

OBRAS DO AUTOR

Execução forçada: controle de admissibilidade. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998.
Execução indireta. São Paulo: RT, 1998.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Guerra, Marcelo Lima
Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil / Marcelo Lima Guerra. –
São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Bibliografia
ISBN 85-203-2330-8

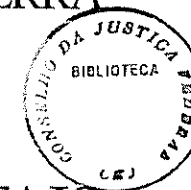
1. Devedor e credor – Brasil 2. Direitos civis – Brasil 3. Execuções (Direito) – Brasil
4. Processo civil – Brasil 5. Tutela jurisdicional executiva – Brasil I. Título.

02-6422

CDU-347.952:347.121.1(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Credores : Proteção : Direitos fundamentais : Processo
de execução : Direito civil 347.952:347.121 (81)

MARCELO LIMA GUERRA



DIREITOS FUNDAMENTAIS
E A PROTEÇÃO DO CREDOR
NA EXECUÇÃO CIVIL

24933
300/1212

347.736
69340

EDITORA  REVISTA DOS TRIBUNAIS

7

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CREDOR NA EXECUÇÃO

SUMÁRIO: 7.1 Os direitos fundamentais: 7.1.1 A norma jusfundamental como princípio (“mandado de otimização”); 7.1.2 Aplicabilidade imediata da norma jusfundamental; 7.1.3 Caráter *prima facie* das normas jusfundamentais e colisões de direitos fundamentais; 7.1.4 Colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade; 7.1.5 Dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais – 7.2 Direito fundamental à tutela executiva – 7.3 Direito fundamental à duração razoável ao processo.

7.1 Os direitos fundamentais

O insigne constitucionalista português, Jorge Miranda, em palestra recentemente proferida na Universidade Federal do Ceará, profetizou que com o advento dos direitos fundamentais, tal qual hodiernamente se concebe tal categoria, inicia-se uma autêntica “revolução copernicana” no mundo jurídico. Tal imagem é, sem dúvida, de singular felicidade, pois assim como a cosmologia de Copérnico significou uma ruptura com aquela então vigente, baseada nas idéias de Ptolomeu, transferindo o centro do Universo da Terra para o Sol, com a positivação recente dos direitos fundamentais, e as teorizações sobre eles realizadas no constitucionalismo contemporâneo, sobretudo de influência alemã, o centro do universo jurídico deixa de ser a *lei* (entendida, principalmente, como a produção normativa infraconstitucional), posição que passa a ser ocupada pelos próprios direitos fundamentais. Com isso, coloca-se como centro e fundamento do ordenamento jurídico, *enquanto direito positivo*, a dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos fundamentais.¹

⁽¹⁾ Sobre os direitos fundamentais como concretizações da idéia de dignidade da pessoa humana, cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, passim, esp. Cap. 4; Paulo Bonavides. *Curso de direito constitu-*

Os direitos fundamentais, como categoria jurídica dotada de contornos próprios, como atualmente se reconhece que eles são, nascem no constitucionalismo do século XX. Contudo, boa parte dos valores e exigências que têm como conteúdo são há muito reivindicados pelo humanismo e incorporados à cultura jurídica. O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma *nova categoria jurídica*, é, precisamente, a *força jurídica reconhecida a tais valores*. Em outras palavras, é o regime jurídico a que se acham submetidos os direitos fundamentais o *novum* que os identifica como uma categoria jurídica específica.²

Este regime jurídico próprio dos direitos fundamentais se manifesta em diversas garantias, com as quais se busca assegurar a eficácia concreta desses mesmos direitos. Assim se caracterizam a *aplicabilidade imediata* das normas jusfundamentais (CF, art. 5.º, § 1.º), com a qual se relaciona a *vinculação dos poderes públicos*, bem como a inclusão dos direitos fundamentais no rol das “cláusulas pétreas” (CF, art. 60, § 4.º, inc. IV). Sem dúvida o aspecto mais relevante do regime próprio dos direitos fundamentais, sobretudo na perspectiva que interessa ao presente trabalho, é a sua aplicabilidade imediata, uma vez que aqui se toca no que foi, até recentemente, o “calcanhar de Aquiles” das Constituições, ou seja, o (discutível) *caráter normativo de seu conteúdo, especialmente daquelas disposições definidoras de direitos fundamentais*.³ Com o exposto reconhecimento, no texto constitucional, de que as normas asseguradoras de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, pretendeu-se superar, em definitivo, aquela concepção, própria do Estado liberal do século XIX, segundo a qual tais normas “dependiam de lei” para serem eficazes, permitindo a chamada *justiciabilidade* desses direitos fundamentais.⁴

cional, p. 516; Edilson Pereira Nobre. *Colisão de direitos fundamentais – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 54 e ss.

⁽²⁾ Sobre a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, direitos naturais, direitos da personalidade e outras categorias, cf. Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, vol. IV, p. 282 e ss.

⁽³⁾ “Con frecuencia, la Constitución reconocía los derechos fundamentales, pero bien se contentaba con esse solo reconocimiento bien, y como mucho, relegaba su regulación a la Ley ordinaria. *Para valorar adecuadamente la relevancia de esta remisión a la ley hay que situarse en una época en la que no se asumía, por lo menos con carácter general, la normatividad de la Constitución*” (Joaquín García Morillo, *La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales*, p. 18).

⁽⁴⁾ Cabe registrar a lição de Alexy, ao analisar as colisões de direitos fundamentais, sobre a negativa de *justiciabilidade* desses direitos, o que seria o mesmo que negar a aplicabilidade imediata das normas que os consagram: “A todas as tentativas de desagrar o problema da colisão [dos direitos fundamentais] pela eliminação da justiciabilidade [deles] deve opor-se com energia. Elas não são outra

7.1.1 A norma jusfundamental como princípio ("mandado de otimização")

As recentes contribuições de Alexy sobre o antigo debate em torno ao conceito de *princípio jurídico* e sua posição no ordenamento jurídico obtiveram larga aceitação na doutrina, sobretudo no Brasil.⁵ Com efeito, as idéias desse ilustre jurista germânico representam o fio condutor e o denominador comum de expressiva parte dos estudos atuais sobre direitos fundamentais, nomeadamente, no que diz com a natureza da *norma jurídica que consagra um direito fundamental* (a "norma jusfundamental"), assim como de problemática correlatas, tais como a aplicabilidade imediata de tais normas e a solução dos conflitos entre direitos fundamentais.

Alexy, inspirado nas idéias de Dworkin, divide as normas jurídicas, segundo o critério de sua *estrutura lógica*, em duas categorias distintas, a saber: as *regras* e os *princípios*. As *regras* são normas dotadas de uma estrutura fechada, nas quais uma *conduta determinada* vem comandada, isto é qualificada como *obrigatória, proibida ou permitida*. As *regras* correspondem, assim, à concepção tradicional de norma jurídica como uma *prescrição* de determinada conduta como *devida* ("estatuição" ou consequência jurídica"), associada à *indicação* das condições fáticas que, uma vez verificadas, a referida prescrição *incide concretamente* ("hipótese legal" ou "*fattispecie* abstrata").⁶

Já os *princípios* são normas dotadas de uma *estrutura aberta*, as quais ao invés de comandarem a realização de uma conduta específica, "ordenam que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las

coisa senão a solução de problemas jurídico-constitucionais *pela abolição de direito constitucional*. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. *Ameaça a dissolução da Constituição*. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa ampla em forma de "justiciabilidade" (Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, RDA 21774)

⁵ Já não é tarefa fácil, e dificilmente útil, enumerar todos os autores nacionais que se valem das idéias de Alexy como ponto de partida em suas investigações sobre as temáticas indicadas no texto. A título de mera ilustração, cf.: Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*, cit., cap. 8, p. 228 a 266; Willis Guerra Filho. *Metodologia jurídica e interpretação constitucional, Ensaios...*, cit., p. 46-48; Edilson Pereira Nobre. *Colisão de direitos fundamentais – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 26 e ss; Raquel Denize Stumm. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 42 e ss; Daniel Sarmento. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens, Teoria dos direitos fundamentais*, p. 53 e ss.

⁶ Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87.

posibilidades jurídicas y fácticas".⁷ Daí ter Alexy definido os princípios como "mandados de otimização", caracterizados, portanto, "por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas". E arremata Alexy: "El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos".⁸

Por aí já se percebe que as regras distinguem-se dos princípios, sobretudo, quanto ao modo de aplicação. Realmente, as *regras*, por consistirem em mandados definitivos ("definitive Gebote"), nas quais, dentro do quadro do fática e juridicamente possível, uma determinada conduta é prescrita como *obrigatória, proibida ou permitida*, aplicam-se por *subsunção*, na base do "all-or-nothing".⁹ Já os princípios, por consistirem em *mandados de otimização* ("Optimierungsgebote"), aplicam-se não com base na subsunção – o que é virtualmente impossível de ser realizado, dado o caráter aberto de tais normas –, mas sim por meio da *ponderação*. É que tais normas, em sendo aplicadas diretamente, exigem do operador jurídico uma intensa atividade valorativa, no sentido de escolher um entre vários caminhos que se revelam igualmente possíveis, à luz da respectiva norma.

Essa mesma distinção entre regras e princípios, quanto ao modo de aplicação, irá se acentuar, ainda mais, precisamente nas situações de conflitos. O conflito entre regras gera uma *antinomia jurídica*, a qual será necessariamente solucionada, através de critérios fornecidos pelo próprio sistema, de forma a aplicar-se somente uma das regras, excluindo-se a outra. Já os princípios, justamente porque não contêm previsões específicas e sim o reconhecimento de fins, somente no momento de serem concretizados podem entrar em rota de colisão; e quando isso acontece a solução deverá compatibilizar ambos os princípios em conflito, de forma a, mesmo que se venha a privilegiar um em detrimento de outro, ambos mantêm-se igualmente válidos.¹⁰

Insista-se, ainda, que para Alexy os princípios são *normas jurídicas*, afastando-se, assim, daquelas idéias que tentaram contrapor os princípios às normas jurídicas, e são *normas qualitativamente distintas das regras*, rejeitando a concepção de que entre regras e princípios a distinção seria somente de *grau de generalidade*, menor na primeira, maior na última.¹¹

⁷ Alexy, *Teoría...*, cit., p. 86; Id., *Derecho y razón práctica*, p. 12.

