do art. 96, I, “a”, da Constituição Federal, que atribui aos tribunais a competência para eleger seus órgãos diretivos, constitui também um alicerce da independência desse poder, pois lhe outorga a função governativa de escolha dos dirigentes que comandam um dos segmentos do Poder Público.

### 3.3.3.2 Garantias dos Membros da Magistratura

Estabelecidas no art. 95, I, II e III, da Constituição Federal, essas garantias consistem na vitaliciedade, na inamovibilidade e na irredutibilidade de subsídio.

A **vitaliciedade** é definida por Tavares (2003, p. 880) como a garantia que assegura que os membros do Poder Judiciário só poderão ser destituídos de seus cargos em caso de exoneração, resultante de decisão judicial transitada em julgado, ou seja, para a exoneração dos membros do Judiciário, é insuficiente o processo administrativo apuratório de falta grave que se aplica aos funcionários públicos em geral.

Essa garantia impede que o receio da perda do cargo induza o magistrado proferir suas decisões em um ou outro sentido, tolhendo sua imparcialidade.

Motta e Barchet (2007, p. 735) ressaltam que o alcance da vitaliciedade pelos juízes que ingressam na primeira instância (mediante concurso público), ocorre apenas após o estágio probatório de dois anos, período durante o qual o cargo poderá ser tomado por decisão do tribunal ao qual o juiz estiver vinculado. Já nos tribunais, a vitaliciedade é concomitante à posse.

Quanto à **inamovibilidade**, Tavares (2003, p. 880) afirma que essa garantia também visa à imparcialidade da própria justiça, pois impede a remoção de determinado juiz de um cargo para outro, impossibilitando que interesses políticos ou governamentais venham a modificar um julgador, contra sua vontade, do local no qual desempenha suas funções. Além disso, essa garantia veda a avocação de processos, pois estes deverão ser apreciados pelos respectivos juízes que deles tomaram conhecimento e que eram competentes para julgá-los na data da ocorrência dos fatos que os originaram.

Motta e Barchet (2007, p. 735) destacam que:

Com o passar do tempo, as decisões de um juiz vão mostrando sua forma de ver o Direito e o mundo, sua forma de interpretar as coisas. [...] Em pouco tempo, sabe-se razoavelmente como pensa cada juiz, conhecendo-se aqueles que são mais incisivos diante dos atos dos poderes Legislativo e Executivo, quais são mais conservadores, mais liberais, etc.[...] O problema é que as vezes os governantes pretendem se livrar dos juízes que decidem contra seus interesses. Como fazer isso? Há mil maneiras, e uma delas é remover o juiz “inconveniente” desta para aquela Vara, desta para aquela cidade. Esta remoção pode até ser feita de modo mais engenhoso como a promoção do juiz ou a reestruturação dos órgãos de julgamento. Qualquer que seja o caminho, a intenção do art. 95, II, é vedar este artifício.

Moraes (2006, p. 468) salienta que há uma exceção a essa garantia prevista nos artigos 93, VIII; 95, II e 103-B, § 4º, III, da Constituição Federal, de acordo com os quais, por motivo de interesse público e pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa, determinado juiz será removido ou promovido, independentemente de sua vontade.

A **irredutibilidade de subsídio**, por sua vez, veda a redução do subsídio do magistrado, pois essa possibilidade poderia vir a ser utilizada como meio de pressão em relação às decisões a serem proferidas, ou seja, essa garantia assegura o livre exercício das funções e a imparcialidade das decisões.

Araújo e Nunes Junior (2006, p. 383) afirmam que essa garantia, no entanto, é nominal, pois os vencimentos não poderão ser reduzidos nominalmente, o que não implica na proteção do poder aquisitivo dos eventualmente corroídos pela inflação.

### 3.3.3.3 Garantias de Imparcialidade

Dispõe os incisos I a V, do parágrafo único, do art. 95, da Constituição Federal que:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

[...]

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

Assim, a Constituição elencou em referido dispositivo legal uma série de vedações dirigidas aos magistrados, cujo objetivo é também o de dar instrumentos à independência e à imparcialidade do Poder Judiciário.

### 3.3.4 Conselho Nacional de Justiça

Em remissão ao cenário no qual este órgão foi criado, Moraes (2006, p. 476) expõe que a criação do Conselho Nacional de Justiça foi uma das modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, que trouxe a reforma do Poder Judiciário, cujo objetivo era combater a crise que abate este órgão em razão da morosidade com que vem desempenhando sua função de prestação da tutela jurisdicional.

A respeito dessa falha na prestação da tutela jurisdicional dos direitos e garantias fundamentais, que, por ser tardia, torna-se ineficaz, o autor afirma a necessidade de uma modernização no desempenho dessa função, o que não depende apenas do Poder Judiciário.

No que diz respeito ao aspecto legislativo, afirma que não é admissível que se mantenha a permanência de tecnicismos exagerados, de processos protelatórios e de procedimentos morosos. Já âmbito administrativo, ressalta a imprescindibilidade de dotar o Judiciário de:

[...] infra-estrutura adequada para o exercício de suas funções, no sentido de efetivação da Justiça e Cidadania, garantindo a necessária independência e autonomia de seus membros, auxiliando em sua modernização e informatização, o que possibilitará maior celeridade processual.

Em outras palavras, essa crise mostra-se de âmbito estrutural e conjuntural, e não exige mudanças apenas no exercício das funções jurisdicionais propriamente dito, mas requer, além disso, medidas tanto de ordem legislativa quanto administrativa, envolvendo assim, os três poderes estatais.

Nesse contexto, criado pela EC nº 45/04 como um dos instrumentos de combate à citada crise, o Conselho Nacional de Justiça é o órgão responsável, direta e exclusivamente, pela fiscalização do Poder Judiciário, e tem a função de respaldar a sociedade nas eventuais incorreções e desvios deste, cujos membros, cientes dessa fiscalização, atuam com maior lisura e eficiência (Tavares, 2003, p. 160-161).

As atribuições do Conselho Nacional de Justiça estão previstas no § 4º do supracitado dispositivo legal, as quais, nas palavras de Moraes (2006, p. 483), se resumem na “[...] elevada função de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes [...]”.

Dispõe o art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal que:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do

poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Moraes (2006, p. 480) afirma que, devido ao fato da composição do Conselho Nacional de Justiça ser híbrida, sua atuação não compromete a independência interna e externa do Poder Judiciário; além disso, esse órgão fiscalizador não exerce qualquer tipo de função jurisdicional, não interferindo, assim, na função típica do órgão fiscalizado.

São 15 os membros que compõem o Conselho Nacional de Justiça, cuja maioria (nove) é composta por membros do próprio Poder Judiciário, e, ainda, como forma de coibir o corporativismo, a Constituição estabeleceu que, na sua composição, haverá dois membros do Ministério Público, dois membros da advocacia, e os últimos dois membros provirão da própria sociedade (escolhidos pelo Poder Legislativo na forma prevista no art. 103-B, incisos I a XIII, da CF/88).

### **3.3.5 Órgãos e Estrutura do Poder Judiciário**

A respeito da forma pela qual a Constituição Federal estabelece a organização do Poder Judiciário, Tavares (2003, p. 869-871) destaca, primeiramente, que, baseadas na forma federativa clássica, foram estabelecidas duas ordens de organização: a federal e a estadual, isto é, a Justiça Federal e a Justiça Estadual, que coexistem em nosso ordenamento jurídico, paralelamente uma à outra. As competências da Justiça Federal decorrem de previsões legais expressas e taxativas, ao passo que às Justiças Estaduais caberá a competência denominada residual.



A Justiça Federal divide-se em comum e especializada, e esta última abrange a Justiça do Trabalho, a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral. A Justiça Estadual, por sua vez, abrange apenas a Justiça Militar Especializada.

O autor ressalta, no entanto, que todas essas divisões das justiças decorrem diretamente da Constituição, e, em regra, a competência é sempre da Justiça Estadual (residual), ressalvados os casos expressamente previstos na Constituição como sendo de competência federal comum ou especializada.

Além disso, conforme dito anteriormente, não existe no Brasil o contencioso administrativo, de forma que caberá ao Poder Judiciário a decisão a respeito de litígios, com força definitiva, independentemente da existência de pronunciamento ou, ao menos, prévia discussão na esfera administrativa.

Nessa organização judiciária existem também os tribunais denominados de superposição, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, os quais o autor melhor denomina como Tribunais Nacionais.

Resumidamente, cabe ao STF decidir em última instância sobre os litígios intersubjetivos, na posição de defensor da Constituição. O STJ, por sua vez, constitui a última instância recursal em matéria de leis federais, ao lado do qual existem os tribunais nacionais especializados, quais sejam: o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior do Trabalho, entre os quais não existe hierarquia recursal.

Teixeira (2008, p. 61) explica que a Constituição Federal estabelece a estrutura da Justiça Federal, cuja organização judiciária é estabelecida pela legislação federal. A organização estrutural das Justiças Estaduais, por sua vez, encontra-se expressa nas respectivas constituições estaduais, que são estabelecidas com total observância às diretrizes gerais da Constituição Federal, ao passo que sua organização judiciária, por fim, decorre da legislação estadual.

Quanto à competência, o autor destaca que, de acordo com sua competência residual, caberá à Justiça Estadual a apreciação das ações não compreendidas nas competências da Justiça Federal Comum ou da Justiça Especializada.

A Justiça Federal Comum é composta pelos tribunais e juízes federais, e é responsável pela apreciação das ações nas quais a União, as autarquias ou as empresas públicas federais figuram como interessadas.

Prosseguindo, Teixeira (2008, p. 63-64) afirma que cabe apenas à Constituição criar e estruturar os órgãos do Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 92 da Constituição Federal, de acordo com o qual:

São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Motta e Barchet (2007, p. 739) afirmam que os órgãos previstos no citado dispositivo constitucional formam uma “pirâmide estrutural judiciária”, composta, em regra, por três estamentos: a 1ª instância, a 2ª instância e um tribunal superior incumbido da revisão das decisões e da unificação da jurisprudência. Assim, os tribunais superiores funcionam como 3ª instância, e o STF, em determinadas hipóteses, como 4ª instância.

Os autores explicam que, na 1ª instância, ocorre a apreciação das causas pelo juiz singular, que colhe provas tendo um contato direto e pessoal com as partes e seus advogados, decidindo a causa no final.

Conforme determina o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, cabe à parte que se sentir insatisfeita com a decisão proferida interpor recurso perante o tribunal da 2ª instância, e, em face dessa segunda decisão proferida, caberá, ainda, nas hipóteses previstas em lei, recurso a um tribunal superior.

Ao STF caberá, por fim, na função de Tribunal Constitucional, zelar pelo respeito à Constituição, pois tem a competência de apreciar, de forma difusa ou concentrada, as violações do texto constitucional.

A justiça comum compõe-se das Justiças Federal e Estadual. A Justiça Federal conta com os juízes federais na 1ª instância e com os Tribunais Regionais Federais na 2ª instância (art. 106, CF/88). Já a Justiça Estadual compõe-se de juízes de direito na 1ª instância e dos Tribunais de Justiça na 2ª instância. Caberá, por fim, ao STJ a uniformização das decisões provenientes da Justiça Comum como um todo.

As Justiças Especializadas possuem essa mesma estruturação em três degraus.

Após essa exposição, os autores concluem que esta estrutura estabelece instâncias e recursos excessivos, sendo esta uma das razões da morosidade enfrentada pelos titulares de direitos e garantias fundamentais na obtenção da tutela jurisdicional de tais direitos, e ressaltam que deve haver um equilíbrio entre a segurança de certeza das decisões (proporcionada pela possibilidade de recurso) e a celeridade processual.

### 3.3.6 Composição e Competência dos Órgãos do Poder Judiciário

#### 3.3.6.1 Supremo Tribunal Federal

No que diz respeito à composição do STF, Moraes (2006, p. 492) afirma que cada um de seus 11 ministros será livremente nomeado pelo Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado, e, para tanto, deverá ter entre 35 e 65 anos, ser brasileiro nato, cidadão (gozo dos direitos políticos), ter notável saber jurídico e reputação ilibada.

Destaca o autor que o notável saber jurídico, no entanto, não implica na obrigatoriedade do bacharelado em ciências jurídicas, e, tampouco, que os membros sejam provenientes da magistratura.

A competência desse órgão está estabelecida no art. 102 da Constituição Federal, a qual Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 390) afirmam reputar ao STF a função de guardião da Constituição Federal, ou seja, dessa função decorre a sua prerrogativa de dizer a última palavra em matéria constitucional. Assim, caberá ao STF a apreciação de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), bem como do recurso extraordinário, pela via difusa, oportunidade em que atua como última instância de jurisdição nas questões constitucionais.

Nos termos do art. 102, I, da Constituição Federal, o STF apreciará lides em única instância, por meio de sua competência originária, de acordo com a qual julgará:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

Além das citadas hipóteses de competência originária, o STF apreciará, pela via recursal, o recurso ordinário e o recurso extraordinário, cujas hipóteses de cabimento estão previstas nos incisos II e III do art. 102 da Constituição Federal, *in verbis*:

- [...] II - julgar, em recurso ordinário:
  - a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
  - b) o crime político;
- III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
  - a) contrariar dispositivo desta Constituição;
  - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
  - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
  - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Verifica-se, portanto, ante o conteúdo material das disposições constitucionais acima transcritas, que, tanto as competências originárias, quanto as competências recursais,

constituem mecanismos para que o STF exerça sua função precípua de guarda da Constituição Federal.

### 3.3.6.2 Superior Tribunal de Justiça

O STJ é composto por 33 ministros, que são escolhidos pelo chefe do executivo, dentre os quais, obrigatoriamente 1/3 serão juízes dos Tribunais Regionais Federais, 1/3 serão desembargadores do Tribunal de Justiça e o 1/3 restante dividir-se-á em 1/6 de advogados e 1/6 de membros do Ministério Público (Federal, Estadual e Distrital).

Para nomeação, no entanto, cada membro deve ter entre 35 e 65 anos, ser brasileiro nato ou naturalizado, ter notável saber jurídico e reputação ilibada.

