



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO PROFISSIONAL
INTERDISCIPLINAR EM PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DIREITOS
HUMANOS**

ANA PAULA RIBEIRO SOARES

**A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NAS DECISÕES
JUDICIAIS E A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO: DA MENÇÃO
GENÉRICA À APLICAÇÃO MOTIVADA**

Palmas/TO
2021

ANA PAULA RIBEIRO SOARES

**A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NAS DECISÕES
JUDICIAIS E A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO: DA MENÇÃO
GENÉRICA À APLICAÇÃO MOTIVADA**

Relatório Técnico apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, ao Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos – Linha de Pesquisa – Efetividade das Decisões Judiciais e Direitos Humanos – subárea: Direitos Humanos e Práticas Discursivas Contemporâneas, defendido no dia 17 de setembro de 2021

Orientador: Doutor Vinícius Pinheiro Marques

Palmas/TO
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

S676a Soares, Ana Paula Ribeiro.

A aplicação dos princípios jurídicos nas decisões judiciais e a necessidade de motivação: da menção genérica à aplicação motivada. / Ana Paula Ribeiro Soares. – Palmas, TO, 2021.

125 f.

Relatório Técnico (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2021.

Orientador: Vinicius Pinheiro Marques

1. Prestação Jurisdicional. 2. Direitos Humanos. 3. Efetividade das Decisões Judiciais. 4. Práticas Discursivas Contemporâneas. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
EM PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DIREITOS HUMANOS

ANA PAULA RIBEIRO SOARES

“A aplicação dos princípios jurídicos nas decisões judiciais e a necessidade de motivação: da menção genérica à aplicação motivada”

Relatório Técnico apresentado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, promovido pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre.

Data da aprovação: 17 de setembro de 2021.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Vinícius Pinheiro Marques
Orientador e Presidente da Banca
Universidade Federal do Tocantins

Prof.ª Dr.ª. Ângela Issa Haonat
Membro Avaliador Interno
Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça
Membro Avaliador Externo
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Palmas – TO
2021

RESUMO

O contexto de desenvolvimento da presente pesquisa encontra-se centrado na aplicação dos princípios, enquanto normas jurídicas específicas na construção da decisão judicial, sendo assim, o questionamento central que se buscou responder foi o seguinte: considerando que há uma prática reiterada de aplicação de princípios jurídicos de forma genérica nas decisões judiciais, quais métodos/meios podem explicitar e especificar os fundamentos da sua aplicação, a fim de possibilitar às partes maior segurança, clareza e adequação ao caso em julgamento? Dessa forma, restou definido como objetivo geral a compreensão das causas que levam à aplicação genérica dos princípios jurídicos na construção das decisões judiciais, para propor novas possibilidades de utilização desses princípios, pautadas em uma maior especificidade de causas e motivações. Em relação aos pressupostos teóricos, foi realizada a análise do processo, da jurisdição, bem como a evolução do acesso à justiça e da prestação jurisdicional. Na sequência, foram analisadas questões relacionadas à decisão judicial e a importância de sua motivação para então apresentar uma exposição teórico-conceitual e o processo de aplicação e fundamentação das espécies normativas. A presente pesquisa tem natureza teórico-empírica, voltada ao aperfeiçoamento de práticas jurídicas, de natureza interdisciplinar, em que foram estabelecidos diálogos de conteúdos e métodos analíticos entre: a Teoria Geral do Direito, a História do Direito e a Hermenêutica Jurídica. O diálogo entre essas disciplinas foi estabelecido a partir de uma perspectiva de complementaridade da vertente crítico-metodológica com elementos da vertente jurídico-sociológico, tendo sido utilizado o raciocínio hipotético-dedutivo num processo dialógico com outros modelos de raciocínios, a partir de uma constante interação epistêmica, prevalecendo a abordagem qualitativa. A partir da pesquisa foi possível concluir que a decisão judicial precisa atender ao contexto da justificação, e que ausência ou incompletude da motivação pode gerar a nulidade da decisão. No que diz respeito aos princípios, a ausência de fundamentação adequada esvazia o conteúdo e a funcionalidade da decisão, bem como retira-lhes a força normativa específica que justifica a sua aplicação e a criação de uma norma *in concreto*.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Categorias Normativas. Jurisdição. Prestação Jurisdicional. Hermenêutica Jurídica.