⁸ Id., ob. e loc. cit.

⁹ Dworkin. *Is Law a System of Rules?*, *The Philosophy of Law*, Ronald Dworkin (Ed.), p. 45.

¹⁰ Alexy, *Teoría...*, cit., p. 87-90.

¹¹ "(...) las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe non sólo una diferencia gradual sino *cualitativa*" (Alexy, *Teoría...*, cit., p. 86).

7.1.1 A norma jusfundamental como princípio (“mandado de otimização”)

As recentes contribuições de Alexy sobre o antigo debate em torno ao conceito de *principio jurídico* e sua posição no ordenamento jurídico obtiveram larga aceitação na doutrina, sobretudo no Brasil.⁵ Com efeito, as idéias desse ilustre jurista germânico representam o fio condutor e o denominador comum de expressiva parte dos estudos atuais sobre direitos fundamentais, nomeadamente, no que diz com a natureza da *norma jurídica que consagra um direito fundamental* (a “norma jusfundamental”), assim como de problemática correlatas, tais como a aplicabilidade imediata de tais normas e a solução dos conflitos entre direitos fundamentais.

Alexy, inspirado nas idéias de Dworkin, divide as normas jurídicas, segundo o critério de sua *estrutura lógica*, em duas categorias distintas, a saber: as *regras* e os *princípios*. As *regras* são normas dotadas de uma estrutura fechada, nas quais uma *conduta determinada* vem comandada, isto é qualificada como *obrigatória, proibida ou permitida*. As *regras* correspondem, assim, à concepção tradicional de norma jurídica como uma *prescrição* de determinada conduta como *devida* (“estatuição” ou consequência jurídica”), associada à *indicação* das condições fáticas que, uma vez verificadas, a referida prescrição *incide concretamente* (“hipótese legal” ou “*fattispecie* abstrata”).⁶

Já os *princípios* são normas dotadas de uma *estrutura aberta*, as quais ao invés de comandarem a realização de uma conduta específica, “ordenam que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las

coisa senão a solução de problemas jurídico-constitucionais *pela abolição de direito constitucional*. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. *Ameaça a dissolução da Constituição*. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa ampla em forma de justiciabilidade” (Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, RDA 217/74)

⁽⁵⁾ Já não é tarefa fácil, e dificilmente útil, enumerar todos os autores nacionais que se valem das idéias de Alexy como ponto de partida em suas investigações sobre as temáticas indicadas no texto. A título de mera ilustração, cf.: Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*, cit., cap. 8, p. 228 a 266; Willis Guerra Filho. *Metodologia jurídica e interpretação constitucional, Ensaios...*, cit., p. 46-48; Edilson Pereira Nobre. *Colisão de direitos fundamentais – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 26 e ss; Raquel Denize Stumm. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 42 e ss.; Daniel Sarmento. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 53 e ss.

⁽⁶⁾ Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87.

posibilidades jurídicas y fáticas”.⁷ Daí ter Alexy definido os princípios como “mandados de otimização”, caracterizados, portanto, “por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”. E arremata Alexy: “El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”.⁸

Por aí já se percebe que as regras distinguem-se dos princípios, sobretudo, quanto ao modo de aplicação. Realmente, As *regras*, por consistirem em mandados definitivos (“definitive Gebote”), nas quais, dentro do quadro do fática e juridicamente possível, uma determinada conduta é prescrita como *obrigatória, proibida ou permitida*, aplicam-se por *subsunção*, na base do “all-or-nothing”.⁹ Já os princípios, por consistirem em *mandados de otimização* (“Optimierungsgebote”), aplicam-se não com base na subsunção – o que é virtualmente impossível de ser realizado, dado o caráter aberto de tais normas –, mas sim por meio da *ponderação*. É que tais normas, em sendo aplicadas diretamente, exigem do operador jurídico uma intensa atividade valorativa, no sentido de escolher um entre vários caminhos que se revelam igualmente possíveis, à luz da respectiva norma.

Essa mesma distinção entre regras e princípios, quanto ao modo de aplicação, irá se acentuar, ainda mais, precisamente nas situações de conflitos. O conflito entre regras gera uma *antinomia jurídica*, a qual será necessariamente solucionada, através de critérios fornecidos pelo próprio sistema, de forma a aplicar-se somente uma das regras, excluindo-se a outra. Já os princípios, justamente porque não contêm previsões específicas e sim o reconhecimento de fins, somente no momento de serem concretizados podem entrar em rota de colisão; e quando isso acontece a solução deverá compatibilizar ambos os princípios em conflito, de forma a, mesmo que se venha a privilegiar um em detrimento de outro, ambos mantêm-se igualmente válidos.¹⁰

Insista-se, ainda, que para Alexy os princípios são *normas jurídicas*, afastando-se, assim, daquelas idéias que tentaram contrapor os princípios às normas jurídicas, e são *normas qualitativamente distintas das regras*, rejeitando a concepção de que entre regras e princípios a distinção seria somente de *grau de generalidade*, menor na primeira, maior na última.¹¹

⁽⁷⁾ Alexy, *Teoría...*, cit., p. 86; Id., *Derecho y razón práctica*, p. 12.

⁽⁸⁾ Id., ob e loc cit.

⁽⁹⁾ Dworkin. Is Law a System of Rules?, *The Philosophy of Law*, Ronald Dworkin (Ed.), p. 45.

⁽¹⁰⁾ Alexy, *Teoría...*, cit., p. 87-90.

⁽¹¹⁾ “() las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe non sólo una diferencia gradual sino *cualitativa*” (Alexy, *Teoría...*, cit., p. 86).

Compreende-se, assim, a importância deste modelo como ferramenta teórica apta a justificar a força positiva, a normatividade dos direitos fundamentais. A demonstração de que também podem ser normas jurídicas aquelas prescrições abertas, ou mandados de otimização, nos quais consistem as normas-princípios, permite considerar como autênticas normas jurídicas, precisamente, prescrições de tal natureza contidas na Constituição.

Ora, os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio. Mais ainda: tais normas situam-se no ápice da pirâmide normativa, ou seja, ocupam a posição hierárquica mais elevada no ordenamento. Dessa forma, impõe-se reconhecer que os direitos fundamentais são juridicamente exigíveis, vale dizer *justiciáveis*, e que, para tanto, não podem estar a depender de normas de posição hierárquica inferior àquelas que o prevêm. Superada, assim, a subordinação dos direitos fundamentais à intervenção do legislador infraconstitucional

7.1.2 Aplicabilidade imediata da norma jusfundamental

Como se viu, a característica marcante dos direitos fundamentais enquanto categoria jurídica, consiste naquilo que se convencionou chamar de sua “aplicabilidade imediata”. Com isso, se veio a superar uma concepção da Constituição e de suas normas, incompatível com o papel que já há muito se reconhece a uma Carta Magna. Em outras palavras, com a idéia de aplicabilidade imediata das normas (constitucionais) que positivam os direitos fundamentais, se passou a levar na devida conta o princípio da supremacia da Constituição.

Contudo, não é isenta de dificuldades a compreensão do significado da *aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais*, sobretudo porque com tal temática são levantados questionamentos notoriamente controvertidos, envolvendo concepções radicalmente opostas sobre o Direito e o Estado. Impõe-se uma análise mais detalhada da aplicabilidade imediata, utilizando-se como fio de prumo das considerações, como não poderia deixar de ser, o conceito de norma jusfundamental como *princípio* (vale dizer, “mandado de otimização”), nos termos em que foi desenvolvido por Alexy.

A questão sobre a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais liga-se à (ou pode ser expressa na) seguinte indagação: o que comanda uma norma com estrutura de princípio? Como se viu, Alexy ensina que os princípios, enquanto *mandados de otimização*, “ordenam que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas” (grifou-se). Pois bem, em que consiste esse “algo”, cuja realização (na maior medida possível) é “ordenada” por um princípio? Embora

Alexy não o diga expressamente, a leitura de sua obra permite concluir que esse “algo” vem a ser um *valor*, o qual, justamente por ser “ordenado”, revela-se como um *fin da ação humana*.

É o que se depreende da seguinte passagem de Alexy: “Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores. Por ello, enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre valores pueden ser reformulados en enunciados sobre principios, y enunciados sobre principios o máximas en enunciados sobre valores, sin pérdida alguna de contenido”.¹²

Dessa forma, se pode afirmar que um princípio *comanda* a realização de um *fin*, constituído por um *valor*.¹³ Nessa perspectiva, é fundamental que se perceba que tal *valor*, o qual representa o *fin* comandado pelo *princípio*, é de ser buscado ou realizado, obviamente, através de *condutas*, isto é, através de *ações* e *omissões*. Tais *ações* e *omissões*, portanto, revelam-se *meios* para a realização de tal *fin*. Tais considerações são extremamente significativas para compreender de que modo se relacionam os princípios e as regras, especialmente para perceber a possibilidade de se expressar o *conteúdo dos princípios em termos de regras*.

Com efeito, se pode dizer, com Von Wright, que “il voler conseguire un fin implica il voler usare i mezzi atti allo scopo di conseguirlo”.¹⁴ Assim, se através de uma norma-princípio, o ordenamento *comanda* (prescreve) a realização de um *fin*, *ipso facto* comanda, igualmente, a adoção dos *meios* aptos para tanto. Consistindo tais *meios*, como se viu, em um conjunto de *ações* e *omissões*, prescrever ou comandar a realização de um *fin*, através de uma norma-princípio, *implica prescrever ou comandar as respectivas ações e omissões que se revelarem meios para aquele fin*. Ora, tendo em vista que a prescrição de uma conduta determinada, vale dizer, a qualificação deontica de uma determinada conduta como “obrigatória”, “permitida” ou “proibida” corresponde a uma “norma-regra”, é também

¹² Alexy, ob. cit., p. 138-139.