A competência desse tribunal está prevista no art. 105 da Constituição Federal. A respeito do assunto, Moraes (2006, p. 521) destaca que foi dada do STF a função de guardião do ordenamento jurídico federal, por meio da qual decidirá em última instância as questões a este relacionadas.

Referida competência, assim como a do STF, divide-se em originária e recursal.

A competência originária encontra-se prevista no inciso I do art. 105 da Constituição Federal, de acordo com o qual:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;
- b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;
- c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;
- e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;
- f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

- g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
- h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;
- i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

No exercício de sua competência recursal, o STJ atuará na apreciação dos recursos ordinário e especial, cujas respectivas hipóteses de cabimento estão previstas no art. 105, alíneas II e III, *in verbis*:

- [...]II - julgar, em recurso ordinário:
  - a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
  - b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
  - c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;
- III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
  - a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
  - b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
  - c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Conclui-se, portanto, que, assim como ocorre no STF, o STJ também poderá ser acionado diretamente, e, exercendo sua competência originária, decidirá a questão em única instância, bem como poderá analisar questões em última instância, ao apreciar recursos constitucionais ordinários ou especiais.

### 3.3.6.3 Tribunais e Juízes do Trabalho

A Justiça do Trabalho é composta por três instâncias judiciárias, as Varas do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho.

A competência atribuída à Justiça do Trabalho encontra-se delineada nos incisos do art. 114, da Constituição Federal, a seguir transcritos:

[...]Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

- I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;
- III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
- VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
- IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Dispõe o art. 111-A que o TST será integrado por 27 ministros, escolhidos entre brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria do Senado Federal.

Dentre esses 27 ministros, 1/5 será de advogados, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho, com mais de 10 anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94 da Constituição Federal (quinto constitucional), e os demais membros serão juízes do trabalho dos TRTs, oriundos da magistratura carreira, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio TST.

O art. 111-A dispõe em seu parágrafo 2º, ainda, que:

- [...]§ 2º Funcionário junto ao Tribunal Superior do Trabalho:
- I a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;
  - II o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.

Os TRTs compõem-se por no mínimo 7 juízes do trabalho, que são nomeados pelo Presidente da República, seguindo os mesmos requisitos previstos para o TST, sendo que, ressalvado o 1/5 que é reservado para advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, seus demais membros serão juízes do trabalho com mais de 5 anos de exercício, promovidos, alternadamente, por antiguidade e merecimento (art. 115, da CF/88).

#### 3.3.6.4 Tribunais e Juízes Eleitorais

O Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais são os órgãos que compõem a Justiça Eleitoral.

Quanto à composição do TSE, Moraes (2006, p. 495) explica que não se aplicará a regra do 1/5 constitucional, e que, dentre seus membros, três serão ministros do STF, dois serão ministros do STJ, e os outros dois serão advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral.

A nomeação dos três ministros do STF e dos dois ministros do STJ para a composição do TSE decorrerá de eleição, mediante voto secreto, nos próprios tribunais. Os dois advogados serão nomeados pelo Presidente da República (dispensada a aprovação do Senado), dentre aqueles que constarem da lista sêxtupla que lhe será encaminhada pelo STF.

O presidente e o vice-presidente do TSE, por fim, serão ministros do STF eleitos pelos 7 juízes eleitorais, e o corregedor eleitoral, por sua vez, será um ministro do STJ, também eleito pelos 7 juízes eleitorais.

O art. 121 da Constituição Federal estabelece que lei complementar discorrerá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das Justiças Eleitorais.

Com relação aos TREs, Moraes (2006, p. 528-529) destaca que haverá um TRE na capital de cada Estado e do Distrito Federal, e sua composição se dará mediante eleição e voto secreto: de dois juízes entre os desembargadores do TJ; de dois juízes escolhidos entre juízes de direito pelo TJ; de um juiz do TRF com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo TRF respectivo; e de dois juízes nomeados pelo Presidente da República entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo TJ.

O presidente e o vice-presidente do TRE serão escolhidos entre seus membros desembargadores, pelo próprio TRE.

O autor destaca, ainda, que os membros dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, terão mandatos de no mínimo dois anos, que não excederão dois biênios consecutivos, sendo que os membros substituídos serão escolhidos pelo mesmo processo acima descrito, o que mantém a imparcialidade do Judiciário e impossibilita ingerências políticas no órgão.

Exceto as decisões que violarem a Constituição Federal, ou as que denegarem habeas corpus ou mandado de segurança, as demais decisões do TSE são irrecorríveis.

Contra as decisões dos TREs, apenas caberá recurso nas hipóteses previstas no art. 121, §4º da Constituição Federal, *in verbis*:



[...] § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

- I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;
- II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
- III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;
- IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;
- V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

Teixeira (2008, p. 62) destaca como a principal competência da Justiça Eleitoral a organização, a fiscalização e a apuração das eleições que ocorrem no país, e, ainda, a diplomação dos eleitos.

### 3.3.6.5 Tribunais e Juízes Militares

Os órgãos da Justiça Militar são o Superior Tribunal Militar, os Tribunais Militares e os juízes militares (art. 122, da CF/88).

O STM é composto por 15 ministros, dos quais 10 são militares e 5 são civis. Os membros do STM serão escolhidos livremente pelo Presidente da República, os quais serão sabatinados pelo Senado Federal, e, após a aprovação pela maioria simples da citada casa legislativa, o Presidente da República os nomeará.

O art. 123 da Constituição Federal traz a citada composição, bem como os requisitos para esta nomeação:

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

- I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;
- II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Araújo e Nunes Junior (2006, p. 401) afirmam que competirá à Justiça Militar processar e julgar crimes militares próprios e impróprios, cometidos por policiais militares, e

as ações judiciais contra atos disciplinares militares, prevalecendo a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil.

### 3.3.6.6 Tribunais e Juízes Federais

Araújo e Nunes Junior (2006, p. 395) explicam que a Justiça Federal possui dois graus de jurisdição, os juízes federais e os Tribunais Regionais Federais, sendo que sua divisão judiciária no país se dá por seções judiciárias, havendo uma seção para cada Estado e uma para o Distrito Federal. Essas seções são agrupadas em 5 regiões: Distrito Federal, São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Porto Alegre, que são as sedes dos TRFs.

A competência dos TRFs está descrita no art. 108 da Constituição Federal, e divide-se em originária e recursal:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
- c) os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
- d) os "habeas-corpus", quando a autoridade coatora for juiz federal;
- e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

O art. 109 da Constituição, por sua vez, atribui a competência dos Juízes federais:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

### 3.3.6.7 Tribunais e Juízes dos Estados

A Justiça Estadual é composta pelos juízes de direito (1ª instância) e pelos Tribunais de Justiça (2ª instância), e sua competência, conforme exposto em tópicos anteriores, é residual, ou seja, dirá respeito a toda a matéria que não seja de competência da Justiça Federal Comum e das Justiças Especializadas.

### 3.3.6.7 Regra do “Quinto Constitucional”

Por essa regra, o acesso aos tribunais não se dará exclusivamente pela promoção dos juízes de carreira, pois o art. 94 da Constituição Federal oferece esta possibilidade a advogados e membros do Ministério Público, desde que obedecidos os requisitos legais. Referido dispositivo prevê que:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Moraes (2006, p. 533) destaca que essa regra é obrigatória para a composição dos órgãos do Poder Judiciário enumerados no “caput” do citado artigo, e que, se a divisão realizada para obtenção do número correspondente a 1/5 dos membros totais não for exata, deverá ser feito o arredondamento para cima, preservando assim a constitucionalidade da composição do órgão jurisdicional.

### **3.4 Guarda da Constituição e Jurisdição Constitucional**

Após essa breve abordagem sobre a organização e estrutura constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário, será feita uma abordagem das formas de atuação deste órgão na guarda dos preceitos constitucionalmente previstos, ou seja, dos controles jurisdicionais previstos para defesa da integridade dos preceitos contidos na Constituição Federal, que é a lei basilar do Estado, de acordo com a qual deverão estar todas as demais espécies legislativas editadas.

#### **3.4.1 Controle de Constitucionalidade**

Conforme dito acima, e nas palavras de Moraes (2006, p. 635), o controle de constitucionalidade está intrinsecamente ligado à supremacia da constituição dentro do Ordenamento Jurídico, bem como à rigidez constitucional, à proteção dos direitos fundamentais e às garantias de limite aos poderes estatais.

Vale ressaltar que os Estados Democráticos de Direito tutelam os direitos e garantias fundamentais do ser humano, estabelecendo-os em suas constituições; na maioria dos casos, em cláusulas pétreas, como forma de limite ao poder estatal, que, nesse caso, em hipótese alguma, está autorizado a realizar ato tendente a suprimi-los ou lesioná-los, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

Morais (2006, p. 2) conceitua Constituição, em seu sentido jurídico, como:

[...] a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

Citado autor (2006, p. 635) destaca que para a configuração de sua supremacia, a Constituição deverá ocupar o ápice da hierarquia das leis, representando a base e os limites de todos os atos normativos a serem editados pelo legislador ordinário, pois o fundamento do controle das constituições rígidas é o de que “nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorra, pode modificá-la ou suprimi-la”.

Assim, a manutenção dessa supremacia constitui uma garantia também da supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, que, por sua vez, representam um limite ao Poder Estatal.

Nesse sentido, Tavares (1998, p. 9-10) afirma que a preservação da constituição pressupõe a preservação “dos mais básicos e fundamentais valores acolhidos pela sociedade”, que foram por ela conquistados mediante árdua luta no decorrer da sua evolução histórica, e acrescenta que:

[...] a constituição merece uma especial proteção contra violações de atos normativos inferiores às suas normas, posto que só assim pode-se assegurar a efetiva resistência de um sistema jurídico. O Sistema não pode admitir contradições internas, sob pena de ver-se sua imediata implosão. Todas as incongruências têm de poder ser resolvidas por regras próprias do sistema.

Assim, conforme o anteriormente afirmado, além de ser uma forma de manutenção dos princípios e garantias fundamentais da sociedade, ou seja, dos valores a ela inerentes, o controle de constitucionalidade significa também uma forma de limite dos poderes Estatais, pois foi a constituição que os instituiu e estabeleceu as diretrizes de sua atuação, o que demonstra que a observância aos seus preceitos significa, em linhas gerais, a manutenção de Estado de Direito.

Araújo e Nunes Júnior (2006, p. 24) definem que a constituição rígida é aquela cujo conteúdo prevê um procedimento legislativo para sua própria alteração mais gravoso que o procedimento legislativo previsto para a edição das demais espécies legislativas, e explicam que é por essa razão que “todos os atos normativos infraconstitucionais devem, por princípio, guardar compatibilidade com a respectiva Constituição”.

Moraes (2006, p. 637) conceitua o controle de constitucionalidade, afirmando que esta atividade consiste em “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Tem-se por inconstitucional uma lei ou ato normativo, editado sob a égide de uma determinada constituição, cujo conteúdo material e/ou a forma pela qual foi elaborada não se adéquam aos preceitos previamente estabelecidos na lei maior.

Essas duas hipóteses de inadequação podem ser classificadas como inconstitucionalidade material e inconstitucionalidade formal.

Ocorrerá a inconstitucionalidade formal de uma lei quando não forem observadas, na sua elaboração, as regras constitucionais que disciplinam o processo legislativo. A incompatibilidade é quanto à forma e não quanto ao conteúdo.

A inconstitucionalidade material, por seu termo, decorre da inadequação do próprio conteúdo da lei com os preceitos constitucionais.

Tavares (2003, p. 188) indica que podemos denominar de intrínseca a inconstitucionalidade material, e de extrínseca a inconstitucionalidade formal, e explica que:

[...] a nomenclatura intrínseca / extrínseca, como se percebe toma como critério a própria lei. Assim, se o conteúdo (aspecto intrínseco) não estiver de acordo com o conteúdo constitucional, há inconstitucionalidade material. Ao contrário, se o conteúdo estiver em coerência com o conteúdo constitucional, mas considera a lei pela ótica de como se originou, observa-se que houve o desatendimento de condições constitucionais (que fazem parte, evidentemente, do conteúdo da constituição), há uma inconstitucionalidade de cunho meramente formal, extrínseco ao conteúdo da lei.

O autor destaca, ainda, que é plenamente possível que a inconstitucionalidade de uma mesma lei seja apresentada tanto material quanto formalmente.

Moraes (2006, p. 637-638) nos traz ainda uma subdivisão da inconstitucionalidade formal, em subjetiva e objetiva, tratando-se a primeira de lei editada com inobservância à iniciativa legislativa constitucionalmente prevista para determinado assunto, e a segunda, por sua vez, refere-se à inobservância da lei editada ao trâmite constitucional, que prevê fase constitutiva e complementar do processo legislativo (arts. 60/69 da CF/88).

Sendo assim, a aferição da existência ou não de qualquer espécie de inconstitucionalidade em lei ou ato normativo infraconstitucional será realizada por meio do controle de constitucionalidade, que, por sua vez, também possui algumas classificações, conforme se verá a seguir, de acordo com os ensinamentos de Moraes (2006, p. 639-640).

Quanto ao momento de sua realização, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo.

O **controle preventivo** ocorre em momento anterior ao ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico, ou seja, durante o processo legislativo previsto na constituição, sendo que é o fato desse controle impedir o ingresso de normas inconstitucionais no sistema que o torna preventivo.

Assim, essa forma de controle será exercida pelo Poder Legislativo, nas comissões permanentes de constituição e justiça, nas quais será analisada a compatibilidade do projeto de lei ou da proposta de emenda à constituição com o texto constitucional; e pelo Poder Executivo, mediante o veto jurídico do Presidente da República, que o fará quando entender como inconstitucional o projeto de lei aprovado pelo congresso.

É importante destacar que, segundo Tavares (2003, p. 206), o controle preventivo também poderá ser exercido pelo Poder Judiciário, em análise pelo Supremo Tribunal Federal de mandado de segurança impetrado por qualquer parlamentar. O autor fundamenta que:

[...] o Poder Judiciário, no caso o próprio Supremo Tribunal Federal, poderá ser condenado a exercer o controle preventivo de propostas de emendas à Constituição, tendo em vista o disposto na § 4º do art. 60, ao estabelecer que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...)”. Ora, mera apresentação de proposta que viole algumas das matérias enunciadas no dispositivo já viola a constituição. O Supremo Tribunal Federal, embora admita o controle preventivo nestas hipóteses, apenas o admite em caráter incidental, permitindo a qualquer parlamentar impenetrar mandado de segurança.

Prosseguindo nas classificações do controle de constitucionalidade (MORAES, 2006, p. 643), temos também o **controle repressivo**, que ocorre quando a lei ou ato normativo já foi editado, ou seja, já ingressou no ordenamento jurídico, encontrando-se em plena vigência.

No sistema jurídico brasileiro, essa espécie de controle de constitucionalidade é exercida, em regra, pelo Poder Judiciário, tanto na forma difusa quanto na forma concentrada, atividade esta que constitui o objeto de estudo a ser abordado no item seguinte (Jurisdição Constitucional), contudo, excepcionalmente, é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, conforme se verá.

Haverá o exercício do controle de constitucionalidade repressivo por parte do Poder Legislativo quando, nos termos do inciso V do art. 49 da Constituição Federal, o Congresso Nacional exercer a sua prerrogativa de “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, bem como nas oportunidades em que este mesmo órgão analisar medida provisória editada pelo Presidente da República, podendo convertê-la em lei ou rejeitá-la (art. 62, da CF/88), pois, uma vez editada, essa espécie normativa terá vigência e eficácia imediata, e força de lei pelo prazo de 60 dias.

O controle repressivo de constitucionalidade, por fim, segundo Tavares (2003, p. 207), poderá ser exercido pelo Poder Executivo que, ante sua incumbência de pautar-se pela regulamentação legal em toda sua própria atividade, sempre que detectar qualquer desvio,

deverá corrigi-lo imediatamente”, entendimento este já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3.4.1 Jurisdição Constitucional

Conforme abordado anteriormente, em nosso Sistema Jurídico, o controle de constitucionalidade repressivo é desempenhado, em regra, pelo Poder Judiciário, que o faz, quer na forma difusa, quer na forma concentrada, dizendo qual é o direito a ser aplicado, ao caso que lhe é submetido, que nada mais é do que uma atuação jurisdicional.

Assim, discorrendo a respeito do Direito Processual Constitucional por meio do qual o judiciário exerce a jurisdição constitucional, Tavares (2003, p. 214-215) o conceitua como “[...] o conjunto de regras procedimentais fundamentadoras da prática do controle jurisdicional autônomo ou não, da constitucionalidade do comportamento estatal”, destacando, ainda, que sua finalidade é a obtenção da realização do Direito Material, assim como ocorre com o processo em geral, que no caso é o Direito Constitucional. Essa realização engloba tanto a concretização do texto constitucional, quanto a solução de problemas de natureza constitucional.

Nesse contexto, destaca o autor que, ao lado do conceito de jurisdição, abordado no item 1.3, consistente no dever e no poder do Estado dizer o direito ao caso concreto, desempenhado pelo Estado por meio do Poder Judiciário, encontra-se a vertente moderna do “Controle da Constitucionalidade dos Atos Normativos do Estado”, que, na forma abstrata, ocorre sem qualquer referência a um caso concreto, para declarar nulo todo ato praticado em desconformidade ao sentido evidente da constituição.

Ressaltando a imprescindibilidade da jurisdição constitucional como forma de realização e guarda dos preceitos constitucionais e da própria constituição em um Estado Democrático de Direito, Tavares (2003, p. 217) conclui que:

“[...] a proteção da Lei Maior, em especial contra o próprio legislador, representa um dos consectários do constitucionalismo, tendo sido atribuída essa missão a uma das instituições constitucionais, no caso brasileiro, o Poder Judiciário, e com particular deferência ao Supremo Tribunal Federal. A compreensão acerca do exercício da jurisdição tem sido comumente alargada, em muitos países, para açambarar o referido controle das normas infraconstitucionais.”

Nesses termos, a jurisdição constitucional se apresenta como uma forma judicial de controle e fiscalização dos atos realizados pelo Poder Público frente aos preceitos



constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma garantia ao cidadão de respeito e observância aos direitos fundamentais que lhes são constitucionalmente assegurados.

Moraes (2006, p. 644) classifica como misto o controle de constitucionalidade repressivo exercido pelos órgãos jurisdicionais em nosso Ordenamento Jurídico. Assim, conforme mencionado anteriormente, o controle de constitucionalidade no Brasil poderá ser exercido pelo Poder Judiciário tanto na **forma difusa**, quando é exercido por diversos órgãos deste poder, quanto na **forma concentrada**, oportunidade em que é exercido por um só órgão; no caso do nosso ordenamento jurídico, pelo Supremo Tribunal Federal, a quem foi atribuída a função de guarda da constituição (art. 102, I, “a”, da CF/88).

A seguir serão abordadas as duas formas pelas quais se dá o controle da constitucionalidade repressiva pelo Poder Judiciário.

#### 3.4.1.1 Controle Difuso ou Aberto

O controle difuso se dá quando a apresentação de questões constitucionais surge como preliminar ou como fundamento de uma decisão final que tem como preocupação primeira a solução de questões constitucionais.

Em outras palavras, a análise da constitucionalidade figura como um instrumento para que o juiz decida um caso concreto que lhe é apresentado, controle este que é denominado difuso, podendo passar, via recurso, por vários órgãos do Poder Judiciário.

Essa espécie de controle, segundo Moraes (2006, p. 645), é também denominada como controle por via de exceção ou defesa, e consiste na autorização atribuída a todo juiz ou tribunal para que verifique a compatibilidade de lei ou ato normativo, a ser aplicado no caso concreto, com a Constituição Federal. Referida atividade decorre da interpretação feita pelo órgão jurisdicional em relação às leis infraconstitucionais a serem aplicadas, oportunidade em que, verificada essa incompatibilidade, aplicar-se-á a Constituição Federal, ante a primazia gozada por esta em nosso Ordenamento Jurídico em face de qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

Nessa modalidade de controle, a apreciação da constitucionalidade realizada pelo Judiciário se dá de forma incidental, ou seja, em face de questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, e não sobre o objeto principal da lide. Dessa forma, declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, seus efeitos terão o condão de apenas isentar o interessado do cumprimento, naquele caso concreto, do preceito legal contrário à constituição,

que permanecerá válido no que se refere à sua observância por parte de terceiros estranhos a esse processo, do qual resultou sua declaração de inconstitucionalidade.

Em remissão histórica sobre o controle difuso de constitucionalidade, Moraes (2006, p. 647) destaca que essa possibilidade é contemplada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro desde a Constituição Republicana de 1894. Foi com o advento da Lei Federal n.º 221/94 que essa forma de controle instalou-se efetivamente no Brasil, por meio da qual foi concedida competência “aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais”.

Assim, não obstante essa previsão constitucionalmente assegurada em nosso Ordenamento Jurídico, da possibilidade de apreciação da constitucionalidade dos atos normativos editados pelo Poder Público por parte do Poder Judiciário, cuja apreciação se dá incidentalmente em face de questão prejudicial à análise do objeto principal da ação, para que haja eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade que vier a ser realizada, é necessária a observância da condição prevista no art. 97 da Constituição Federal, denominada pela doutrina de Cláusula de Reserva de Plenário.

Dispõe o citado dispositivo que:

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Em outras palavras, e de acordo com os ensinamentos de Moraes (2006, p. 648), somente será válida a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tanto na via difusa, em relação a todos os tribunais, quanto no controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, se houver nesse sentido voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal, ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de nulidade da decisão, representando tal condição uma garantia de segurança jurídica em nosso ordenamento.

Ante a exigência prevista no art. 97, da Constituição Federal, conclui-se que, havendo a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo juízo monocrático em análise a um caso concreto, para que esta produza seus efeitos perante as partes interessadas, deverá haver na instância superior um reexame necessário da decisão proferida, ou seja, deverão os altos ser remetidos automaticamente à 2ª instância para reapreciação da decisão monocrática.

Quanto ao Controle Difuso, Moraes (2006, p. 649) destaca ainda que, nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir um caso concreto, incidentalmente declarar a

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pela maioria absoluta de seus membros, poderá, de acordo com o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal, oficial ao Senado Federal, para que este edite uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo.

Recebida pelo Senado Federal a comunicação da decisão de inconstitucionalidade da lei emitida pelo Supremo Tribunal Federal, esta será lida em plenário e encaminhada à comissão de constituição, justiça e cidadania, que formulará o projeto da resolução que suspenderá a execução da lei no todo ou em parte.

O autor ressalta que, embora exista uma discussão doutrinária no sentido de a natureza dessa atribuição do Senado Federal ser discricionária ou vinculada, o próprio Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal já manifestaram o entendimento de que não há a obrigatoriedade deste último editar a resolução que suspenda a execução da lei declarada inconstitucional por decisão irrecorrível do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo assim a natureza discricionária dessa atribuição.

Resta abordar, por fim, os efeitos do controle difuso exercido pelo Poder Judiciário, pois, uma vez declarada a inconstitucionalidade *incidentum tantum* de determinada lei, nos moldes preconizados pelo art. 97, da Constituição Federal, será a lei desfeita desde a sua origem, juntamente com as conseqüências dela derivadas, uma vez que ineficaz, o que atinge inclusive os atos pretéritos com base nessa lei praticados.

Embora sejam *ex tunc*, dada sua retroatividade, os efeitos de declaração de inconstitucionalidade no controle difuso se aplicarão apenas para as partes e no processo no qual houve a declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. Somente com a posterior publicação de resolução suspensiva da execução da lei declarada inconstitucional é que haverá ampliação dos seus efeitos a todos os destinatários da lei inconstitucional (efeito *erga omnes*), que se aplicarão, no entanto, a partir da publicação da resolução senatorial (*ex nunc*) e não retroativamente.

#### 3.4.1.2 Controle Concentrado ou via de Ação Direta

Em nosso Sistema Jurídico, ao lado do controle difuso de constitucionalidade (apresentado no item anterior), por meio do qual qualquer parcela do Poder Judiciário atua, em potencial, como guardião da Constituição, encontra-se o controle concentrado. Nessa espécie de controle, a apreciação da constitucionalidade de lei ou ato normativo é submetida diretamente ao Tribunal Constitucional (STF), ou seja, o objeto principal das ações a este

órgão jurisdicional submetidas consiste na declaração a respeito da constitucionalidade da lei questionada.

Moraes (2006, p. 664-665) aponta que a origem dessa espécie de controle de constitucionalidade em nosso Ordenamento Jurídico ocorreu com a Emenda Constitucional nº 16, de 6-12-1965, por meio da qual foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal a competência para exercer a função do Tribunal Constitucional, a qual se mantém atualmente, e destaca que:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A partir de tais afirmações, conclui-se que diferentemente do controle difuso, no controle concentrado a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei consiste no propósito único e exclusivo da ação, que é promovida diretamente perante o Tribunal Constitucional, por um dos sujeitos constitucionalmente legitimados.

Moraes (2006, p. 665) classifica em cinco espécies distintas o controle concentrado de constitucionalidade previsto em nossa Constituição Federal, sendo estas: ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*, EC nº 03/93); e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

## CAPÍTULO 4 – SÚMULA VINCULANTE

### 4.1 Origem e Fundamentos da Previsão Legal da Súmula Vinculante

Conforme se conclui de toda a exposição realizada no capítulo anterior, o Poder Judiciário representa o último recurso ao qual o indivíduo poderá recorrer para requerer a tutela de um direito que estiver sendo violado.

A essência da atuação do Poder Judiciário é esta: ao prestar a tutela jurisdicional, este órgão possibilita que o titular de um direito que foi de qualquer forma violado, ou que esteja sofrendo ameaça de sê-lo, volte a ter o seu gozo pleno e efetivo.

Ademais, a criação dessa esfera de poder estatal se fez necessária exatamente porque a simples previsão legal, ou até mesmo constitucional de direitos não é suficiente para que todas as pessoas submetidas a tais preceitos legais os observem frente a seus titulares.

Ocorre que, em nosso Ordenamento Jurídico, com o passar do tempo e a evolução da sociedade, os conflitos de interesses submetidos ao Poder Judiciário foram se tornando cada vez mais complexos e numerosos, o que foi tornando a prestação jurisdicional cada vez mais lenta e tardia àqueles que a ela recorriam na busca de seus direitos.

Essa morosidade que passou a atingir a atuação jurisdicional instalou-se gradativamente em nossa realidade jurídica, se fazendo presente até os dias atuais, e sua principal conseqüência atinge diretamente a função primordial do Poder Judiciário, de restabelecer a efetividade dos direitos fundamentais a seus titulares, uma vez que a tutela tardia acaba se tornando uma tutela ineficaz.

A respeito do assunto Teixeira (2008, p. 76-77) afirma que :

[...] o direito processual não conseguiu acompanhar esta evolução, sendo que hoje o Poder Judiciário enfrenta a agrura de não poder dizer o direito de forma rápida e eficaz, o que vem impedindo o Estado brasileiro de oferecer a devida proteção judiciária aos cidadãos, cujo direito à tutela jurídica adequada está implicitamente garantida no texto constitucional no artigo 5º, inciso XXXV, *in verbis*: “artigo 5º: [...]. XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição Federal de 1988).

As normas processuais existentes no Ordenamento Jurídico representam instrumento conferido ao Poder Judiciário na prestação da tutela jurisdicional, pois são elas que estabelecem quais atos devem ser praticados, em cada fase da apreciação do conflito, até o

momento da prolação da sentença pelo magistrado, que dirá qual o direito material a ser aplicado ao caso concreto.

Teixeira (2008, p. 77-97) afirma que o processo constitui um instrumento de natureza institucional, cuja função, que é dupla e simultânea, se resume na dirimência de conflitos e restabelecimento da paz social, pois sua origem se fundou na insuficiência da simples existência das leis para que seus respectivos preceitos fossem observados, e, também, na necessidade de um instrumento de atuação desse direito material existente.

O autor, então, aborda os principais pontos da evolução sofrida pelos princípios e normas referentes ao direito processual ao longo da história, desde o surgimento das primeiras normas tendentes à aplicação do direito material, editadas nas primeiras civilizações que se tem notícia, até os princípios, normas e teorias processuais existentes atualmente.