¹³ Que o princípio é norma que comanda a realização de um *fin*, é algo que se revela, também com muita clareza, na obra citada de Alexy, em passagens onde ele se demonstra a derivação lógica do princípio da proporcionalidade do próprio conceito de norma-princípio. Aí ele fala: “el Estado fundamentalmente la prosecución del fin *F* com el principio *P*, o *F* es idéntico a *P*,” (p. 113). Ou ainda, em afirmações como: “adecuado para la promoción u obtención del fin *F* exigido por *P*, o idéntico con *P*,” (p. 114).

¹⁴ Von Wright, *Norma e Azione – Un’analisi lógica*, p. 170.

possível dizer que uma “norma-princípio” implica (vale dizer, “põe”, “comanda”, “prescreve”) um conjunto de *normas-regra*, precisamente aquelas qualificam como “obrigatórias” e “proibidas” as condutas que se revelarem capazes de, respectivamente, fomentar ou obstaculizar o atingimento do fim prescrito pela “norma-princípio”.

A título de exemplo, sejam consideradas as normas-regra R_1, R_2, \dots, R_n , que qualificam como obrigatórias ou permitidas as condutas C_1, C_2, \dots, C_n , condutas essas que, por sua vez, são consideradas *aptas* a fomentar a realização do fim F_1 , comandado pela norma-princípio P_1 . Sejam também consideradas, de outra parte, as normas-regra R'_1, R'_2, \dots, R'_n , que qualificam como proibidas as condutas C'_1, C'_2, \dots, C'_n , condutas cuja realização são consideradas capazes de *impedir* (ou mesmo dificultar) a realização de F_1 , comandado, repita-se, por P_1 . Verifica-se, portanto, que sendo *prescrito* F_1 por P_1 , isso quer dizer que P_1 prescreve, igualmente, R_1, R_2, \dots, R_n e R'_1, R'_2, \dots, R'_n . Daí se poder dizer que o ‘conteúdo’ de P_1 é constituído por R_1, R_2, \dots, R_n e R'_1, R'_2, \dots, R'_n .

Compreendido o conteúdo de um princípio como o conjunto das regras que prescrevem as condutas (comissivas e omissivas) que se põem como *meios adequados* à realização do fim comandado pelo referido princípio, se pode dizer que ele, o princípio, comandando a realização daquele fim, *comanda*, igualmente, a observância de tais regras. Sendo assim, dizer que o princípio P_1 é imediatamente aplicável é o mesmo que afirmar serem *imediatamente aplicáveis* as regras R_1, R_2, \dots, R_n e R'_1, R'_2, \dots, R'_n , as quais se posicionam como *meios adequados* à realização do fim F_1 , determinada pelo mesmo princípio P_1 .¹⁵

De outra parte, seja considerado que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, isto é, das *normas jusfundamentais*, vem expressa, normalmente, como a chamada *vinculatividade imediata dos órgãos públicos a tais normas*, no sentido de que tais órgãos ficam *vinculados* ao que tais normas *prescrevem*, independentemente de novas e posteriores intervenções legislativas. Dessa forma, à luz do que se disse sobre o conteúdo dos princípios, a *aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais traduz, igualmente, na vinculação imediata dos órgãos públicos às regras*

¹⁵ As regras que compõem o significado de um princípio, guardam, com este último, aquela relação que Alexy denominou “relación de precisión” (*Teoría...*, cit., p. 69), pelo que se caracterizam, tais regras, como *normas adscritas ao princípio em tela*, ainda na terminologia de Alexy (ob. cit., p. 70-72). Sobre *regras como normas jusfundamentais adscritas*, resultante de uma *ponderação entre princípios colidentes*, cf. Alexy, p. 95-98, onde o autor formula conclusão decisiva: “como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso” (ob. cit., p. 98).

que podem ser derivadas de ou adscritas a cada uma de tais normas jusfundamentais, independentemente do reconhecimento expresso de tais regras em algum texto legal. Ademais, sendo tais regras integrantes do conteúdo de uma norma jusfundamental, a qual ocupa posição hierarquicamente superior na pirâmide normativa, elas se aplicam mesmo *contra* regras expressas em textos infraconstitucionais.¹⁶

7.1.3 *Caráter prima facie das normas jusfundamentais e colisões de direitos fundamentais*

Tais considerações acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais restariam incompletas, todavia, se não fosse feita referência ao caráter *prima facie* dos princípios, enquanto mandados de otimização.¹⁷ De tal caráter segue-se, como se viu, que o próprio conteúdo de uma dada norma jusfundamental só é determinado, em última análise, à luz dos limites normativos determinados por outras normas – regras e princípios – que com ela entrem em colisão. Desse modo, a compreensão exata da aplicabilidade imediata de tais normas requer um exame mais atento das possibilidades inafastáveis de colisões entre direitos fundamentais.

Considere-se, nessa ordem de idéias, a regra R_1 , que qualifica como obrigatória a conduta C_1 , a qual se revela *apta* a fomentar a realização do fim F_1 , comandado pela princípio P_1 . Por outro lado, a conduta C_1 se revela, *ao mesmo tempo*, capaz de *impedir* a realização do fim F_2 , comandado pelo princípio P_2 , também válido, obviamente, no mesmo ordenamento. Sendo assim, é possível adscrever ao princípio P_2 , como inserida em seu conteúdo, a regra R_2 , que qualifica como proibida a mesma conduta C_1 . Verifica-se, portanto, que P_1 e P_2 colidem entre si e tal conflito, se a conduta C_1 for a única fática ou materialmente possível na hipótese concreta, revela-se, nesse caso, em sua forma mais grave, isto é, como uma antinomia

¹⁶ Não se ignora que a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais exige um tratamento específico e suscita questões de alta complexidade, em se tratando dos chamados direitos fundamentais prestacionais. Quanto a esses, é certo que a referida aplicabilidade pode encontrar limites na chamada “reserva do possível”. No contexto do presente trabalho, contudo, não se fará necessário enfrentar tal problemática. É que os direitos fundamentais aqui tratados, relacionados ao processo devido, não implicam (ou pelo menos não implicam necessariamente), para serem concretizados, a alocação, distribuição e mesmo criação de recursos e bens materiais, comportando-se, nesse aspecto, como um direito de defesa. Sobre a problemática da eficácia das normas jusfundamentais asseguradoras de direitos prestacionais, cf., todavia, Ingo Sarlett, *A eficácia dos direitos fundamentais*, especialmente a II Parte, item 3.4, p. 258 e ss. e a vasta bibliografia aí indicada.

¹⁷ Sobre o diferente caráter *prima facie* de princípios e regras, Alexy, ob. cit., p. 99 e ss.

entre as duas únicas regras deriváveis, respectivamente, de cada um dos princípios opostos.

Como quer que seja, a regra R_1 , não obstante abstratamente inserida no âmbito semântico (conteúdo) de P_1 , só será imediatamente aplicável ao caso concreto se: a) não for possível vislumbrar uma outra conduta C_2 , a qual seja igualmente apta a realizar P_1 e menos “ofensiva” em relação a P_2 ; e b) através de um juízo de ponderação se possa atribuir a P_1 um peso maior do que o de P_2 , fazendo com que o primeiro prevaleça sobre o segundo, para o caso concreto. No caso *sub (a)*, o conteúdo do princípio P_1 estará diretamente determinado pelos limites que lhe são impostos pelo necessário respeito a P_2 , fazendo com que P_1 se configure como prescrevendo R_2 (que qualifica como obrigatória, por exemplo, a conduta C_2) e não R_1 . Já no caso *sub (b)*, não se podendo estabelecer que P_1 prevaleça sobre P_2 , o conteúdo normativo de P_1 restaria, por assim dizer, ao menos no caso concreto, “esvaziado”, face o maior peso atribuído a P_2 .

À luz dessas considerações, impõe-se reformular o que se disse antes sobre o conteúdo e a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais, agora com maior precisão, como se segue: dizer que o princípio P_1 é imediatamente aplicável é o mesmo que afirmar serem *imediatamente aplicáveis* as regras R_1, R_2, \dots, R_n e R'_1, R'_2, \dots, R'_n , as quais se posicionam, *à luz das possibilidades fáticas, como meios adequados à realização do fim F_1 , determinadas pelo mesmo princípio P_1 , desde que tais regras respeitem, segundo o juízo de ponderação, os limites impostos a P_1 por outros princípios e regras com ele colidentes, limites esses que assinalam as possibilidades jurídicas de realização de P_1 .*

7.1.4 Colisão de direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade

Já se vê que o próprio *conceito* de norma jusfundamental como mandado de otimização já implica a idéia de ponderação, bem como, obviamente, os *critérios que devem presidir essa mesma ponderação*. Isso porque, em primeiro lugar, repita-se que o próprio conteúdo de uma dada norma jusfundamental, enquanto mandado de otimização, só é determinado, em última análise, à luz dos limites normativos impostos por outras normas – regras e princípios – que com ela entrem em colisão. Em segundo lugar, porque de fato não é infrequente a colisão entre direitos fundamentais, mesmo que tenham todos uma só *matriz genética* – a dignidade da pessoa humana – devido ao fato de que nos ordenamentos contemporâneos, em países que busquem a democracia, as Constituições são marcadas por forte pluralismo axiológico.