Em paralelo, o citado autor destaca os reflexos que referida evolução gerou na formação do direito processual brasileiro e os doutrinadores processualistas que influenciaram na sua formação (ex.: Oscar Von Bülow, Giuseppe Chiovenda, Enrico Tullio Liebman), para ressaltar que toda essa evolução e transformações, pelas quais vem passando o direito processual brasileiro e o próprio Poder Judiciário, têm o objetivo de corresponder às transformações e à complexidade que vêm atingindo a sociedade e as relações entre os indivíduos.

Tal objetivo, no entanto, não está sendo alcançado. Embora o direito processual se encontre em constantes transformações e modernizações, as transformações sociais ocorrem em ritmo mais acelerado, ocasionando a morosidade do Poder Judiciário em atender às suas demandas, o que distancia cada vez mais a efetividade da prestação jurisdicional dos direitos em função dos quais essa tutela é pleiteada, e, também, a própria garantia de acesso à justiça.

Quanto às medidas que vêm sendo tomadas pelo legislador brasileiro para reverter este crítico quadro, Teixeira (2008, p. 97-103) elenca as denominadas “mini-reformas” legislativas que foram sendo editadas, dentre elas, a Emenda Constitucional nº 45, que promoveu a Reforma do Poder Judiciário de 2004 e, entre suas previsões, instituiu a Súmula Vinculante (objeto deste trabalho) em nosso Ordenamento Jurídico, e, também, a edição da Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006, que disciplina a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF.

Nas palavras do autor:

Essas reformas do sistema processual brasileiro pretendem, basicamente, modernizar a atuação do Poder Judiciário através de uma atuação mais rápida e efetiva na prestação jurisdicional adequada.

Em relação à EC nº 45/04, Tavares (2005, p. 30-33) destaca que são constantes suas referências à celeridade processual, sendo que esta se encontra consagrada em duas perspectivas que se complementam, a primeira como direito fundamental, e a segunda como diretriz estrutural do Poder Judiciário.

No primeiro aspecto, a EC nº 45/04 inseriu no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”, inciso este que, segundo o autor, consagrou quatro direitos fundamentais, sendo eles:

[...] (i) razoável duração do processo judicial; (ii) razoável duração do processo administrativo; (iii) os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo judicial; e (iv) os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo administrativo.

No segundo aspecto (estrutural), a EC nº 45/04 previu elementos estruturais que visam a dar viabilidade ao direito fundamental então criado, elencados pelo autor como sendo:

[...] (i) a busca da redução no número de processos pela redução do número de recursos extraordinários a serem conhecidos (art. 102, § 4º, pelo qual se estabelece, para o recurso extraordinário, a necessidade do recorrente demonstrar “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”); (ii) súmula vinculante, fazendo com que as decisões sejam mais “previsíveis” e, assim, mais céleres; (iii) atuação do CNJ; (iv) atividade jurisdicional ininterrupta, com o fim das férias coletivas; (v) distribuição imediata de processo em todos os graus de jurisdição; (vi) Justiça funcionando descentralizadamente; (vii) Justiça itinerante; (viii) possibilidade de despachos ordinatórios do processo pelos serventuários da Justiça; (ix) aumento do número de juízes, proporcionalmente em relação à demanda e à população.

Verifica-se, portanto, que a previsão legal da súmula de efeito vinculante em nosso Ordenamento Jurídico ocorreu como um dos elementos estruturais contemplados pela EC nº 45/04, com o objetivo de dar efetividade ao direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Esse direito fundamental foi criado pela referida Emenda Constitucional, cuja totalidade das previsões constituiu a Reforma do Poder Judiciário, que buscou promover a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos e garantias fundamentais.

## 4.2 Sistema em Vigor até a Emenda Constitucional nº 45/04

Nas palavras de Moraes (2006, p. 515), as súmulas vinculantes têm sua origem na necessidade de reforçar a idéia de haver interpretação jurídica única e igualitária de um mesmo texto constitucional e legal. Essa uniformização possibilita que os órgãos do Poder Judiciário apliquem os mandamentos legais aos casos concretos que lhes forem submetidos, em consonância com os princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Antes de abordar especificamente a questão das súmulas vinculantes, sua regulamentação e os efeitos de sua aplicação, será demonstrado, ainda que de forma sucinta, as principais previsões que precederam a súmula vinculante em nosso Ordenamento Jurídico, que, de forma bem mais restrita que esta, também consistem em instrumentos de uniformização dos entendimentos manifestados pelos tribunais a respeito das disposições legais.

A respeito do assunto, Souza (2008, p. 253) ressalta, primeiramente, que o termo “súmula” diz respeito ao conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, que contempla diversos ramos do direito, e é organizado por verbetes enumerados de forma aleatória no que se refere às temáticas dos assuntos.

Tais afirmações significam que, em termos técnicos, a súmula não é cada um desses verbetes (enunciados) referentes à interpretação do órgão sobre determinada questão de direito, mas o conjunto desses enunciados.

O que ocorre, na prática, contudo, é que tais enunciados emitidos pelos tribunais acabam sendo denominados de súmulas.

O citado autor, então, afirma que a súmula, no Brasil, teve sua origem na década de 1960. Nessa época, já havia um acúmulo de processos pendentes de julgamento, atinentes, em sua maioria, a questões idênticas.

Diante dessa situação, o STF, após a elaboração de seu Regimento Interno (sessão de 30.08.1963), decidiu, na sessão de 13.12.1963, publicar oficialmente e pela primeira vez a súmula de sua jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964.

Nas palavras do autor:

A edição da Súmula – e dos seus muitos enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, previsto regimentalmente, que passa pela escolha dos temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e, ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência.



Teixeira (2008, p. 115-116) afirma que estava em vigência a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, quando houve a instituição da súmula oficial da jurisprudência do STF, através da Emenda Regimental editada no dia 28 de agosto de 1963, cuja finalidade foi de “compendiar as teses jurídicas firmadas nos seus posicionamentos”.

Essa matéria, no entanto, veio a ser tratada de forma específica apenas no atual Regimento Interno do STF, que entrou em vigor no dia 1º de dezembro de 1980, no seu art. 102 e seus parágrafos.

Quanto aos motivos ensejadores da súmula de jurisprudência do STF, Souza (2008, p. 253-255) afirma que, além da busca da celeridade na prestação jurisdicional das demandas que se acumulavam perante esse tribunal, almejava-se também uma maior certeza do direito.

Conforme dito, a súmula possibilita um acesso rápido à jurisprudência assente do Tribunal a respeito de diversos temas jurídicos, pois traz em cada enunciado a interpretação prevalente e consolidada a respeito de determinados aspectos da lei, podendo também preencher eventuais lacunas nela existentes.

Além disso, a previsão da súmula se traduz, tanto para os jurisdicionados, quanto para o próprio Judiciário, na busca da previsibilidade da solução dos litígios presentes e futuros.

O conteúdo da súmula revela a interpretação a ser dada à norma legislada de forma segura, precisa e clara, o que culmina, ainda, na afirmação do princípio da igualdade, pois evita a existência de várias interpretações para a mesma questão de direito e garante a aplicação de uma mesma regra a conflitos semelhantes.

Foi com a previsão da Uniformização de Jurisprudência, realizada no Código de Processo Civil de 1973 (arts. 476/479), que a possibilidade de edição de súmula, até então restrita ao STF, se estendeu aos demais tribunais, cujo objetivo, nas palavras de Teixeira (2008, p. 118), era “evitar discrepância no julgamento dentro de um mesmo tribunal, podendo esse procedimento culminar com a edição de súmula”.

Souza (2008, p. 240-242) sintetiza o procedimento desse Incidente de Uniformização de Jurisprudência, afirmando que, se no momento do julgamento, o órgão fracionário de um tribunal verificar que existem decisões divergentes sobre uma mesma tese jurídica naquela corte, poderá submeter (de ofício, a requerimento das partes ou do Ministério Público) essa tese à análise da seção civil, corte especial ou pleno (órgão uniformizador), para que este se manifeste previamente a seu respeito. O julgamento no órgão fracionário será sobrestado até que o órgão uniformizador profira sua decisão no incidente, devendo esta ser obrigatoriamente aplicada no julgamento até então sobrestado no órgão fracionário.

O autor ressalta que a decisão proferida no incidente versará apenas sobre a tese jurídica, ou seja, limitar-se-á à interpretação de direito, pois os fatos do caso concreto serão apreciados pelo órgão fracionário, que estaria vinculado à interpretação dada à tese jurídica incidentalmente. Além disso, essa decisão proferida incidentalmente, se obtida pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização de jurisprudência (art. 479, do CPC), vinculando, assim, a solução de outros casos que nesse tribunal discutam a mesma tese jurídica objeto da súmula.

Nesses moldes, referido incidente produzirá dupla vinculação: a primeira em relação à decisão do caso concreto que originou o incidente, e a segunda, uma vez proferida pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, vinculará os demais casos que nesse mesmo tribunal vierem a discutir a mesma tese jurídica.

Após essa exposição, porém, Souza (2008, p. 245) ressalta que existe um entendimento referente à faculdade do tribunal de editar súmula, o que mitigaria a segunda vinculação, e argumenta que:

Não basta vincular o órgão fracionário à interpretação dada a tese jurídica pelo órgão uniformizador apenas no caso concreto que deu origem ao incidente; o mais importante, se obtida maioria absoluta, é uniformizar, como um todo, o entendimento do tribunal para os casos em que a mesma tese jurídica seja discutida, garantindo, assim, a desejada isonomia de tratamento.

Teixeira (2008, p. 121) conclui que ao prever esta possibilidade de uniformização de jurisprudência:

O Código de Processo Civil estendeu a possibilidade de editar súmulas a todos os tribunais da União e dos Estados, como consequência do processo de uniformização da jurisprudência. Como decorrência, hoje a súmula significa a expressão máxima da jurisprudência dos tribunais brasileiros.

Jansen (2005, p. 227), entre as modificações relativas à uniformização de jurisprudência em nosso ordenamento jurídico, destaca que:

A começar pela Lei nº 9.139/1995, que permitia, com a redação que deu ao art. 557 do CPC, que o relator negasse segmento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior; o mecanismo foi alargado pela Lei nº 9.756/1998, que deu a atual redação do art. 557 do CPC, permitindo fosse negado segmento não só ao recurso contrário à súmula, mas também à jurisprudência dominante do próprio tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou tribunal superior, e, ainda, fosse dado provimento ao recurso conforme súmula ou jurisprudência dominante (§ 1º - A, do art. 557).

Ainda dentro das previsões do Código de Processo Civil, mais especificamente em seus artigos 480 a 484, está prevista a denominada declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantu*, cuja vinculação interna, conforme expõe Souza (2008, p. 249-252), é muito parecida com o incidente de uniformização de jurisprudência.

O procedimento de declaração de inconstitucionalidade será decidido incidentalmente e nos mesmos moldes do procedimento de uniformização de jurisprudência, versando, entretanto, não sobre determinada tese jurídica controvertida naquele tribunal, mas sobre inconstitucionalidade de preceito legal ou ato normativo do Poder Público, sendo que, na decisão, o órgão pleno apreciará apenas a questão de direito, e não fática.

A decisão proferida nesse incidente pelo órgão pleno vinculará o órgão fracionário no julgamento do recurso ou ação sobre estado, e, ainda, embora esse controle concentrado de constitucionalidade não possua eficácia *erga omnis*, transcenderá o caso específico que lhe originou, vinculando internamente os órgãos fracionários dessa corte, que deverão aplicar nos futuros feitos o entendimento firmado pelo órgão pleno nesse incidente.

Ocorre que, para produzir essa dupla vinculação, a declaração de inconstitucionalidade deve decorrer do voto da maioria absoluta (art. 97, da CF/88), requisito este que não é exigido apenas para a declaração de constitucionalidade, que vinculará o órgão fracionário mesmo pela maioria simples.

O autor ressalta que a vinculação dessas decisões para o respectivo tribunal que a proferiu está prevista nos regimentos internos dos tribunais, como é o caso da previsão do artigo 101 do Regimento Interno do STF, e também do artigo 481 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual:

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Teixeira (2008, p. 122) se reporta, ainda, à eficácia contra todos (*erga omnis*) e ao efeito vinculante, conferidos pelo artigo 102, § 2º da Constituição Federal, às decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Souza (2008, p. 218) explica que o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF nessas ações abrange os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, e exemplifica que:

No caso do Poder Judiciário, por exemplo, o decidido na ação direta de inconstitucionalidade, repercutirá, necessariamente, nos vários processos porventura em andamento no país. Repercutirá vinculando o órgão julgador que deverá aplicar, ao julgar o caso concreto sob responsabilidade, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo. Se não o fizerem, eles afrontarão autoridade de julgado do Supremo Tribunal Federal, o que abre as portas para Reclamação, conforme prevista no art. 102, I, I da Constituição Federal, além, naturalmente, do cabimento dos recursos cabíveis às instâncias superiores.

Jansen (2005, p. 226) explica que, unindo a essas duas ações a argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e disciplinada Lei nº 9.882/1999, forma-se um conjunto de ações, cujas respectivas decisões têm eficácia *erga omnis* e efeito vinculante.

Ao expor a evolução pela qual as súmulas e jurisprudências dos tribunais foram sendo adotadas em nosso ordenamento jurídico como referências para julgamentos futuros, Jansen (2005, p. 227-228) afirma que a uniformização de jurisprudência é uma tendência necessária na condução de uma maior segurança jurídica e da igualdade de julgamento em casos semelhantes.

O autor destaca que, embora as súmulas não vinculantes e as jurisprudências dos tribunais possuam apenas autoridade persuasiva, as decisões proferidas em ações de controle concentrado têm autoridade normativa. Em conclusão, afirma que essa importância que a jurisprudência vem alcançando demonstra a desvinculação da idéia tradicional do juiz como sendo “a boca que pronuncia as palavras da lei”, para o entendimento da atividade jurisdicional como criadora do direito.

Conforme exposto no início deste capítulo, nosso ordenamento jurídico passou a contemplar a súmula vinculante a partir da EC nº45/04, que, ao promover a Reforma do Judiciário, previu-a como um dos instrumentos para dar efetividade ao direito fundamental (também previsto na mesma emenda) da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A adoção da súmula vinculante, segundo Teixeira (2008, p. 123), inovou o sistema até então vigente, pois ampliou a força obrigatória das decisões do STF, abrangendo também a atuação deste órgão na guarda da Constituição, por meio do controle concreto de

constitucionalidade, “cujo julgamento esteja afetado ao plenário, os quais constituem o maior número dos feitos carreados ao Supremo Tribunal Federal”.

Sobre essa inovação, Tavares (2009, p. 26) afirma que:

As *súmulas* sempre foram compreendidas na sistemática brasileira, portanto, como a sedimentação de orientações adotadas *topicamente* pelos Tribunais em decisões diversas (jurisprudência compendiada). É, em essência, essa a idéia que será resgatada pela súmula vinculante na Reforma do Judiciário (EC 45/04) e na Lei em análise, que anuncia regulamentar o instituto recém-criado.

Dessa breve exposição, verifica-se que a súmula vinculante não foi inserida em nosso ordenamento jurídico repentinamente, mas que sua previsão constitucional decorreu da importância e dimensão cada vez maior que os entendimentos consolidados pelos tribunais a respeito dos preceitos legais foram alcançando, na orientação e direcionamento das futuras decisões a serem proferidas.

### **4.3 Edição, Revisão e Cancelamento de Súmula Vinculante**

A possibilidade de edição de súmula vinculante pelo STF foi inserida no texto constitucional pela EC nº45/04, por meio do art. 103-A, que dispõe que:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Conforme o exposto em linhas anteriores, as súmulas até então contempladas em nosso ordenamento jurídico produziam efeito vinculante apenas em face do próprio tribunal

emite, podendo influenciar ou não as decisões que fossem posteriormente proferidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Tal fato, nas palavras de Souza (2008, p. 258), significa que “o tribunal emite como um todo e seus membros individualmente devem acompanhar os enunciados de sua súmula, até que estes sejam, a tempo e modo, devidamente revistos [...]”.

Além disso, o artigo 557 do Código de Processo Civil permite que seja negado seguimento a recursos contrários à súmula e à jurisprudência dominante do próprio tribunal, do STF ou de tribunal superior, sendo que, se a contrariedade a referidos entendimentos decorrer da decisão recorrida, permite que o próprio relator dê provimento ao recurso.

As súmulas clássicas de nosso sistema (não vinculantes), conforme afirma Teixeira (2008, p. 125-127), constituem uma síntese das decisões proferidas em um mesmo sentido em casos semelhantes, por disposições claras e diretas, tidas apenas como instrumentos de orientações para as decisões a serem proferidas futuramente (exceto para o tribunal que a editar). Em outras palavras, tais súmulas não vinculam os demais juízes e órgãos do Poder Judiciário, que permanecem livres para seguirem suas orientações ou não.

A partir da inserção do artigo 103-A na Constituição Federal, o STF poderá editar súmula que deverá ser obrigatoriamente aplicada às decisões futuras a serem proferidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, justificando-se por tal razão a denominação “súmula vinculante”.

Nas palavras do citado autor, “com essa nova postura constitucional, uma súmula que antes era meramente consultiva, passa a ter verdadeiro efeito vinculante, e não mais facultativo, ou seja, não pode ser contrariada”.

No que diz respeito aos objetivos dessa inovação, Chimenti, Capez, Rosa e Santos (2006, p. 417) afirmam que:

Busca-se assegurar o princípio da igualdade, evitando que uma mesma norma seja interpretada de formas distintas para situações fáticas idênticas, criando distorções inaceitáveis, bem como desafogar o STF do atoleiro de processos em que se encontra, gerado pela repetição exaustiva de casos cujo desfecho decisório já se conhece.

Conforme Tavares (2009, p. 22) a súmula vinculante representa a possibilidade dada ao STF de sintetizar em enunciados sua interpretação consolidada a respeito de matéria constitucional, que deverá ser seguida pela administração pública e pelos demais órgãos do Poder Judiciário em suas futuras decisões, sob pena de invalidação do ato e responsabilizações.

Assim, após a inserção da súmula vinculante por meio do artigo 103-A da Constituição Federal, para regulamentação deste, foi editada a Lei nº 11.417, que entrou em vigor no dia 19 de dezembro de 2006, disciplinando a edição, revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes, cujas principais aplicações serão abordadas a seguir.

#### **4.3.1 Competência para edição, revisão e cancelamento e natureza jurídica do processo**

Conforme dispõe o *caput* do art. 103-A e o *caput* do art. 2º da Lei nº 11.417/06, a edição, a revisão e o cancelamento da súmula vinculante caberá apenas ao STF, que atuará de ofício ou provocado pelos legitimados.

Segundo Tavares (2009, p. 30-32), essa possibilidade de revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante são mecanismos que vão evitar o “engessamento” do direito, pois este constitui um dos argumentos levantados pelos opositores da adoção da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico.

O autor afirma que o processo de produção das súmulas vinculantes constitui uma aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (exigência de reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito *erga omnis* vinculante), cuja natureza jurídica é de um processo objetivo típico, e explica que:

A circunstância de haver legitimados ativos constitucionalmente indicados (art. 103-A, §2.º, da CB), de ser necessária uma discussão (real) sobre o conteúdo e redação da súmula (que será tanto mais profunda quanto maior seja a divergência de fundamentação jurídica nas decisões que servirão de base para autorizar a confecção da súmula vinculante), bem como a discussão dos efeitos da própria súmula, demonstram que há necessidade de um processo de natureza jurisdicional objetiva (porque são ignorados os casos concretos subjacentes às decisões singulares configuradoras do requisito constitucional).

Além disso, embora o STF possa agir de ofício na edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante, tal circunstância não retira a natureza jurisdicional desses processos, pois, para que ocorram, devem estar consubstanciados na provocação e no julgamento de diversos casos anteriores (reiteradas decisões).

#### **4.3.2 Pressuposto para Aprovação de Enunciado de Súmula Vinculante**

Em análise às exigências previstas no art. 103-A da Constituição Federal, Souza (2008, p. 266-267) aponta como pressupostos objetivos para a edição de súmula vinculante:

- a) a ocorrência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional (*caput*);
- b) controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública (§ 1º); c) que recaia sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas (§1º); d) e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (§ 1º).

Além desses pressupostos, Tavares (2009, p. 33) destaca que, consoante o disposto no artigo 3º, § 1º, da citada Lei, quando o processo para edição de enunciado de súmula vinculante for deflagrado por município, será necessário, também, que este seja parte em processo judicial em curso, e nele discuta, incidentalmente, o tema a ser objeto principal do processo de edição de súmula vinculante.

O enunciado da súmula vinculante terá por objetivo sanar controvérsia atual que tenha se implantado entre os órgãos do Poder Judiciário, ou entre estes e a administração pública, a respeito da validade, interpretação e eficácia de determinada norma.

Nos dizeres de Tavares (2009, p. 41), a citada controvérsia deve ser atual no sentido de existir desde o momento em que se iniciar o processo de edição da súmula vinculante até a sua decisão. Se assim não o fosse (controvérsia não atual), desnecessária seria a edição de súmula vinculante para a pacificação da questão.

Obedecidas tais circunstâncias, para que possa ser objeto de súmula vinculante, a matéria a ser tratada deverá ser constitucional, a qual tenha sido objeto de reiteradas discussões, o que, nas palavras de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1010), exige que a já descrita controvérsia a ser superada pela súmula vinculante se refira a questões atuais, atinentes à interpretação das próprias normas constitucionais, bem como destas em face de normas infraconstitucionais.

Os autores explicam que:

Tendo em vista a competência ampla do Supremo Tribunal Federal, essas normas tanto poderão ser federais como estaduais ou municipais. É possível, porém, que a questão envolva tão-somente interpretação da Constituição e não de seu eventual contraste com outras normas infraconstitucionais. Nesses casos, em geral submetidos ao Tribunal sob alegação de contrariedade direta à Constituição (art. 103, III, a), discute-se a interpretação da Constituição adotada pelos órgãos jurisdicionais.

A exigência de reiteradas decisões reflete a preocupação do legislador constitucional em evitar que o enunciado de súmula vinculante, que implicará na vinculação obrigatória dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em suas futuras decisões e



atos, não seja editado sem que haja uma posição consolidada na jurisprudência do STF a respeito da matéria até então controvertida entre os demais órgãos do Poder Judiciário, mas que resulte de amplo debate ocorrido no órgão responsável pela sua edição.

Nas palavras de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1010-1011):

Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com o fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação.

Além da exigência de todas essas circunstâncias para a edição de enunciado de súmula vinculante, resta, por fim, destacar que a controvérsia a ser suprida deverá acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Quanto à grave insegurança jurídica, Tavares (2009, p. 41-42) afirma que um dos produtos da inserção da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico é o combate à insegurança jurídica gerada pelas diferentes aplicações que acabam sendo dadas a um mesmo dispositivo legal.

De tais controvérsias lógicas, decorre uma insegurança jurídica, em razão da falta de previsibilidade das conseqüências resultantes de determinado fato. Assim, caberá ao STF analisar se essa insegurança caracteriza-se como grave, de acordo com as circunstâncias históricas do tema em discussão; o que é imprescindível é que a gravidade seja apontada por este órgão.

Em síntese, Marinoni (2007, p. 624) afirma que a grave insegurança jurídica “residirá no estado de dúvida generalizada dentro e fora do Poder Judiciário – a exigir imediata composição do Supremo Tribunal Federal”.

Partindo do pressuposto de que com a súmula vinculante pretende-se resolver o problema do excesso de processos repetitivos a serem apreciados pelo Judiciário, Tavares (2009, p. 42) expõe que a “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” não deve ser necessariamente verificada no STF, mas sim no Judiciário como um todo.

Em complemento, Marinoni (2007, p. 624) destaca que essa multiplicação de processos é aquela que atrapalha o normal funcionamento do Poder Judiciário, pois o objetivo da súmula vinculante é eliminar a dúvida jurídica questionada em uma quantidade astronômica de processos que paralisam as varas, de forma a solucioná-los todos de uma só vez.

Verifica-se, assim, que, ao prever as descritas exigências para a edição de súmula vinculante, o legislador buscou prover um instrumento que viabilizasse, ao mesmo tempo, tanto o princípio da segurança jurídica quanto o princípio da igualdade. Ao buscar a aplicação uniforme de determinado dispositivo constitucional a todos os casos concretos a ele submetidos, proporciona maior segurança jurídica (previsibilidade) em face do direito, preservando por meio dessa uniformidade de aplicação a igualdade de todos perante a lei. Além disso, em decorrência desses inúmeros processos que serão rapidamente solucionados por meio do enunciado de súmula vinculante, será promovida também a celeridade processual.

### **4.3.3 Legitimidade para Provocação e Atuação de Ofício pelo STF**

Tanto a Lei nº 11.417/06 quanto a Constituição Federal determinam quais serão os legitimados a provocarem o processo de edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante.

O artigo 103-A, em seu parágrafo 2º prevê que:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Como se vê, esse artigo determina que os legitimados serão os mesmos que estão elencados no artigo 103, *caput*, da Constituição Federal, para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, segundo o qual:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

De acordo com tais previsões, a Lei nº 11.417/06 veio dispor sobre tais legitimados em seu artigo 3º, que prevê:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - o Procurador-Geral da República;
- V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI - o Defensor Público-Geral da União;
- VII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Comentando tais dispositivos, Tavares (2009, p. 54-56) destaca que a lei regulamentadora praticamente repetiu, nos incisos I a X do citado artigo, os legitimados previstos pela Constituição, com uma inversão da ordem elencada constitucionalmente.

Ocorre que, nessa inversão, a citada lei acabou prevendo em seu inciso VI, diferentemente da Constituição Federal, o Defensor Público-Geral da União, e deixou de prever a figura do Advogado-Geral da União. Este último, no entanto, não perdeu sua qualidade de legitimado, uma vez que continua contemplado pela Constituição Federal, não tendo apenas sido reafirmado pela lei regulamentadora.

Em consonância com a previsão constitucional, a Lei nº 11.417/06 ampliou o rol de legitimados por meios das previsões do inciso XI e do §1º do artigo 3º.

Tavares (2009, p. 58) aponta que, da previsão do inciso XI, dentre os órgãos do Poder Judiciário, restaram excluídos os juízes e juízos de primeira instância, bem como o CNJ.

O autor ressalta, ainda, que a previsão do parágrafo 1º (possibilidade de o município propor incidentalmente edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante) afirma, para este caso específico, além dos pressupostos estudados no item anterior, que deverá haver observância ao requisito de admissibilidade, consistente na existência de processo judicial em curso, no qual o município seja parte.

Embora tanto a lei quanto a Constituição Federal omitam-se com relação ao assunto, Teixeira (2008, p. 132-133) afirma que o entendimento jurisprudencial já adotado pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade a respeito da exigência feita a alguns legitimados, sem exclusão dos requisitos previstos para todos, da denominada pertinência temática, deve se aplicar ao processo de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante.

O autor explica que essa pertinência temática consiste na “demonstração de interesse objetivo na fixação vinculante da interpretação normativa por parte do Supremo Tribunal Federal com as atividades exercidas pelo respectivo legitimado”.

Os legitimados universais ou neutros (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Defensor Público-Geral da União e Partido Político com representação no Congresso Nacional), por atuarem na defesa geral dos interesses sociais, não precisam demonstrar a referida pertinência temática.

Os legitimados especiais ou sectários (confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares), por atuarem “na defesa específica de interesses inerentes à determinada categoria ou população restrita a determinada base territorial deverão demonstrar pertinência temática para terem sua proposta admitida”.

Manifestam entendimento no mesmo sentido Tavares (2009, p. 57) e Souza (2008, p. 269), sendo que, nas palavras deste último:

Evidentemente, assim como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, para a provocação ser considerada “legítima”, o Supremo Tribunal Federal deverá, em alguns casos, analisar a chamada relação de pertinência, só admitindo o pedido se a matéria objeto do enunciado pretendido tiver pertinência temática com os interesses ou fins institucionais do suposto legitimado.