Foi, precisamente, no contexto da solução de conflitos entre direitos fundamentais onde mais se intensificou a elaboração doutrinária e juris-

prudencial, especificamente no direito alemão, sobre a *regra da proporcionalidade*, possibilitando determinar, de modo mais específico, o próprio conteúdo de tal regra. Tal especificação obteve-se, precisamente, pela identificação dos chamados *elementos parciais* da proporcionalidade, a saber, a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Assim compreendida, a regra da proporcionalidade tem se revelado apta a conduzir uma solução racional desse problema crucial, que é o conflito de direitos fundamentais.

Vale observar, que, atualmente, a *regra da proporcionalidade* é denominada pela expressão *bastante difundida* de “princípio da proporcionalidade”. Sem dúvida a opção por tal terminologia reflete, de um lado, a intensa polissemia do termo “princípio” e, de outro lado, a intenção do intérprete em caracterizar as prescrições referidas por aquela expressão como “disposições fundamentais” do sistema, ressaltando assim o seu caráter vinculativo e não meramente hermenêutico.

Há, no mínimo, uma imprecisão terminológica, ou mesmo uma impropriedade conceitual, em se referir à máxima da proporcionalidade como “princípio”, num contexto em que se adota a distinção entre *regras e princípios*, atribuindo a cada um desses termos o sentido que lhes dá Robert Alexy.¹⁸ É que sendo adotado o conceito de *princípio* sugerido pelo filósofo alemão, não se pode enquadrar como tal, isto é, como *mandado de otimização*, as prescrições que integram a regra da proporcionalidade (*adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*). Tais prescrições, ainda que sirvam como critérios orientadores da aplicação de princípios, como se verá, são corretamente classificadas por Alexy como *regras*, justamente porque se aplicam mediante *subsunção*.

É o que explica o mestre alemão: “La máxima de proporcionalidad suele ser llamada ‘principio de proporcionalidad’. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estrito no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene por consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas”.¹⁹

Impõe-se, portanto, por coerência às premissas aqui adotadas, referir-se a elas como *regras* – a *regra da proporcionalidade* e as três *sub-regras* que a compõem. Se com essa ressalva, evita-se a impropriedade conceitual em se referir a “princípio da proporcionalidade”, insistir nessa expres-

¹⁸ No mesmo sentido, Luis Virgilio Afonso da Silva. O proporcional e o razoável; texto inédito, manuscrito, gentilmente cedido pelo autor, item 1.

¹⁹ Alexy, *Teoría* ..., cit., p. 112, em nota de rodapé, n. 84.

são não deixa de acarretar uma imprecisão terminológica, uma vez que se estará utilizando, no mesmo discurso, um só termo (“princípio”) com dois sentidos distintos e incompatíveis. Por essas razões, opta-se pela terminologia “regra da proporcionalidade”, no presente trabalho, com a advertência de que não comete, necessariamente, uma impropriedade conceitual quem opta por terminologia distinta.

Como se mencionou, é amplamente reconhecido que a regra da proporcionalidade se desdobra em três outras sub-regras, a saber, a *regra da adequação* (ou pertinência), a *da necessidade* (ou da exigibilidade, ou ainda da escolha do meio mais suave) e a *da proporcionalidade em sentido estrito* (ou da determinação de sopesamento).²⁰

Segundo a regra da adequação, deve-se buscar uma exata correspondência entre meios e fins, no sentido de que os meios empregados sejam logicamente compatíveis com os fins adotados e que sejam praticamente idôneos a proporcionar o atingimento desses fins. Observe-se, por oportuno, que a proporcionalidade consiste, aqui, numa simples correspondência *fática* entre meios e fins.

A regra da necessidade, por sua vez, impõe uma avaliação dos próprios meios, na perspectiva dos prejuízos eventualmente resultante deles. Segundo esse princípio, portanto, o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado e, havendo mais de um meio, dentro do *faticamente possível*, deve ser escolhido aquele que traga menos prejuízos, vale dizer, a menor restrição possível a outros direitos fundamentais.

Finalmente, a regra da proporcionalidade em sentido estrito impõe uma avaliação global da situação, na qual se faça uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão. É, portanto, com a proporcionalidade em sentido estrito, que o operador jurídico irá sopesar os bens jurídicos envolvidos na sua decisão e optar pela solução que melhor atenda a todos, evitando a limitação total de um deles, que atinja seu conteúdo essencial, ofendendo a dignidade humana.

É fundamental perceber que as três apontadas manifestações parciais da regra da proporcionalidade se distribuem em uma certa *ordem lógica e sucessiva*, quanto à sua utilização. Cada uma delas representa, na verdade, uma *etapa* da atividade de concretizar um direito fundamental, a ser cumprida após realizada uma outra. Assim é que a *adequação* deve ser examinada em primeiro lugar, para depois examinar-se a *necessidade* e só ao final, se for o caso, passar ao exame da *proporcionalidade em sentido estrito*. A

⁽²⁰⁾ Alexy, *Teoria...*, cit., p. 111 e ss.; Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 360 e ss.; Guerra Filho, ob. cit., p. 259 e ss.

compreensão dessa relação de anterioridade lógica entre as sub-regras indicadas é importante para perceber que nem sempre a realização de um direito fundamental envolve a utilização de *todas elas*.

É a lição de Luis Virgílio Afonso da Silva: “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente da relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da regra da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”.²¹

Compreende-se, assim, a importância capital da regra da proporcionalidade na *harmonização* de direitos fundamentais em conflito. Como se viu, tal regra fornece o conjunto de critérios, que possibilitam ao operador jurídico solucionar a colisão entre direitos fundamentais, mediante uma ponderação das circunstâncias do caso concreto. Contudo, percebe-se pelo exposto que a regra da proporcionalidade (na amplitude adquirida quando percebida por referência a seus elementos parciais) “não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico”.²²

Esse caráter “procedimental” da regra da proporcionalidade evidencia-se, precisamente, na “relação de subsidiariedade”, como se refere Luis Virgílio Afonso da Silva, verificada entre seus elementos parciais. Além disso, esse mesmo caráter procedimental é o que confere à regra da pro-

⁽²¹⁾ Ob. cit., p. 13-14 do manuscrito, item 4.

⁽²²⁾ Paulo Bonavides, ob. cit., p. 387, reproduzindo pensamento de Georg Ress.

porcionalidade um papel de extrema importância, ao mesmo tempo, nos dois distintos contextos a que se refere qualquer decisão: o *contexto da descoberta* da decisão e o *contexto de sua justificação*. De fato, a regra da proporcionalidade não atua apenas no plano da *elaboração* (ou “descoberta”) da decisão sobre direitos fundamentais, mas também e principalmente naquele da sua *justificação*.²³ Os elementos parciais que compõem a regra da proporcionalidade funcionam como verdadeiros “testes” da correção (ou melhor, da constitucionalidade) daquela decisão, consistindo, assim, em critérios justificativos.²⁴

Na doutrina nacional, tem-se discutido sobre a *positividade* da regra da proporcionalidade, no sentido de identificar, na ausência de um texto normativo que a ele se refira expressamente, se tal regra pode ser considerada *incorporada* ao direito positivo ou não. Tem-se reconhecido o caráter de direito positivo da regra da proporcionalidade, porém com fundamentações distintas.

Merecem relevo, nessa perspectiva, as idéias de Paulo Bonavides, sobre o assunto. O mestre cearense chama atenção de que, mesmo não consistindo, no ordenamento brasileiro, em norma de direito escrito, o princípio da proporcionalidade “existe como norma esparsa no texto constitucional”, podendo ser inferida “de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito”.²⁵ Daí arrematar o ilustre constitucionalista: “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o art. § 2.º do art. 5.º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos

⁽²³⁾ Sobre a distinção entre o *context of discovery* e o *context of justification*, cf. Taruffo, *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 214 e ss.; Manuel Atienza, *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica*, p. 21 e ss.

⁽²⁴⁾ É nesse sentido a lição de Hesse: “Acerca lo que sea proporcional en cada caso el principio no dice nada; sin embargo, en tanto que criterio orientador contenido en la Constitución y por lo mismo vinculante, indica la dirección y determina el único procedimiento a través del cual debe buscarse una solución constitucional” (Konrad Hesse, ob. cit., p. 49). É interessante notar que Vieira de Andrade refere-se ao princípio da concordância prática, que nada mais é do que uma maneira de se referir à necessidade de ponderação entre direitos fundamentais colidentes, como “um método e um procedimento de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa sim) seja preservada na maior medida possível” (ob. cit., p. 222, com grifos no original).

⁽²⁵⁾ *Curso*, cit., p. 395.

direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”.²⁶

Digna de nota é também a argumentação de quem, como Willis Guerra Filho, considera que o princípio da proporcionalidade “coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático”.²⁷

Coube a Alexy demonstrar que a regra da proporcionalidade, em suas três manifestações (sub-regras), está implícito na própria *definição* da norma-princípio, entre elas as normas jusfundamentais, enquanto *mandado de otimização*. Com isso, forneceu uma solução simples e bastante inteligente ao problema da *fundamentação* do princípio da proporcionalidade em um dado ordenamento, como é o brasileiro, onde não há expressa referência a este princípio em textos legais.

Na lição prestigiosa de Alexy, “el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, significa que la máxima de proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”.²⁸

Assim, se as normas jusfundamentais, enquanto mandamentos de otimização, comandam a realização de determinado fim, levando-se em consideração as possibilidades práticas de realização, mas sem delimitar de antemão os meios a serem empregados para tanto, dessa mesma estrutura lógica de tal norma se extrai a *regra da adequação*, no sentido de que a norma jusfundamental *somente estará sendo realizada ou cumprida se os meios empregados em seu nome forem, de fato, aptos a fomentar a realização do fim por ela comandado*.²⁹

⁽²⁶⁾ Id., ibidem, p. 396.

⁽²⁷⁾ Guerra Filho. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade, cit., p. 253. Sobre a *positividade* do princípio da proporcionalidade, cf. também Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 354.

⁽²⁸⁾ Ob. cit., p. 111-112.