Resta consignar, por fim, que, como está expressamente previsto tanto no *caput* do artigo 103-A da Constituição Federal, quanto no *caput* do artigo 2º da Lei nº 11.417/06, o STF também poderá instaurar, de ofício, processo objetivo para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante.

Assim, diante da existência de todos os pressupostos legais, não estará o STF vinculado e adstrito à provocação dos legitimados, podendo iniciar procedimento para edição,

revisão e cancelamento de súmula vinculante tão logo identifique a necessidade e possibilidade para tanto.

#### **4.3.4 Quórum para Edição, Revisão e Cancelamento da Súmula Vinculante**

Além da exigência da existência de reiteradas decisões repetitivas a respeito da interpretação, validade e eficácia de determinada norma, atinente a matéria constitucional, a ser tratada em súmula vinculante, pressuposto tratado por Tavares (2009, p. 51) como “aspecto quantitativo”, o *caput* do artigo 103-A da Constituição Federal e o artigo 2º, § 3º da Lei nº 11.417/06 estabelecem que a decisão de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante deverá ser tomada pelo quórum qualificado de 2/3 dos membros do STF.

É importante ressaltar que na formação de seu convencimento para tomada dessa decisão, o STF poderá contar com a manifestação de terceiros a respeito da matéria constitucional discutida, conforme prevê expressamente o artigo 3º, § 2º da citada lei, *in verbis*:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: [...]

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

Essa possibilidade de manifestação desses “participantes” ou “colaboradores” no processo objetivo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é entendida por Tavares (2009, p. 61-62) como uma hipótese de pluralização das discussões a respeito da matéria constitucional submetida ao STF, que se encontra “[...] implícita ao princípio da constitucionalidade, por haver nele um interesse público objetivo na discussão acerca da ordem constitucional”.

#### **4.3.5 Efeito Vinculante**

Conforme se depreende de todas as considerações já expostas a respeito da edição de enunciado de súmula vinculante pelo STF, por expressa determinação constitucional e da Lei nº 11.417/06, seu conteúdo se restringirá à compilação sintetizada do entendimento proferido reiteradamente por este tribunal a respeito de matéria de direito (“validade, interpretação e

eficácia de normas determinadas”), de natureza constitucional, não abrangendo em suas disposições as circunstâncias fáticas dessas decisões reiteradas que ensejaram sua edição.

Partindo desse pressuposto, Souza (2008, p. 270) afirma que a aplicação do enunciado de súmula vinculante se dará em relação a um indeterminado número de casos que tenham por objetivo discussão da tese jurídica neles consolidada, subsumindo-os à generalidade de suas disposições, circunstância que caracteriza cada um desses enunciados como norma genérica e abstrata.

Na aplicação das disposições gerais e abstratas dos enunciados de súmula vinculante, o autor afirma que, para a sua subsunção ao caso concreto, os juízes deverão analisar cuidadosamente os fatos que o compõem, pois, embora tratem unicamente de questões de direito, as teses jurídicas constantes de súmulas vinculantes destinam-se aos fatos que compõem os casos concretos postos à apreciação do Poder Judiciário.

Está preconizado tanto na Constituição Federal (art. 103-A, *caput*) quanto na lei regulamentadora (art. 2º, *caput*) que, uma vez editado e publicado, o enunciado de súmula vinculante “[...] terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal [...]”, o que, segundo Tavares (2009, p. 38), significa que o “âmbito subjetivo de vinculação são, portanto, *prima facie*, Judiciário e Administração Pública”.

Essa previsão, segundo Paulo e Alexandrino (2008, p. 750) impõe “[...] que nenhum juízo ou tribunal inferior, bem como nenhum órgão ou entidade da Administração Pública direta e indireta poderá contrariar o conteúdo da súmula”.

Em razão da expressa previsão de vinculação do entendimento editado em súmula vinculante apenas em relação aos Poderes Judiciário e Executivo, Tavares (2009, p. 39) afirma que, a despeito da edição de súmula vinculante que afirme a inconstitucionalidade de determinada lei ou que lhe dê determinada eficácia, o legislativo poderá legitimamente editar nova lei de conteúdo idêntico ao da lei objeto de súmula vinculante, reabrindo a discussão que já havia sido definida por referido enunciado.

O autor destaca, ainda, que a vinculação dos órgãos do Poder Judiciário ao enunciado de súmula vinculante não inclui o próprio STF, o que se evidencia pela expressão “demais órgãos do Poder Judiciário”, razão pela qual este órgão poderá rever o entendimento vinculante preconizado sempre que sofrer alguma mudança em seu posicionamento, pois além de editar, poderá rever e até cancelar súmula vinculante de ofício.

Nesse mesmo sentido, Souza (2008, p. 272) afirma que:

[...] isso não quer dizer que o Supremo não deva seguir os enunciados da sua súmula. Ele deve seguir – como colegiado e seus ministros individualmente – até que o enunciado seja revisto ou cancelado pelo quórum devido e na forma legal e regimental.

A respeito do estudado efeito vinculante, Chiment, Capez, Rosa e Santos (2006, p. 418) esclarecem que sua abrangência é maior que a do efeito *erga omnis*, pois obrigará os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública a aplicarem o julgado tanto em sua parte dispositiva, quanto em seus fundamentos determinantes. A súmula vinculante não vinculará, no entanto, o próprio STF, que poderá modificar seu entendimento, e o Poder Legislativo, que continuará livre no exercício de sua função, podendo editar normas contrárias à súmula vinculante.

A principal consequência prática desse efeito vinculante direcionado aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, segundo Souza (2008, p. 272-273), é a possibilidade de Reclamação, remédio judicial cabível em hipóteses de inobservância dos enunciados de súmula vinculante.

Em relação à vinculação da Administração Pública, o autor prevê uma possibilidade de diminuição da quantidade de demandas judiciais, pois aponta a Administração Pública como o principal litigante nas ações intentadas perante o Poder Judiciário, e argumenta que:

O jurisdicionado não precisará – espera-se – ajuizar ação contra o Poder Público com fundamento em enunciado que lhe é favorável, uma vez que o entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal será, de logo, administrativamente cumprido. Não é demais lembrar que a imensa maioria dos processos em que a Administração Pública hoje litiga diz respeito a questões tributárias e previdenciárias (com conteúdo constitucional também, é claro), cuja solução já foi dada, reiteradas vezes, pelo Supremo Tribunal Federal.

Resta consignar, ainda, que, segundo Jansen (2005, p. 251), a vinculação aos particulares será indireta, pois os atos que praticarem contrariamente ao enunciado de súmula vinculante não estão sujeitos à reclamação perante o STF, como ocorre com os demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública, mas, dirimidos pela via judicial, terão solução conforme o enunciado da súmula vinculante que violaram.

#### **4.3.6 Eficácia Temporal**

No que diz respeito à eficácia temporal, de acordo com o *caput* e parágrafo 4º do artigo 2º da Lei nº 11.417/06, o efeito vinculante do enunciado de súmula vinculante se dará a

partir da data de sua publicação na imprensa oficial, a ser realizada pelo STF, no prazo de 10 dias da data da edição.

O art. 4º da citada Lei, por sua vez, dispõe que:

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Para determinar a “eficácia imediata” prevista nesse último dispositivo, Tavares (2009, p. 64) ressalta que sua interpretação deve ser feita em conjunto com o *caput* e parágrafo 4º do artigo 2º da referida lei, de acordo com a qual a eficácia imediata se dará a partir da data da publicação do enunciado, e não do dia da decisão adotada em julgamento no STF.

Nas palavras de Paulo e Alexandrino (2008, p. 750):

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público [...]

Segundo Teixeira (2008, p. 193), o artigo 4º da Lei nº 11.417/06 determina que os efeitos vinculantes ocorrerão em caráter *ex nunc*, pois se aplicarão a partir da data de publicação, não havendo possibilidade de a eles ser dado o caráter retroativo (*ex tunc*). Esse artigo, no entanto, traz ao STF a faculdade de “modulação dos efeitos temporais da súmula para outro momento futuro”, bem como da “restrição material da eficácia vinculante da súmula”. De acordo com esta segunda possibilidade, o STF poderá estabelecer que a eficácia obrigatória da súmula vincule apenas determinados órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

#### **4.3.7 Reclamação em face do Descumprimento de Súmula Vinculante**

Conforme já exposto, a possibilidade de Reclamação constitui a principal consequência prática do efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

Tal medida está prevista tanto na Constituição Federal, quanto na Lei regulamentadora. O parágrafo 3º do artigo 103-A da Constituição Federal prevê que:



§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Já a Lei nº 11.417/06 prevê a possibilidade de Reclamação em seu artigo 7º, de acordo com o qual:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Segundo Tavares (2009, p. 76), essa medida visa a assegurar o cumprimento das súmulas vinculantes e será cabível sempre que houver ações ou omissões perpetradas pela Administração Pública e órgãos do Poder Judiciário que contrariem, neguem vigência ou apliquem indevidamente enunciado de súmula vinculante, circunstâncias estas que serão apresentadas pela Lei como hipótese de descumprimento de súmula vinculante.

O autor ressalta que a consequência de tais hipóteses de descumprimento é o restabelecimento da insegurança jurídica, que vinha sendo causada pela aplicação concomitante de interpretações e entendimentos diversos a respeito de um mesmo dispositivo legal pelos vários órgãos do Poder Judiciário, que ocasionou a edição da súmula vinculante.

Além disso, o entendimento mais recente do STF admite a propositura de Reclamação por qualquer interessado que venha a ser prejudicado pelo descumprimento de súmula vinculante por qualquer decisão judicial ou administrativa.

Embora a Constituição Federal e sua Lei regulamentadora tenham previsto esse remédio para as hipóteses de descumprimento de enunciado de súmula vinculante, Souza (2008, p. 276-277) ressalta a importância da aceitação das súmulas vinculantes pelo Poder Executivo e órgãos do Poder Judiciário. A inobservância do instituto causaria a frustração do objetivo para o qual este foi previsto pela Reforma do Poder Judiciário (celeridade processual) em razão das inúmeras Reclamações que serão interpostas na busca de seu cumprimento. Nas palavras do autor:

Paradoxalmente, apesar da vinculatividade da súmula, a uniformização da “jurisprudência” e a otimização da prestação jurisdicional somente serão alcançadas se houver conscientização da importância do instituto súmula e o cumprimento voluntário dos seus enunciados; caso contrário, haverá um

sem-número de reclamações, o que tornará o processamento delas moroso e a aplicação do efeito vinculante, por conseguinte, praticamente inviável.

O parágrafo 1º do artigo 7º da Lei nº 11.417/06 prevê que a reclamação proposta contra omissão ou ato da Administração Pública somente poderá ser proposta após o esgotamento das vias administrativas, previsão esta que, segundo Tavares (2009, p. 81) criou hipótese de “contencioso administrativo obrigatório”.

Já a respeito das conseqüências da decisão proferida em face da reclamação, Tavares (2009, p. 84) afirma que o STF não decidirá o caso concreto substituindo a decisão impugnada, mas apenas a desconstituirá, determinando que a instância decisória originária (órgão jurisdicional ou administrativo) profira nova decisão em razão da contrariedade apresentada pela decisão anterior ao conteúdo de determinada súmula vinculante. Em outras palavras, o STF cassará a decisão judicial e anulará o ato administrativo contrário à súmula vinculante.

#### **4.4 Argumentos Contrários e Favoráveis à Súmula Vinculante**

Exposta a contemplação da súmula vinculante em nosso Ordenamento Jurídico pela EC nº 45/04, que inseriu o art. 103-A na Constituição Federal, e pela Lei infraconstitucional nº 11.417/06, que regulamentou o citado dispositivo constitucional, é o momento de exposição e análise das controvertidas discussões doutrinárias a respeito da adequação (ou não) desse novo instituto aos princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito.

Partindo do pressuposto de que esse instituto foi inserido em nosso Ordenamento Jurídico com o escopo de dar efetividade aos direitos fundamentais da razoável duração do processo (celeridade) e do acesso à justiça, de forma a proporcionar a efetiva prestação da tutela jurisdicional a todos os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos indivíduos, serão expostos os principais pontos contrários e favoráveis levantados pela doutrina a respeito de sua aplicação.

Conforme o exposto no transcorrer deste trabalho, após longo processo de conquista e reconhecimento, dada a importância e imprescindibilidade, os direitos fundamentais foram sendo contemplados em nossa Constituição Federal, cujo instrumento colocado à disposição de seus titulares para restabelecimento da efetividade em hipóteses de violações é a tutela jurisdicional a ser prestada pelo Poder Judiciário.

A atuação desse órgão, no entanto, em razão da evolução e complexidade que as relações sociais foram atingindo ao longo dos anos, vem enfrentando uma verdadeira crise, pois se revela cada vez mais morosa e tardia, postergando, assim, a efetividade dos direitos fundamentais que se propunha a tutelar.

Figurando como uma das medidas de combate a essa “crise” do Poder Judiciário, e, visando possibilitar maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, resta analisar os impactos da aplicação da súmula vinculante em nosso Ordenamento Jurídico.

Costa (2004, p. 307) traz um rol de autores que se posicionam favoravelmente e outro daqueles que se declaram contrários à súmula vinculante. Favoravelmente se posicionam:

André Ramos Tavares, Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Aurélio Mota de Sousa, Carreira Alvim, Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Mário da Silva Velloso, Ives Gandra da Silva Martins, José Augusto Delgado, José Anchieta da Silva, Miguel Reale, Raul Horta Machado, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saulo Ramos, Sepúlveda Pertence, Teresa Arruda Alvim Wambier.

Contrariamente se posicionam “Dalmo Dallari, Djanira Maria Radamés de Sá, Evandro Lins e Silva, José Celso de Mello Filho, Lenio Streck”.

#### **4.4.1 Acesso à Justiça e Celeridade na Prestação da Tutela Jurisdicional**

Tais argumentos, já explorados anteriormente, constituem os objetivos principais da inserção da súmula vinculante em nosso Ordenamento Jurídico.