⁽²⁹⁾ É o que explica Alexy: “Si M1 no es adecuado para la promoción u obtención del fin F exigido por P1 o idéntico con P1, entonces M1 no es exigido por P1, es decir, para P1 es igual se se utiliza M1 o no. Si, bajo estas circunstancias, M1 afecta la realización de P2, entonces, por lo que respecta al aspecto de la optimización con relación a las posibilidades fácticas, M1 está prohibido por P2” (ob. cit., p. 114-115).

Da mesma forma, se as normas jusfundamentais, enquanto *mandamentos de otimização*, comandam a realização de determinado fim *da melhor maneira possível, levando-se em consideração não somente as possibilidades fáticas mas também as jurídicas*, da própria estrutura lógica dessa mesma norma se extrai as *regras da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito*. Com efeito, somente estará sendo *otimizada* a realização do fim comandado pela norma jusfundamental, com relação às possibilidades fáticas e jurídicas, se *o meio empregado em seu nome não trouxer restrição a outro direito fundamental, ou, se trouxer, o que se pode considerar o normal dos casos, que seja aquele que traga a menor restrição possível, dentre vários meios igualmente adequados*. Daí a regra da *necessidade* estar implícita na própria estrutura lógica da norma jusfundamental, enquanto mandamento de otimização que é.

Além disso, *otimizar* a realização do fim comandado pela norma jusfundamental, com relação especificamente às possibilidades jurídicas, também significa, *necessariamente*, realizar tal fim somente em situações onde, mesmo empregando algum meio que traga a menor restrição a outro direito fundamental, seja mais vantajoso realizar o fim comandado pela primeira norma jusfundamental, do que o direito fundamental que venha a ser assim restringido. Dessa forma, realizar da melhor maneira possível um direito fundamental, levando-se em consideração as *possibilidades jurídicas*, implica, necessariamente, a *ponderação entre esse direito fundamental e outros, que estejam sendo afetados pela realização do primeiro*, de onde se comprova que também a regra da proporcionalidade em sentido estrito se extrai da mera estrutura da norma jusfundamental como mandamento de otimização.

Numa fórmula sintética, a regra da adequação se deduz do caráter de mandamento de otimização das normas jusfundamentais, com relação às *possibilidades fáticas*; a regra da necessidade se deduz daí, com relação às *possibilidades fáticas e jurídicas*; e a regra da possibilidade em sentido estrito se deduz também do caráter de mandamento de otimização das normas jusfundamentais, mas com relação, estritamente, às *possibilidades jurídicas*.

Nessa ordem de idéias, convém notar que às vezes o próprio legislador tenta resolver a colisão entre direitos fundamentais, seja criando um determinado instituto jurídico, seja estabelecendo limites especiais ao uso de algum outro instituto etc. Contudo, não se pode jamais perder de vista que os direitos fundamentais só colidem entre si *no momento de serem concretizados*, ainda que as situações conflitivas de tal concretização possam ser hipotetizadas, antecipadamente. Por isso mesmo é que o conjunto de critérios desenvolvidos para a solução de tais conflitos – o princípio da proporcionalidade – remete, inexoravelmente, às circunstâncias concre-

tas do caso, isto é, *os dados da exata situação concreta de conflito e as conseqüências práticas decorrentes de cada uma das soluções possíveis*.

Eis porque as possibilidades de compatibilização de direitos fundamentais ao nível do texto normativo são extremamente limitadas. Com efeito, é possível antever, hipoteticamente, tanto uma situação conflitiva entre direitos fundamentais, como, de outra parte, uma série de soluções possíveis e suas igualmente hipotéticas conseqüências práticas, de tal forma que se possa, à luz de um quadro assim formado, sustentar uma solução razoável de um conflito de direitos fundamentais, antes mesmo dele eclodir na realidade concreta. Contudo, desnecessário demonstrar que por mais aguda que seja a capacidade do legislador em antever a realidade concreta, jamais poderá *esgotar* o conhecimento antecipado dela. Sempre restará algo que só no caso concreto se revelará e só aquele a quem incumbe, concretamente, a solução do conflito – o órgão jurisdicional, sobretudo – poderá levar em consideração.

Por esse razão, toda e qualquer solução dada pelo legislador, nessa matéria, não raro pode e deve ser complementada pelo órgão jurisdicional, podendo ele, dependendo do caso, e em se tratando normas infraconstitucionais, *rever a própria solução legislativa*. Assim, por exemplo, quanto ao uso de certo instituto concebido para conciliar um conflito de direitos fundamentais, tanto é possível que o órgão jurisdicional acrescente limites não previstos na lei, como também lhe é lícito deixar de observar certos limites impostos. Como se verá a seguir, as limitações reconhecidas em jurisprudência e doutrina para o uso da prisão civil do devedor de alimentos, constituem um exemplo do que se disse acima, isto é, de como o juiz pode, *levando em conta as circunstâncias do caso concreto* e para conciliar valores fundamentais em conflito, estabelecer limites não previstos em lei ao uso de um instituto jurídico, o qual já se revela como uma tentativa do próprio legislador em compor uma colisão de direitos fundamentais.³⁰

⁽³⁰⁾ No campo da antecipação de tutela encontra-se outro exemplo extremamente esclarecedor sobre o que se disse acima. Como se sabe, o legislador estabeleceu um limite à concessão de tutela antecipada – a *reversibilidade dos efeitos práticos* da medida antecipatória – o qual se revela, sem sombra de dúvida, como uma solução conciliatória entre a o direito fundamental à tutela efetiva, realizado pela antecipação de tutela, e o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, concretizado no procedimento de cognição exauriente. Contudo, a doutrina predominante reconhece que o juiz pode ir além desse limite invocando, precisamente, a *ponderação das circunstâncias do caso concreto*, sempre que da não concessão da tutela antecipada decorrer uma situação fática igualmente irreversível, e de maior gravidade que aquela irreversibilidade decorrente de sua concessão. Sobre isso, cf., por todos, Teori Albino Zavascki. *Antecipação de tutela*, cit., p. 58-68 e 97-98; José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela cautelar e tutela antecipatória: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, cit., p. 85-88 e 321 e ss.

7.1.5 Dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Em sede de teoria dos direitos fundamentais, já se observou que tal categoria não se resume, inteiramente, à noção de “direitos subjetivos”, nem mesmo quando esta for interpretada em seu sentido mais amplo. É que os direitos fundamentais, na verdade, representam “el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes”.³¹ Nesse sentido, portanto, com a proteção dos direitos fundamentais vêm consagrados os *valores básicos e constitutivos do ordenamento jurídico*, que irão conformar todo o desenvolvimento posterior desse mesmo ordenamento, inclusive as condutas que nele venham a se pautar, quer a dos particulares, quer, principalmente, a atuação dos próprios órgãos públicos. Por isso é que não se pode compreender os direitos fundamentais apenas como a fonte normativa de *posições subjetivas* asseguradas aos indivíduos, o que levou ao reconhecimento de que tais direitos são dotados de uma *dupla dimensão* (ou “dupla natureza”, ou “dupla função”): a *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais corresponderia à sua compreensão como fonte de posições subjetivas de vantagens, enquanto faculdades e poderes atribuídos aos seus titulares; já a *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais consistiria nos demais *efeitos jurídicos* resultantes do reconhecimento de tais direitos como os *valores fundamentais e constitutivos da ordem jurídica*, os quais devem ser perseguidos, em maior ou menor extensão, por todos os *atores* da vida jurídica.

Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cumpre esclarecer que ela se manifesta em planos diferentes, às vezes influenciando o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, às vezes orientando a sua realização e concreção pelos órgãos públicos.³² No tocante à atuação dos órgãos jurisdicionais, que é o que interessa mais de perto, no presente trabalho, advirta-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o que determina, por exemplo: (a) que o órgão jurisdicional identifique e deixe de aplicar normas excessivamente restritivas de direito fundamental, independente de qualquer manifestação de um dos eventuais titulares do direito restringido; (b) que o órgão jurisdicional realize, também sem nenhuma referência à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, uma interpretação conforme à Constituição, no sentido de extrair de determinada norma um sentido e um alcance que maior proteção assegure a um direito fundamental relacionado a ela; (c) que o órgão jurisdicional leve

³¹⁾ Antonio E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 21.

³²⁾ Cf. Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 145 e ss. Canotilho, *ob. cit.*, p. 472 e ss.

em consideração, na realização de um determinado direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais, independentemente mesmo de qualquer consideração quanto à dimensão subjetiva desses últimos.³³

Ainda quanto à influência da identificação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais na atuação dos órgãos jurisdicionais, é esta mesma dimensão objetiva, também presente nos direitos fundamentais relativos ao próprio processo jurisdicional, o que fundamenta e ao mesmo tempo permite compreender adequadamente, as normas processuais recentemente introduzidas na legislação brasileira, as quais aumentam significativamente os poderes de iniciativa do juiz na condução do processo e na escolha dos meios processuais mais adequados a cada caso concreto para prestar a tutela jurisdicional de forma mais efetiva, *independente de pedido das partes*. Assim, o *caput* do art. 18 do CPC, segundo o qual o juiz pode, mesmo de ofício, punir o litigante de má-fé; o art. 805 que autoriza o juiz, de ofício, a substituir a medida cautelar por outra menos gravosa; os §§ 4.º e 5.º do art. 461º o primeiro reconhecendo ao juiz o poder de cominar de ofício a multa diária, o segundo o poder do juiz de adotar medidas executivas inominadas, mesmo de ofício.

7.2 Direito fundamental à tutela executiva

A doutrina processual – que, nesse ponto, já se pode dizer tradicional – atribui à chamada “cláusula do devido processo legal” um significado de tal forma amplo, de modo a abranger, em seu campo semântico, todas aquelas exigências constitucionalmente asseguradas ao processo, isto é, aqueles valores nos quais deve se inspirar a disciplina normativa do processo, também conhecidos como “garantias constitucionais do processo”. Pode-se considerar um avanço importante da teoria processual o seu encontro com a teoria dos direitos fundamentais, no sentido de reconhecer entre estes está incluída, precisamente, a cláusula do devido processo legal, com todo seu complexo conteúdo. Cumpre observar, portanto, que falar em um “direito fundamental ao processo devido” não significa, apenas, uma mudança de terminologia. Ao contrário, trata-se de reconhecer ao conteúdo desta já conhecida “cláusula” a força normativa própria dos direitos fundamentais, portanto, reconhecê-la como norma jurídica, ao lado daquelas outras que se encontram no ápice do sistema jurídico e dotadas de aplicabilidade imediata.

Vale observar que a doutrina processual ainda costuma se referir aos diversos valores que integram o vasto conteúdo do direito fundamental ao

³³⁾ Cf. Vieira de Andrade, *ob. cit.*, p. 167-169; Canotilho, p. 475-476.

processo devido como “garantias” ou “princípios”.³⁴ Fala-se, assim, em garantia (ou princípio) do contraditório, do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da motivação das decisões judiciais, da proibição das provas ilícitas, do processo sem dilações indevidas etc. Ainda que todas essas exigências ou valores possam ser reconduzidas ao conteúdo do direito ao devido processo, é conveniente, do ponto de vista dogmático, denominá-las individualmente, facilitando assim o seu manejo, a sua operacionalização no sistema jurídico.

De outra parte, o uso de terminologias como “garantias” ou “princípios” pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma a sua aplicabilidade imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de “direitos fundamentais”, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a *teoria dos direitos fundamentais*.

Nessa perspectiva, portanto, e ainda no plano terminológico, abrem-se ao intérprete duas opções. Com efeito, tanto se pode referir ao *direito fundamental ao processo devido*, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo *um direito fundamental*.³⁵ Como já se disse, a vantagem em se identificar cada uma dessas exigências e denominá-las individualmente é a de facilitar a sua operacionalização pelo intérprete, isto é, auxiliá-lo na solução de questões relacionadas com a concretização de tais valores. Como quer que seja, por qualquer forma de terminologia utilizada, o que importa é reconhecer que os valores ou garantias processuais, positivados explicita ou implicitamente na Constituição, submetem-se ao regime específico dos direitos fundamentais, vale dizer, são dotados de força positiva e de aplicabilidade imediata.

Todos esse esclarecimentos são importantes para a correta compreensão do que se denomina, no presente trabalho, de *direito fundamental à*

⁽³⁴⁾ O estudo dos valores constitucionais relativos ao processo avançou sobremaneira, recentemente, na Espanha, precisamente pela circunstância de lá a Constituição de 1978 ter positivado, de modo muito expressivo, o direito fundamental à tutela efetiva, com a indicação relativamente clara, ainda que, obviamente, através de cláusula gerais, dos principais valores que compõem o conteúdo deste direito fundamental.

⁽³⁵⁾ Em obra anterior, optou-se pela referência genérica ao “direito fundamental ao processo devido”, como dotado de conteúdo complexo, no qual encontram lugar os conhecidos valores constitucionais relativos ao processo. Cf. Marcelo Guerra. *Execução indireta*, p. 54-55.

tutela executiva. Pelo que se disse, já se vê, claramente, que tal expressão designa uma daquelas exigências ou valores relativos ao processo judicial, inseridas no âmbito (ou campo semântico) do direito fundamental ao processo devido. Trata-se, portanto, de uma ferramenta dogmática de elevada importância na solução dos problemas a ser enfrentados no presente trabalho, relacionados à prestação efetiva de tutela executiva. De um lado, a identificação exata da exigência denominada de direito fundamental à tutela executiva é imprescindível, já porque é ela o parâmetro com base no qual se pode aferir a eficácia do sistema de tutela executiva e as suas insuficiências. De outro lado, denominá-la de direito fundamental reforça a idéia norteadora do presente trabalho, da aplicabilidade imediata da referida exigência constitucional.

Entre os valores processuais que integram o vasto conteúdo do direito fundamental ao processo devido está aquele que costuma ser enunciado pela famosa fórmula cunhada por Chiovenda, segundo a qual “o processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo...”. Tal exigência tem recebido as mais diversas denominações, nas últimas décadas, tendo sido chamada, entre os processualistas, de “garantia da efetividade da tutela jurisdicional”,³⁶ “garantia da efetividade do processo”,³⁷ “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”,³⁸ “garantia (ou princípio) do direito de ação”,³⁹ “garantia do acesso à justiça”,⁴⁰ e “garantia de acesso à ordem jurídica justa”,⁴¹ enquanto os constitucionalistas preferem as expressões “direito (fundamental) à tutela efetiva”, “direito ao processo devido”⁴² e “direito fundamental de acesso aos tribunais”.⁴³ O que torna

⁽³⁶⁾ Proto Pisani, por último, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, esp. p. 645 e ss.

⁽³⁷⁾ Barbosa Moreira. Notas sobre o problema da efetividade do processo, cit.

⁽³⁸⁾ Ada Pellegrini Grinover *As garantias constitucionais do direito de ação*; Idem *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*; Watanabe. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*; Nelson Nery Jr. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*.

⁽³⁹⁾ Nelson Nery Jr., ob. ult. cit.

⁽⁴⁰⁾ Mauro Cappelletti e Bryan Garth. *Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective*, *Access to Justice*, vol. I (*A world survey*); Donaldo Armelin. Acesso à Justiça, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 31/171-182.

⁽⁴¹⁾ Kazuo Watanabe. Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem jurídica justa, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 22/ 87-89; Idem. Acesso à Justiça e sociedade moderna, *Participação e processo*, p. 128-129; Luiz Guilherme Marinoni. *Novas linhas do processo civil*, para quem essa é a expressão mais adequada, entre as antes referidas (ob. cit., p. 25).

⁽⁴²⁾ Assim, Sanchez-Cruzat. *Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional*.

⁽⁴³⁾ Por exemplo, Gomes Canotilho. *Direito constitucional*; Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*.

ainda mais tormentosa, atualmente, a questão terminológica nessa matéria é que cada uma dessas expressões referidas é utilizada também com sentido mais amplo, de modo a incluir em seu campo semântico outros valores processuais constitucionais.

Em parte, isso chega a ser inevitável, tendo em vista que os valores constitucionais relativos ao processo estão de tal forma inter-relacionados, a ponto de, em alguma medida, todos se implicarem mutuamente. Mesmo assim, é de grande importância, sempre que possível e ainda que numa perspectiva puramente analítica ou conceptual, isolar cada uma dessas exigências, atribuindo-lhes denominações específicas, a fim de melhor manejá-las, no plano dogmático. Dessa forma, para designar aquele valor processual de extremada importância, magistralmente expresso na máxima chiovendiana do “tudo aquilo e exatamente aquilo”, adota-se a expressão sugerida por Barbosa Moreira de “postulado da máxima coincidência possível”.

A conveniência em se adotar tal terminologia está em permitir ao intérprete individualizar o referido valor processual, considerando-o de uma perspectiva muito específica e abstraindo quaisquer outras exigências que possam com ele estar relacionadas. Essa perspectiva consiste, insista-se, naquela fornecida pela relação de coincidência concreta entre a tutela jurisdicional prestada em determinado processo e o direito material. Assim, o postulado da máxima coincidência consiste na exigência de que a tutela jurisdicional a ser prestada através do processo proporcione ao titular do direito subjetivo tutelado a maior proteção possível, produzindo-se, então, um resultado concreto o mais coincidente possível com aquele resultante do cumprimento espontâneo das normas (de direito material) que prevêm o referido direito subjetivo.

No presente trabalho, o que se denomina *direito fundamental à tutela executiva* corresponde, precisamente, à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva. No que diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo. É a essa exigência, portanto, que se pretende “individualizar”, no âmbito daqueles valores constitucionais englobados no “due process”, denominando-a *direito fundamental à tutela executiva* e que consiste, repita-se, na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva.⁴⁴

⁴⁴ Vale notar que é no direito espanhol onde, provavelmente, com maior ênfase e amplitude vem sendo reconhecido que também a exigência de tutela executiva

Em face do que já se expôs sobre os direitos fundamentais, nomeadamente sobre o seu regime jurídico próprio e a força especial das normas que os definem, é fácil compreender a importância de se identificar a existência de um direito fundamental à tutela executiva, nos termos acima. É que a exigência de um sistema completo de tutela executiva passa a gozar desse regime especial dos direitos fundamentais, devendo ser concretizado pelos órgãos jurisdicionais, independentemente de qualquer intervenção legislativa. Mais concretamente, se pode afirmar que caracterizar como um direito fundamental a exigência de que haja meios executivos adequados a proporcionar uma integral tutela executiva de qualquer direito consagrado em título executivo, significa o seguinte:

a) o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva;

b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição – a qual melhor caracteriza-se, insista-se, uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva – não for justificável pela proteção devida a outro direito

integral é dotada de *status* de direito fundamental. Isso se deve, certamente, à atuação exemplar, nesse âmbito, do Tribunal Constitucional espanhol. Sobre isso, entre uma bibliografia que já se revela vasta, cf.: Francisco Chamorro Bernal. *La tutela judicial efectiva*, p. 303-313, que se refere a “el derecho constitucional a la ejecución”; aí se indica diversas sentenças do Tribunal Constitucional espanhol, nas quais se lê afirmações como “La ejecución de las Sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático, que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del art. 117 3 de la Constitución” (STC 92/1988 de 23 de maio, apud Bernal, ob. cit., p. 303, em rodapé); Ángela Figueruelo Burrieza. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*, p. 126 e ss.; Miguel Beltrán de Felipe, *El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración*, p. 231 e ss. Na doutrina italiana, há também expressa referência da extensão da garantia constitucional do direito de ação também à tutela executiva; nesse sentido Taruffo. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione, *Rivista Critica del Diritto Privato*, p. 649 e ss., 1986; Comoglio. Principi costituzionale e processo di esecuzione, *Rivista di Diritto Processuale* 2/450 e ss. 1994. Vale observar que a dimensão constitucional da efetividade do processo executivo não passou despercebida a Couture, um dos precursores do estudo dos direitos processual sob a perspectiva das garantias constitucionais. Na lição lapidar do mestre uruguaio, a “necesidad de asegurar tanto el conocimiento como la ejecución plantea el alcance constitucional de las medidas coercitivas de la jurisdicción” (Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil, Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, p. 89).

fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva;

c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelarem necessários à prestação integral de tutela executiva, *mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei*, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.