A morosidade que recai sobre a atuação do Poder Judiciário, segundo Teixeira (2008, p. 150), atinge diretamente o direito que todo cidadão tem a uma prestação jurisdicional de igualdade e a própria garantia do acesso à justiça, pois esse dever jurisdicional do Estado deve ser cumprido em “tempo hábil e de forma justa”, sob pena de a tutela dos direitos não se revelar concreta e efetiva.

Nas palavras de Jansen (2005, p. 257):

[...] a súmula vinculante pode contribuir para o acesso à justiça, tida a expressão na sua acepção mais ampla: a de acesso a uma ordem jurídica justa e não apenas de acesso ao Poder judiciário. Nada mais injusto para os cidadãos do que, ao tentarem, por exemplo, haver um tributo indevidamente pago, terem de se submeter a todas as instâncias de julgamento, até o

Supremo Tribunal Federal, para que veja os seus direitos garantidos, principalmente quando a matéria já seja pacífica.

Teixeira (2008, p. 154), por sua vez, aponta a súmula vinculante como um instrumento hábil a evitar inúmeras ações desnecessárias e recursos protelatórios (interpostos na maioria das vezes pela própria Administração Pública) a respeito de teses jurídicas idênticas e já definidas pelo STF, que acabam congestionando os tribunais e causando um descrédito generalizado na justiça.

Tavares (2009, p. 112-113), por sua vez, expõe que:

Considere-se o dado de que o Poder Público (União, Estados-membros e Municípios) é o maior “cliente” (em termos de números de processos nos quais estão envolvidos) do Judiciário brasileiro, porque reiteradamente questiona direitos fundamentais (caros ao cidadão) já previamente reconhecidos pelo STF; como isso, ter-se-á um breve panorama da mudança que pode alcançar pela introdução da súmula vinculante no modelo brasileiro (que, nesse sentido, soma-se ao “efeito vinculante” das decisões em ações diretas.

Neste mesmo sentido, Molitor (2005, p. 96) afirma que:

[...] é do Poder Público a maior parte dos recursos que congestionam os tribunais, sendo de todos conhecido o objetivo protelatório dos procuradores e advogados públicos, os quais recorrem sistematicamente das decisões condenatórias da Fazenda Pública, cientes da jurisprudência pacífica a respeito da matéria, fazendo-o, tão-somente, com o escopo de procrastinar o cumprimento da decisão final.

Marinoni (2007, p. 623) também ressalta a importância da súmula vinculante no que concerne aos seus efeitos em relação aos atos da Administração Pública. O autor afirma que, quando sucumbente nas ações em que era parte, ainda que diante da condenação de uma conduta proferida pelo próprio STF, e, em razão de seus efeitos estenderem-se apenas às partes do processo, o Poder Público vinha mantendo a prática do condenado ato em relação ao restante da população. Tal circunstância, nas palavras do autor, redundava no seguinte paradoxo: “[...] o Estado não cumpria a decisão que ele mesmo pronunciara”.

Tais práticas, como se vê, acabam obrigando a todos aqueles que se sentirem prejudicados a ingressarem com ações judiciais para que a Administração Pública cumpra com a determinação anteriormente imposta nos novos casos que surgirem, gerando assim o desnecessário congestionamento das vias jurídicas, de forma que a cada nova súmula editada, dados seus efeitos perante a Administração Pública, inúmeros processos cujo desfecho já foi determinado pelo STF serão evitados.

Quando se trata de entendimento proferido pelo STF a respeito de tese eminentemente jurídica, de natureza constitucional, não é lógico, e constitui verdadeiro desperdício de tempo e de recursos financeiros, a admissão de ações e recursos em sentido contrário, pois, nas palavras de Duarte (2007, p. 257), o STF constitui “a maior autoridade da justiça brasileira, sendo suas decisões, conseqüentemente, irreformáveis por outro Tribunal”.

Souza (2008, p. 302), demonstrando intrínseca relação entre o acesso à justiça e a celeridade processual, afirma que “não haverá o devido acesso à justiça se a prestação jurisdicional é dada tardiamente”, o que torna premente a “adoção de institutos que impeçam situações meramente protelatórias”, bem como a “utilização de mecanismos ou critérios que poupem tempo e energia na solução dos casos”.

Foi exatamente com base em tais objetivos que ocorreu a adoção da súmula vinculante.

#### **4.4.2 Princípio da Igualdade**

Esse princípio está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, de acordo com o qual “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Conforme afirma Moraes (2006, p. 32), esse princípio possui uma tríplice finalidade limitadora em face do legislador, do intérprete/autoridade pública e do particular. No que diz respeito a esse princípio em face da atuação do Poder Judiciário, o autor ressalta que este órgão, “[...] no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas”.

A edição da súmula vinculante tem como objetivo sanar controvérsias entre os demais órgãos do Poder Judiciário, por meio da síntese do entendimento consolidado no STF, atinente à tese jurídica de natureza constitucional, a ser observada pela Administração e pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Nessas circunstâncias, a súmula vinculante constitui hábil instrumento garantidor da aplicação única e igualitária das normas jurídicas, nos termos do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, pois, conforme dito por Moraes, a igualdade perante a lei atinge da mesma forma tanto a atuação do Poder Legislativo, na edição de leis, quanto a atuação do Poder Judiciário e demais órgãos estatais responsáveis pela aplicação de tais leis.

Essa igualdade, no entanto, estará cada vez mais distante de nossa realidade jurídica, na medida em que uma mesma lei for sendo aplicada de forma diferente em casos semelhantes, de acordo com o entendimento de cada órgão jurisdicional para os quais tais casos são distribuídos.

Nesse mesmo sentido é a posição de Souza (2008, p. 305), que, em resumo, afirma que “[...] nada mais justo que casos semelhantes sejam resolvidos de modo semelhante; ao revés, nada mais injusto que esses casos (semelhantes) sejam decididos, arbitrariamente, de modos diversos.”.

Em relação às decisões contraditórias proferidas em casos idênticos pelos órgãos do Poder Judiciário, Paiotti (2003, p. 139) demonstra que o tratamento desigual que é dado aos indivíduos em decorrência dessa situação configura a existência de “duas verdades”, e exemplifica:

[...] dois criminosos que pratiquem dois roubos com arma de brinquedo, poderão receber penas distintas, dependendo do entendimento dado à palavra “arma”. No entanto, dependendo do cartório distribuidor, um acusado receberá como pena mínima quatro anos de reclusão e o outro receberá uma pena agravada em razão da presença de uma causa de aumento de pena. A diferença é gritante, principalmente por tratar-se da liberdade do indivíduo.

A esse raciocínio, Moraes (2006, p. 517) acrescenta que:

Além disso, assegurará direitos idênticos a todos, mesmo àqueles que não tenham ingressado no Poder Judiciário, mas, eventualmente, pudessem ser lesados pela administração, em virtude de seus efeitos vinculantes não só ao Poder Judiciário, mas também a todos os órgãos da administração pública direta e indireta.

Sendo assim, a afirmação do princípio da igualdade perante a lei constitui relevante argumento sustentado por aqueles que se posicionam favoravelmente à aplicação da súmula vinculante, pois a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ao seu enunciado proporciona, efetivamente, a aplicação uniforme de um mesmo dispositivo a casos semelhantes.

#### **4.4.3 Segurança Jurídica, Estabilidade e Previsibilidade do Direito**

Apontados como efeitos benéficos da súmula vinculante, a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do direito estão diretamente ligadas ao argumento anteriormente exposto, atinente ao princípio da igualdade.

Os efeitos da instabilidade e incerteza causados pelas decisões divergentes dadas pelos órgãos do Poder Judiciário a casos semelhantes são bem pontuados por Molitor (2005, p. 97) da seguinte forma:

[...] é imperioso admitir que a implantação do mecanismo do preceito sumular com efeito vinculativo propiciará solução ao grave problema resultante de decisões conflitantes das instâncias inferiores, a respeito de casos idênticos, situação que acarreta insegurança jurídica nos cidadãos, em face da incerteza e imprevisibilidade da função jurisdicional, que tem como corolário o desprestígio, a perda de credibilidade e a imagem negativa dos órgãos integrantes do Poder Judiciário.

A aplicação homogênea de uma mesma lei a casos semelhantes reforçará, enquanto o enunciado da súmula vinculante não sofrer revisões ou cancelamento do STF, a confiança dos destinatários dessa lei no próprio Sistema Jurídico, que, em razão dessa estabilidade, proporcionará a previsibilidade dos efeitos da aplicação das leis, e, conseqüentemente, maior confiança nas relações jurídicas.

Souza (2008, p. 300) afirma que em decorrência da previsibilidade do direito:

[...] desde logo, os indivíduos e as pessoas jurídicas podem melhor ordenar suas condutas e seus negócios, e os advogados, em sendo o caso, podem antecipadamente aconselhar seus clientes, pois já há uma previsão de como as questões seriam resolvidas judicialmente.

De acordo com tais argumentos, não se pode admitir que uma mesma lei acabe tendo variadas aplicações em casos idênticos. Tal fato, além de ferir o princípio da igualdade, gera nos destinatários das leis verdadeira insegurança jurídica diante da incerteza de sua aplicação, fazendo com que a imagem do Poder Judiciário caia no desprestígio popular. Conforme já exposto, este órgão constitui o principal responsável, o instrumento último para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, e tem a incumbência de proporcionar segurança jurídica na prestação da tutela jurisdicional.

#### **4.4.4 Aperfeiçoamento Técnico das Decisões**

O aperfeiçoamento técnico é adotado como argumento favorável à súmula vinculante, no sentido de que, havendo entendimento consolidado pelo STF em súmula vinculante a respeito da interpretação, validade e eficácia de determinado dispositivo legal, os juízes a aplicarão aos casos concretos que a ela se subsumirem, deixando de reapreciar a tese

jurídica já pacificada pelo STF, o que lhes possibilitará maior dedicação na apreciação das questões novas que forem suscitadas.

Nesse mesmo sentido é a opinião de Souza (2008, p. 304), que, analisando a aplicação dos precedentes, de forma geral, afirma que:

[...] como muitos casos já foram decididos anteriormente, o juiz, para esses casos, ao invés de ter de reconsiderá-los, aplica o precedente (o que, geralmente, é mais simples) e usa seu tempo e sua capacidade de trabalho para estudar em profundidade e decidir questões, muitas vezes de maior relevância, acerca das quais não há precedente sedimentado.

Molitor (2005, p. 96), por sua vez, afirma que ao obstar a interposição de recursos repetitivos sobre questões já pacificadas, a súmula de efeito vinculante “[...] permitirá a racionalização dos julgamentos da Suprema Corte, contribuindo para o aperfeiçoamento do sistema judicial no País”.

#### **4.4.5 Independência do Judiciário e a Livre Convicção do julgador**

Ao abordar o argumento apresentado por parte da doutrina de que a súmula vinculante configura violação à independência do Judiciário e à livre convicção do julgador, Peña (2005, p. 89) conceitua a independência como “[...] a garantia constitucional de que o magistrado não sofrerá ingerências, de qualquer origem e natureza, sobre sua atividade judicante. Vale dizer: é a garantia de que decidirá sozinho.”

O autor destaca que, em nossa Constituição, não é admitido qualquer tipo de ingerência à liberdade de convencimento judicial, seja ela interna a este órgão ou externa.

Souza (2008, p. 287) afirma que os adeptos dessa posição argumentam que a súmula vinculante “transformaria a decisão do juiz numa simples mecânica de aplicar o precedente já existente ao caso em julgamento”, e, impedido de manifestar livremente sua convicção, mesmo considerando o enunciado incorreto, o magistrado estaria proibido de afastá-lo.

Em que pese esse respeitável posicionamento, muito são seus contra-argumentos.

Jansen (2005, p. 255) ressalta que a súmula vinculante não constitui absoluta limitação à livre convicção do juiz, pois, constituindo comando geral e abstrato, exigirá do órgão julgador sua interpretação no sentido de ser ou não aplicável ao caso concreto, interpretação que também deve ser feita para a aplicação de qualquer dispositivo legal aos casos concretos em apreciação.



Marinoni (2007, p. 95) afirma que esse argumento não procede, pois o efeito vinculante obrigatório incide apenas sobre a interpretação do direito e não sobre a apreciação dos fatos concretos. Em outras palavras, o objetivo desse instituto é que seu efeito vinculante incida apenas em relação à “[...] análise jurídica feita por tais tribunais, sem que com isso se retire do juiz a prerrogativa de examinar o caso concreto dando-lhe solução adequada”.

Ademais, como bem destaca Duarte (2007, p. 258), antes da previsão do efeito vinculante para as súmulas editadas pelo STF, no exercício de sua livre convicção, os juízes que decidiam contrariamente ao entendimento sumulado por referido Tribunal faziam com que a parte prejudicada interpusesse recursos, “[...] percorrendo um caminho longo e demorado para depois de anos, chegar ao Supremo Tribunal Federal, a fim de obter a reforma daquela decisão”.

É o que afirma Marinoni (2007, p. 96), indicando que permitir que esse princípio prevaleça, autorizando os juízes a decidirem de forma contrária ao entendimento consolidado no STF, não constitui mais questão de consciência do magistrado, mas uma falta de compromisso com a efetividade e a tempestiva distribuição de justiça. Tais decisões tornam-se reais apenas nas hipóteses em que atingem a coisa julgada, o que ocorrerá apenas “[...] diante da falta de preparo dos advogados em entregar os devidos recursos para corrigir a interpretação extravagante”.

#### **4.4.6 Princípio da Separação dos Poderes**

O questionamento a respeito da aplicação da súmula vinculante em face desse princípio, já estudado no Capítulo 3 deste trabalho (item 3.3.1), se dá em relação à possibilidade de estar o Poder Judiciário legislando ao editar pronunciamentos gerais e abstratos de vinculação obrigatória para seus demais órgãos e para a Administração Pública, e, assim, violando a tripartição dos poderes.

Quanto a esse argumento, Jansen (2005, p. 259) destaca o fato de este princípio admitir o controle recíproco entre os três poderes estatais, que é preconizado pelo sistema de freios e contrapesos, que busca o equilíbrio das esferas de poder e justifica a ingerência de um sobre o outro.

Referido sistema de freios e contrapesos, também tratado no Capítulo 3 (item 3.3.2), define as funções típicas e atípicas de cada poder.

Ocorre, todavia, que a súmula vinculante, nas palavras de Peña (2005, p. 89), “[...] não inova a ordem jurídica, criando ou extinguindo direitos, mas apenas fixa a interpretação naquilo em que foi contraditória ou diante de alguma lacuna”.

Conforme já exposto, a súmula vinculante não será editada abstratamente, mas sim com base no entendimento consolidado em reiteradas decisões proferidas pelo STF, sobre matéria constitucional, em sede de controle concentrado, referente à interpretação, validade e eficácia de determinada norma.

Em outras palavras, embora o enunciado da súmula vinculante seja geral e abstrato, sua edição estará baseada na função típica do Poder Judiciário (jurisdicional), exercida por reiteradas vezes em sede de controle concentrado, que se restringirá à interpretação, eficácia e validade da lei questionada, sem extrapolar seus limites, ou seja, não profere inovação no ordenamento jurídico.

Ademais, dispositivo algum proíbe o Poder Legislativo de editar eventual Lei que venha a depor contra o enunciado de súmula vinculante editada pelo STF.

#### **4.4.7 Engessamento do Poder Judiciário**

Faz parte dos argumentos contrários à súmula vinculante a afirmação de que esta gerará a estagnação do direito, pois impedirá que este evolua, amparando as transformações sociais.

Tal argumento não subsiste, no entanto, às previsões, tanto da Constituição Federal, quanto da Lei nº 11.417/06, referentes à possibilidade de revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante editada, o que possibilita a flexibilização de seus ditames, em consonância com os novos anseios e necessidades sociais.

Nesse sentido, Duarte (2007, p. 265) afirma que:

[...] A preocupação em torno de prever um meio eficaz para modificação das súmulas, já foi manifestado por diversos autores, já que é questão primordial, após a adoção das súmulas, o direito de modificá-las com o transcurso do tempo, a fim de que estas não impeçam a evolução do direito e estejam sempre correlatas à transformação dos valores sociais.

Manifestando entendimento contrário à afirmação de engessamento da atividade jurisdicional, Molitor (2005, p. 99) afirma que:

[...] em ocorrendo circunstâncias supervenientes, em função do desenvolvimento doutrinário, de mudanças sociais ou econômicas, de

alteração na composição dos tribunais, etc., que venham a servir de lastro para modificação da orientação constante da súmula, haverá lugar para a instauração do procedimento revisional ou de cancelamento do precedente vinculativo.

#### **4.4.8 Duplo Grau de Jurisdição**

Há, por fim, a discussão atinente à supressão gerada pela aplicação da súmula vinculante ao duplo grau de jurisdição.

Conforme Tavares (2005, p. 113) ressalta, o argumento baseia-se no fato de que os tribunais não admitirão os recursos fundados em entendimentos contrários ao já sumulado.

O entendimento do citado autor, no entanto, é de que o duplo grau de jurisdição não se encontra preconizado de forma absoluta em nossa Constituição, pois há em nosso Ordenamento Jurídico hipóteses, como as de competência originária, em que não haverá reapreciação da decisão proferida (ver capítulo 3, item 3.2). Além disso, como o enunciado de súmula vinculante trata apenas de teses jurídicas atinentes à matéria constitucional, não há impedimento à reapreciação das questões de fato pelo órgão competente.

#### **4.5 Considerações Finais**

O objetivo desta pesquisa foi investigar o propósito da inserção da súmula vinculante em nosso Ordenamento Jurídico, que se deu no sentido de, se não resolver, ao menos amenizar a questão da morosidade enfrentada por todos aqueles que pleiteiam a prestação da tutela jurisdicional a direito fundamental, e que, se prestada tardiamente, acaba tornando o pleiteado direito ineficaz para seus titulares. Ao fim de tais estudos, foi possível a obtenção das constatações a seguir expostas.

As verificações oriundas dos 4 capítulos desenvolvidos destacam a imprescindibilidade e importância dos direitos fundamentais para seus titulares; a previsão da jurisdição como instrumento último, a ser prestado pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, para dar proteção e efetividade a esses direitos, quando violados; a crise de morosidade que assola a esfera de poder responsável por essa prestação, que, por apresentar resposta tão tardia àqueles que a pleiteiam, torna ineficaz o próprio direito fundamental a ser protegido; a inserção da súmula vinculante em nosso Ordenamento Jurídico, como um dos meios de

prover a celeridade da prestação jurisdicional, e suas conseqüências (favoráveis e desfavoráveis).

Tendo em vista todo esse contexto jurídico e social, no qual a súmula vinculante encontra-se inserida, e dada a necessidade de mecanismos que promovam a celeridade na prestação jurisdicional, e, conseqüentemente, promovam também maior efetividade aos direitos fundamentais, a aplicação desse instituto constitui um dos meios hábeis à consecução de tais fins de forma válida e juridicamente admissível.

O STF constitui a última via de apreciação das discussões atinentes a matérias de natureza constitucional (conforme já dito, é o órgão responsável pela “guarda” da constituição), sendo sua a “última palavra” a respeito de tais questões.

Com base em tal circunstância, a súmula vinculante constitui um mecanismo que profere o entendimento já consolidado pelo STF, que, ao invés de resultar de um longo e caro procedimento recursal, deverá ser aplicado desde a primeira instância.

Além disso, contribuirá para a previsibilidade do direito a ser aplicado em determinadas situações, eliminando os posicionamentos contraditórios proferidos pelos vários órgãos do Poder Judiciário em casos semelhantes, do que resultará maior segurança jurídica e a afirmação da igualdade de todos perante a lei, que se aplicará uniformemente aos casos que a ela se subsumirem.

Vinculando diretamente a Administração Pública, a súmula vinculante também evitará a interposição de inúmeras ações atinentes a atos administrativos que, anteriormente à sua previsão, eram constantemente praticados a despeito dos entendimentos consolidados pelo STF em sentido contrário.

Em que pesem os argumentos contrários, a súmula vinculante não viola a tripartição de poderes, pois se restringe a demonstrar a interpretação, validade ou eficácia consolidada no STF sobre determinada Lei e nos limites desta (sem inovações), no atinente à matéria constitucional.

Da mesma forma, dada a possibilidade de revisão e cancelamento, em decorrência de modificação no entendimento antes consolidado, estará a súmula vinculante aberta às flexibilizações necessárias, em decorrência das evoluções dos valores e anseios sociais.

É importante ressaltar, porém, que a súmula vinculante não constitui o único meio de proporcionar a celeridade processual, e não resolverá por completo a crise de morosidade que afeta a atuação do Poder Judiciário. Esse instituto constitui, na realidade, um meio válido que poderá amenizar essa situação, pois, conforme dito, não sendo observada pelos órgãos a ela

vinculados, estará aberta a possibilidade de reclamação pela parte interessada, cuja apreciação caberá ao STF.

## CONCLUSÃO

O foco deste trabalho consistiu no propósito de investigar se a adoção da súmula vinculante em nosso Ordenamento Jurídico constitui ou não medida propulsora da celeridade processual, e, conseqüentemente, meio hábil à implementação de efetividade prática aos direitos e garantias fundamentais, e se, em contrapartida, gerará ou não a violação de determinados princípios constitucionais.

Para tanto, primeiramente foi feita uma abordagem a respeito da origem e atual contexto da função do Estado na prestação da tutela jurisdicional dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse ponto inicial, foi possível auferir a importância social da atuação desse ente na promoção da organização e harmonia sociais, ao qual não resta apenas prever direitos de forma abstrata em seus mandamentos legais, mas também fazê-los cumprir, determinando sua aplicação ao caso concreto, quando não cumpridos espontaneamente por seus destinatários.

Após a demonstração da importância e aplicação da função jurisdicional do Estado, foi contemplada a origem e evolução da conquista dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, que foram sendo reconhecidos e positivados após um longo processo de conquista social. Foram apontados também os meios pelos quais o Ordenamento Jurídico Brasileiro contempla e garante, atualmente, referidos direitos em seu texto constitucional, contemplação que se demonstra em plena consonância com as demandas e necessidades sociais.

Em seguida, foram descritas: a forma pela qual a proteção jurisdicional desses direitos e garantias fundamentais está contemplada e assegurada a todos em nosso Ordenamento Jurídico (garantia de acesso à justiça); a estrutura e funcionamento dados ao Poder Judiciário; e, ainda, a atuação deste órgão na guarda e manutenção das previsões constitucionais frente à atuação legislativa do Estado (jurisdição constitucional).

Nesse aspecto do trabalho, restou amplamente demonstrada a importância da atuação do Poder Judiciário, pois, incumbido pelo Estado do desempenho da prestação da tutela jurisdicional, é imprescindível que a desempenhe em tempo hábil a não gerar a ineficácia prática dos direitos e garantias fundamentais, cujos titulares rogam-lhe proteção.

Foram contemplados, ainda, o contexto e as razões pelos quais a Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu no Ordenamento Jurídico Brasileiro a súmula vinculante, que consistiram justamente na morosidade que vem atingindo a atuação do Poder Judiciário em

nosso sistema jurídico, bem como a conseqüente falta de efetividade prática que ela gera aos direitos e garantias fundamentais.

Na seqüência, foram expostas as regras para edição, revisão e cancelamento dos enunciados de súmula vinculante, bem como o significado de seu efeito vinculante, e, ao final, foram levantados e analisados os posicionamentos doutrinários controvertidos a respeito da aplicação da súmula vinculante em nosso Ordenamento Jurídico, no que diz respeito às possíveis violações a determinados princípios constitucionais.

Após a análise e discussão crítica a respeito dos dados coletados, foi possível auferir conclusão no sentido de que a súmula vinculante constitui instrumento hábil a promover a celeridade na prestação da tutela jurisdicional, e, conseqüentemente, a efetividade prática dos direitos e garantias fundamentais.

Seus efeitos, contudo, não serão determinantes na solução da morosidade que atinge a atuação do Poder Judiciário, pois, conforme dito, não sendo observada pelos órgãos a ela vinculados, estará aberta a possibilidade de reclamação pela parte interessada, cuja apreciação caberá ao STF.

Em outras palavras, a aplicação desse instituto representará apenas um dos mecanismos que poderão amenizar o problema, cuja solução total requer uma série de medidas adotadas em conjunto.

É importante destacar que a súmula vinculante constitui um mecanismo que profere o entendimento já consolidado pelo STF, e que, ao invés de resultar de um longo e caro procedimento recursal, deverá ser aplicado desde a primeira instância. Tal circunstância promove a celeridade na solução definitiva das demandas judiciais, pois estas terão, desde a primeira instância, a obtenção do mesmo resultado, que, antes da aplicação da súmula vinculante, seria obtido somente após o esgotamento das vias recursais.

Sendo assim, sua aplicação contribuirá para a previsibilidade do direito a ser aplicado em determinadas situações, eliminando os posicionamentos contraditórios proferidos pelos vários órgãos do Poder Judiciário em casos semelhantes, do que resultará maior segurança jurídica e a afirmação da igualdade de todos perante a lei, pois esta será aplicada uniformemente aos casos que a ela se subsumirem.

Ao vincular diretamente a Administração Pública, a súmula vinculante também evitará a interposição de inúmeras ações judiciais atinentes a atos administrativos, que, anteriormente à sua previsão, eram constantemente praticados a despeito dos entendimentos consolidados pelo STF em sentido contrário.

Quanto aos argumentos atinentes à violação de determinados princípios constitucionais, que seria ocasionada pela aplicação da súmula vinculante, foi possível concluir, primeiramente, pela inexistência de ofensa à tripartição de poderes.

A aplicação de enunciado de súmula vinculante se restringe apenas a demonstrar a interpretação, validade ou eficácia consolidada no STF sobre determinada Lei e nos limites desta, apenas no atinente à matéria constitucional.

Tal atuação consiste, apenas, na interpretação e aplicação de lei, que decorre naturalmente da função jurisdicional, sem qualquer tipo de inovação ao mandamento legal, o que poderia demonstrar uma atuação legislativa desempenhada pelo STF.

Da mesma forma, não há ofensa nem à independência do Judiciário, nem à livre convicção do juiz na apreciação de lides que lhe são submetidas. O efeito vinculante restringe-se ao entendimento dado pacificamente pelo STF às questões de direito, em matérias de natureza constitucional, restando ao Judiciário ampla liberdade na apreciação dos fatos atinentes ao caso em exame, inclusive se a estes caberá ou não a aplicação de determinado enunciado de súmula vinculante.

Assim como há liberdade na apreciação dos fatos, a despeito da aplicação de súmula vinculante em determinado caso concreto, haverá também a possibilidade do reexame dessa decisão pelas vias recursais cabíveis no atinente às suas circunstâncias fáticas. Por tal razão, a aplicação da súmula vinculante não ofende ao duplo grau de jurisdição, que conforme dito, não é assegurado de forma absoluta em nosso Ordenamento Jurídico.

Por fim, dada a possibilidade de revisão e cancelamento, decorrentes de modificação no entendimento antes consolidado, estará o enunciado de súmula vinculante editado aberto às flexibilizações necessárias, decorrentes das evoluções dos valores e anseios sociais, o que não provocará um engessamento na atuação jurisdicional.



## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília-DF. 2006.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. A “Súmula Vinculante” e o Processo Civil Brasileiro. **Linhas Mestras do Processo Civil**, São Paulo, p. 289-318, 2004.

DUARTE, Francisco Carlos. Súmulas Vinculantes e a Teoria dos Sistemas Sociais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 149, ano 32, p.249-270, jul. 2007.

JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p.225-264, abr./jun. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOLITOR, Joaquim. A Súmula Vinculante na Reforma do Judiciário. **Revista IMES – Direito**, São Caetano do Sul, n. 11, p.91-101, jul./dez. 2005.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PAIOTTI, Luciana Caprioli. Aspectos Polêmicos sobre a Adoção da Súmula Vinculante. **Cadernos Jurídicos, Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, Ano 4, n.º 17, p.135-141, set./out. 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niterói: Impetus, 2008.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recurso. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 120, p. 77-94, fev. 2005.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

\_\_\_\_\_. **Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88: (Dês)estruturando a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. **Súmula Vinculante: Perigo ou Solução.** São Paulo: Russell, 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.