Uma vez identificado o direito fundamental à tutela executiva, se pode agora aquilatar, mais adequadamente, aquelas situações denominadas *insuficiência de meios executivos previstos na lei*. Realmente, sempre que o meio executivo previsto na lei não for capaz de proporcionar uma *pronta e integral* satisfação do credor, tem-se uma *denegação de tutela executiva*, o que consiste em autêntica *violação do direito fundamental à tutela executiva*.

Assim, justifica-se porque mesmo na ausência de uma norma infra-constitucional que explicita o poder-dever do juiz adotar meios executivos não previstos na lei, este poder existe como corolário da existência do direito fundamental à tutela executiva. Nessa ordem de idéias, é possível formular aquela que é talvez a conclusão mais importante do presente trabalho, a saber, o § 5.º do art. 461 do CPC, como norma que reconhece, expressamente, o poder do juiz determinar medidas executivas não previstas em lei, nas "ações tendentes ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer", representa uma *concretização apenas parcial do direito fundamental aos meios executivos*. Dessa forma, à luz do que se disse, é lícito concluir que não apenas no âmbito das ações disciplinadas pelo art. 461 do CPC, *mas em qualquer caso de prestação de tutela executiva o juiz está autorizado, pela Constituição, a adotar os meios executivos que se revelarem necessários, ainda que não previstos em lei, para proporcionar uma integral prestação de tutela executiva*.

Tal conclusão, formulada em termos genéricos, significa, mais concretamente, que o direito fundamental à tutela executiva autoriza o juiz a adotar as medidas que se revelarem mais adequadas a proporcionar pronta e integral tutela executiva, ainda, e sobretudo, que não previstas em lei: a) qualquer que seja a modalidade da obrigação a ser tutelada *in executivis*, de dar dinheiro ou coisa diversa, fazer ou não fazer; (b) qualquer que seja o título executivo, judicial ou extrajudicial, que fundamenta a execução; (c) qualquer que seja o *modelo estrutural* adotado pelo legislador para o *módulo processual executivo*, seja disciplinando-o como *processo de execução autônomo*, seja disciplinando-o como *mera fase executiva* de um "processo sincrético". Além disso, por força do mesmo direito fundamental o juiz deve também, repita-se, interpretar as normas existentes de modo a delas extrair um sentido que mais assegure a eficácia dos meios executivos disciplinados. Tudo isso, insista-se, feito com observância do quadro

completo dos direitos fundamentais, respeitando os limites impostos a cada um pelos demais e realizando, sempre que necessário, a concordância prática entre os direitos em colisão.⁴⁵

De outra parte, a caracterização da exigência de um sistema completo de tutela executiva como direito fundamental traz ainda outra consequência importante, a saber, a ausência de vinculação do juiz ao pedido do credor no processo de execução, quanto ao uso de meios executivos. Isso é reflexo da dupla dimensão, subjetiva e objetiva, dos direitos fundamentais. Realmente, como direito fundamental que é, a exigência de um sistema completo de tutela executiva deve ser concretizada pelos órgãos estatais espontaneamente.

Dessa forma, uma vez requerida a tutela executiva, caberá ao juiz a determinação do meio executivo mais adequado, bem como a substituição de algum já utilizado, por outro que se revele mais eficaz. Quanto ao meio executivo, e apenas quanto a isso, não está o juiz, portanto, nem vinculado à iniciativa do credor, nem mesmo a alguma escolha que o mesmo credor tenha feito, onde isso seja possível. Como se verá, este aspecto do direito fundamental aos meios executivos será de importância crucial ao se interpretar, agora por uma perspectiva renovada, as normas relativas à expropriação forçada no CPC.

Cumpra ainda assinalar, por oportuno, que o reconhecimento de tais poderes ao juiz, implica o dever de motivar seus atos no processo de execução, que se traduzam, precisamente, na escolha de meios não previstos, ainda que solicitados pelo credor, assim como nas hipóteses em que ele, juiz, substitui o meio executivo ou concede meio diverso do que foi solicitado pelo mesmo credor.

7.3 Direito fundamental à duração razoável ao processo

No âmbito da cláusula do devido processo tem sido divisada a exigência de um *tempo razoável* para a duração do processo. Essa exigência,

⁴⁵ É interessante observar que mesmo não reconhecendo a existência de um direito fundamental à tutela executiva, também se poderia chegar a conclusões semelhantes às formuladas no texto, embora sem uma fundamentação tão segura e sem um paradigma tão fecundo como aquele fornecido pela teoria dos direitos fundamentais. Com efeito, o próprio § 5.º do art. 461 poderia ser interpretado extensivamente, em nome do princípio da *isonomia*. É que não há razão para o credor de obrigação de fazer e não fazer *não consagrada em título extrajudicial* tenha mecanismos de *satisfação in executivis* de seu crédito mais eficazes do que o credor da mesma obrigação de fazer e não fazer, consagrada em título executivo extrajudicial (à qual se aplicam, segundo orientação predominante da doutrina, as normas do Livro II do CPC), ou do que o credor de outras obrigações, como as de dar coisa ou pagar quantia certa.

convém lembrar, foi explicitada pela primeira vez na definição do *direito ao processo justo*, reconhecido no art. 6.º, 1, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 4 de novembro de 1950, o qual serviu, certamente, como fonte para positivções posteriores dessa exigência, em outros documentos normativos, como tratados e Convenções internacionais e Constituições.⁴⁶ Reza tal dispositivo que: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente *num prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

Como se percebe facilmente, a *duração razoável do processo* é noção extremamente fluida e de difícil apreensão. Nessa perspectiva, a atuação da Corte Europeia dos Direitos do Homem aplicando o mesmo art. 6.º, 1, da Convenção Europeia, acumulou notável jurisprudência que, fixando uma série de critérios para determinar a *duração razoável*, tem servido de principal parâmetro na determinação semântica deste conceito vago.⁴⁷

Reconhecendo que não se pode determinar de modo genérico, ou *quantificar aprioristicamente* o tempo de duração razoável de qualquer processo, o mencionado Tribunal de Estrasburgo entende que se possa determinar, caso a caso, o que seja a *duração razoável*, com base nos se-

⁽⁴⁶⁾ O art. 8.º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 22.11.1969, dispõe: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Na Constituição espanhola, de 1978, no seu art. 24.2, dispõe que: “Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público *sin dilaciones indebidas* y con todas las garantías ()”. Recentemente, a Lei Constitucional de 23.11.1999, acrescentou dois parágrafos ao art. 111 da Constituição italiana, incluindo, a expressa positivação da exigência do tempo razoável, nos seguintes termos: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. Cf. ainda, outros textos normativos em Cruz e Tucci, *Garantia do processo sem dilações indevidas, Garantias constitucionais do processo civil*, p. 248 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Sobre a expressa referência e incorporação dos critérios fixados pela Corte de Estrasburgo, por parte do Tribunal Constitucional espanhol, cf. Sanches-Cruzat, *Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional*, p. 523 e ss.; na doutrina italiana, cf. Tarzia, L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile, *RePro* 103/156 e ss.

guintes critérios: a complexidade da causa, o comportamento das partes e a atuação dos órgãos estatais, não só os órgãos jurisdicionais diretamente envolvidos em um dado processo, como também, de um modo geral, as autoridades administrativas e legislativas, a quem incumbe a responsabilidade de criar um sistema judicial ágil, inclusive dotado do aparato *material* necessário.⁴⁸ Tais critérios, os quais devem ser levados em consideração *conjuntamente*, permitem concluir que, no marco da teoria dos direitos fundamentais, é lícito sintetizar a noção de *duração razoável do processo* na seguinte fórmula: é razoável toda a duração do processo que seja decorrente do indispensável respeito aos direitos fundamentais em jogo, sobretudo os processuais.⁴⁹

Nessa ordem de idéias, cumpre observar que na jurisprudência da Corte europeia a exigência de duração razoável também se aplica ao *processo de execução*. Com efeito, tanto o tempo consumido pelo próprio processo executivo como a somatória deste tempo com aquele (quando for o caso) relativo ao processo de conhecimento que preparou o título judicial, são passíveis de serem avaliados na ótica da duração razoável.

Como informa Tarzia, em várias e recentes sentenças, mas principalmente naquela onde veio a ser apreciada a causa de *Hornsby versus Grécia*, de 13.03.1997, ficou estabelecido “serait illusoire si l’ordre juridique interne d’un Etat contractant permettait qu’une decision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d’une partie”, em razão do que se concluiu que “l’execution d’un jugement ou arrêt, de quelque jurisdiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie integrante du ‘procès’ au sens de l’article 6”.⁵⁰ Daí concluir Tarzia: “La ragionevolezza del termine deve perciò essere valutata sia separatamente – per il processo

⁽⁴⁸⁾ Como esclarece Giuseppe Tarzia, sintetizando, nesse ponto, a jurisprudência da Corte Europeia: “La garanzia della ragionevole durata investe anzitutto l’organizzazione giudiziaria, nella sua più ampia accezione; impone al legislatore – sia esso il legislatore ordinario o il legislatore delegato – come al Governo nell’esercizio del potere regolamentare, una congrua allocazione di uomini (magistrati, altri componenti dell’ufficio giudiziario, ausiliari), di risorse e di mezzi per la funzionalità della giustizia” (ob. cit., p. 174). Daí se poder concluir, ainda com Tarzia: “Nè il sovraccarico del lavoro giudiziario può valere come esimente” (ob. cit., p. 170).

⁽⁴⁹⁾ Em sentido conforme, ainda que com terminologia diversa, Andolina-Vignera, *I Fondamenti Costituzionali della Giustizia Civile – Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*, p. 96.

⁽⁵⁰⁾ Apud Tarzia, ob. cit., p. 170. Observe-se, *en passant*, que tal decisão é também emblemática no reconhecimento do próprio direito fundamental à tutela executiva, no sentido de ter reconhecido que o direito fundamental ao processo devido não assegura às partes apenas a *declaração judicial de seus direitos*, mas também a sua satisfação concreta.

di cognizione da un lato e per quello esecutivo dall'altro – sia nella somma dei due, che permette di valutare la *distantia temporis* fra la domanda di condanna e il provvedimento satisfattivo”⁵¹

Releva ainda notar que o *direito fundamental à duração razoável ao processo* é dotado de um caráter *dúplice*, no que diz com aquela tipologia dos direitos fundamentais, que os divide em *direitos de liberdade e prestacionais*. Tanto ele vincula imediatamente o órgão jurisdicional, que o pode aplicar diretamente *sem a intervenção de órgãos administrativos ou legislativos, na alocação de recursos financeiros, econômicos, humanos etc.*, como também exige, para ser plenamente atendido, em algumas circunstâncias, essa mesma intervenção estatal que vai além daquilo que o órgão jurisdicional está *materialmente apto a realizar*.

Essa é a lição exata de Sanchez-Cruza: “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se caracteriza como derecho autónomo en el elenco de garantías procesales constitucionales, como derecho filial e instrumental del derecho a la tutela judicial, con el que coincide como *derecho subjetivo de carácter reaccional*, que impone a los jueces conducir el proceso sin concesiones a su natural excesiva tardanza, removiendo los obstáculos que estén en su dominio para procurar celeridad al ejercicio de la potestad jurisdiccional; y como *derecho de naturaleza prestacional*, en cuanto sujeta a los poderes del Estado a realizar las reformas estructurales necesarias en la organización del servicio constitucional de la justicia, de modo que pueda cumplirse racionalmente el tiempo de administrar justicia en un plazo razonable”.⁵²

Daí se observar que à proteção desse direito à duração razoável convergem tanto medidas destinadas a preservar a sua realização no caso concreto, sobretudo medidas judiciais fundadas no *poder diretivo* do juiz, como também medidas *ressarcitórias*, voltadas à reparação dos danos sofridos em virtude da violação ao mesmo direito ao tempo razoável.

Assim, por exemplo, em se tratando de uma demora injustificada, imputável a uma conduta (sobretudo uma omissão) abusiva de uma das partes, o juiz pode tentar dissuadi-la de permanecer na atuação desleal, seja de maneira direta, através de uma medida coercitiva, seja de maneira indireta, punindo a conduta desleal. Pense-se na hipótese de retenção indevida de autos por uma das partes, ou na interposição de recursos ou qualquer incidente manifestamente infundado, ou ainda, no caso específico da execução, a omissão do devedor em indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, obstáculos continuamente criados pelo devedor para realização da execução por terceiro da prestação devida, no caso da execução de obrigação de fazer ou não fazer.

⁽⁵¹⁾ Tarzia, ob cit., p. 172.

⁽⁵²⁾ Ob cit., p. 546.

Por outro lado, se a dilação indevida é atribuível ao próprio órgão jurisdicional, abre-se a qualquer das partes, além de medidas estritamente processuais, até mesmo a possibilidade de dirigir-se ao órgão jurisdicional responsável pelo *controle funcional ou administrativo*, através de representação ou outro meio (v.g., correção parcial, que teria aqui um uso legítimo, isto é, sem funcionar como supedâneo de recurso), a fim de obter a providência tendente a assegurar-lhe a atuação jurisdicional devida em tempo razoável. É o que ocorreria quando o magistrado deixa de praticar ato indispensável a dar seguimento ao processo, sem nenhuma justificativa.

Finalmente, a duração indevida pode ser resultado de falta de aparato de apoio – humano, financeiro ou tecnológico – do próprio órgão jurisdicional. Nesses casos, a duração seria imputável, exclusivamente, aos órgãos estatais responsáveis pelo aparelhamento do Poder Judiciário, nomeadamente, os Poderes Executivo e Legislativo, onde a falta resultar, também, de inexistência de lei. Aqui, dificilmente poderá o órgão jurisdicional, de qualquer instância, adotar providência capaz de assegurar o processo sem dilações indevidas.⁵³ Resta, contudo, à parte a possibilidade de voltar-se contra o próprio Estado, para dele obter a reparação devida.

Insista-se, por fim, que não se pode duvidar que o direito fundamental à duração razoável está incluído no rol dos direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento brasileiro. De fato, por tudo o que se disse, não se pode duvidar que tal exigência seja parte indissociável do complexo conteúdo do “devido processo legal”. Mesmo que assim não fosse, desde de 1992, o direito fundamental à duração razoável passou a integrar, textualmente, por força do § 2.º do art. 5.º da CF, o rol dos direitos fundamentais elencados nesse mesmo dispositivo.⁵⁴ É que em 26.05.1992 o Congresso Nacional, mediante o Decreto 27, aprovou o texto da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica – e com o Decreto 678, de 09.11.1992, a referida Convenção foi *promulgada*, tendo sido definitivamente incorporada ao direito brasileiro. Ora, como já referido, o art. 8.º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica determina: “Toda

⁽⁵³⁾ É aquela limitação típica dos direitos fundamentais de índole *prestacional*, que remete à chamada “reserva do possível”.

⁽⁵⁴⁾ Já se pode considerar predominante o entendimento segundo o qual a norma de tratado que consagra direito fundamental, é recepcionada no ordenamento brasileiro com *status* de norma *constitucional jufundamental*. Cf., sobre isso, Ingo Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 132; Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 111; Cançado Trindade. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I, p. 407; Celso de Albuquerque Mello. O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 25.

pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou Tribunal (...)"

Por tudo isso é fácil compreender não só a importância do direito fundamental ao processo sem dilações indevidas no âmbito da prestação de tutela executiva, como também o amplo espaço de atuação dos órgãos jurisdicionais na *tutela específica* desse direito. Nessa perspectiva, é crucial compreender, também, que o direito à duração razoável do processo mantém uma relação de mútua influência com o direito fundamental à tutela executiva. De uma parte, o direito à duração razoável é *coadjuvante* do direito aos meios executivos, servindo de *parâmetro* com base no qual se possa avaliar a *qualidade* da tutela executiva a ser prestada e, portanto, a própria eficácia dos *meios executivos*. Assim, havendo mais de um meio executivo apto a proporcionar a satisfação do credor, o direito à duração razoável do processo permite fundamentar a escolha pelo meio que proporcione a satisfação *mais rapidamente*, desde que, obviamente, seja também exigível e proporcional em sentido estrito. De outra parte, o direito fundamental aos meios executivos termina por *reforçar* o direito ao processo sem dilações indevidas, no sentido de autorizar o juiz a adotar as medidas necessárias a assegurar a *pronta* prestação de tutela executiva.⁵⁵

Como quer que seja, a violação do direito fundamental à duração do processo, também no âmbito do processo de execução, e em qualquer caso, pode ser tutelável *a posteriori*, ou seja, também admite uma *tutela genérica ou ressarcitória*. Uma vez violado, pode o credor voltar-se, agora contra o Estado, em face de sua responsabilidade objetiva, para obter a devida reparação pelos danos decorrentes de um processo de execução que durou além do razoável.

⁵⁵⁾ Advirta-se que, no presente trabalho, somente esse aspecto do direito fundamental à duração razoável do processo será levado em consideração. Não serão aprofundadas, portanto, questões relativas à "dimensão prestacional" desse direito fundamental, nem aquelas relacionadas com a sua *tutela ressarcitória*.

TUTELA EXECUTIVA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

SUMÁRIO: 8.1 Esclarecimento prévio: a perspectiva dos meios executivos e a divisão da matéria – 8.2 Tutela executiva das obrigações de fazer e não fazer antes e depois da reforma do CPC – 8.3 Execução por terceiro – 8.4 Insuficiência da execução por terceiro – 8.5 Breve referência ao direito norte-americano – 8.6 Utilização, no âmbito do CPC e das legislações às quais ele se aplica subsidiariamente, da intervenção judicial, prevista na Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) – 8.7 Medidas coercitivas: 8.7.1 Cabimento e conteúdo das medidas coercitivas e a regra da proporcionalidade; 8.7.2 Multa diária; 8.7.3 Multa contra terceiro; 8.7.4 Prisão civil como medida inominada – 8.8 Tutela executiva da obrigação de emitir declaração de vontade e título executivo extrajudicial.

8.1 Esclarecimento prévio: a perspectiva dos meios executivos e a divisão da matéria

Na presente etapa deste trabalho, passa-se ao exame das dificuldades e insuficiências dos meios executivos previstos na lei processual e das propostas de solução de tais insuficiências, que podem ser formuladas a partir da perspectiva instaurada pela identificação do direito fundamental à tutela executiva e à duração razoável do processo. Serão, portanto, analisados *os meios executivos*, e apenas na perspectiva de deficiências que podem ser superadas *de iure condito*, deixando-se de lado outros aspectos da problemática relativa à tutela executiva. Para melhor sistematização da vasta problemática a ser enfrentada, adotou-se como critério de organização da matéria, o *conteúdo* (prestação devida) dos direitos a serem satisfeitos *in executivis*, de modo a dividi-la em *tutela executiva das obrigações de fazer e não fazer, pagar quantia e entregar coisa diversa de dinheiro*. Reservou-se, contudo, um capítulo a parte para o tratamento das questões rela-