ABSTRACT

The development context of this research is centered on the application of the principles, as specific legal norms in the construction of the judicial decision, thus, the central question that we sought to answer was the following: considering that there is a repeated practice of applying legal principles terms in a generic way in judicial decisions, which methods/means can explain and specify the fundamentals of their application, in order to provide the parties with greater security, clarity and adequacy to the case in judgment? Thus, the general objective was defined as the understanding of the causes that lead to the generic application of legal principles in judicial decisions, in order to propose new possibilities for their use, based on a greater specificity of causes and motivations. In relation to the theoretical assumptions, was carried out the analysis of the case, jurisdiction and the evolution of access to justice and judicial provision. Subsequently, issues related to the court decision and the importance of its motivation were analyzed in order to present a theoretical-conceptual exposition and the process of application and foundation of the normative species. This research has a theoretical-empirical nature, focused on the improvement of legal practices, of an interdisciplinary nature, in which dialogues of contents and analytical methods were established between: the General Theory of Law, the History of Law and Legal Hermeneutics. The dialogue between the disciplines was established from a perspective of complementarity of the critical-methodological aspect with elements of the legal-sociological aspect, and the hypothetical-deductive reasoning was used in a dialogical process with other models of reasoning, from a constant epistemic interaction, prevailing the qualitative approach. From the research it was possible to conclude that the judicial decision needs to meet the context of justification, and that absence or incompleteness of motivation can lead to nullity of the decision. As regards the principles, the absence of adequate reasoning empties the content and functionality of the decision and removes the specific regulatory force that justifies their application and the creation of an in concrete norm.

Keywords: Access to justice. Normative Categories. Jurisdiction. Judicial Provision. Legal Hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	14
1.1 Considerações teórico-conceituais sobre processo e jurisdição e sua importância na construção da decisão judicial e efetivação do acesso à justiça.....	14
1.2 Acesso à justiça e a prestação jurisdicional como direitos fundamentais: da garantia formal à sua concretização substancial.....	28
1.3 A decisão judicial e a essencialidade da motivação como instrumento de desvelamento da verdade processual.....	34
1.4 As espécies normativas e a importância da densificação dos princípios na motivação da decisão judicial.....	38
2 TECNOLOGIAS SOCIAIS E PRODUTOS DESENVOLVIDOS	48
2.1 Artigo científico publicado na revista Humanidades & Inovação	48
2.2 Artigo científico aprovado para publicação na Revista de Direito Brasileira	50
2.3 Artigo científico submetido à publicação na Revista Juris Poiesis	51
3 PROPOSTA DE TECNOLOGIAS SOCIAIS.....	53
3.1 Webinário de Teoria dos Princípios e motivação das decisões judiciais e Oficina prático-jurídica de aplicação dos princípios na construção das decisões judiciais	53
4 CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	60
ANEXO I ..	62
ANEXO II	75
ANEXO III.....	94
APÊNDICE	112

INTRODUÇÃO

A realização do direito através da prestação jurisdicional é uma atividade complexa que demanda constante estudo e aperfeiçoamento, os quais devem se pautar por um modo de produção do conhecimento metódico, que corporifique a razão científica, a fim de validar, no plano prático, os produtos deles decorrentes.

Por tal razão, a pesquisadora que ora apresenta este relatório técnico de pesquisa, a partir da sua experiência como Assessora Jurídica atuando no Segundo Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, constatou a ocorrência de situações nas quais a aplicação dos princípios jurídicos ocorre de forma genérica, gerando o esvaziamento de significado e desdensificação do conteúdo que lhes dá sentido, que os especificam e os funcionalizam no processo operativo da decisão judicial.

O quadro relacionado à aplicação dos princípios, inicialmente motivou a pesquisadora a desenvolver os seus estudos em nível de Especialização *Lato Sensu*, mas a sensação de que, para a implementação de aprimoramentos teóricos dirigidos à prática profissional era necessário mais aprofundamento, levou ao desenvolvimento da presente pesquisa de Mestrado, ora relatada.

O desenvolvimento do conhecimento jurídico e da sua dimensão prática ocorre através de um intrincado processo de percepção da realidade teórica e do seu reflexo no plano empírico, o qual, muitas vezes, se corporifica de maneira distorcida na prática cotidiana, levando o teórico a um exercício permanente de movimento e adequação da percepção interna e externa desse conhecimento que se constitui na própria essência do que se concebe como Direito.

O Direito, na condição de campo de conhecimento científico, não deixa de ser um ente de natureza subjetiva de apropriação individual e coletiva e, justamente por esta razão, tem se manifestado no ordenamento jurídico nacional e internacional como um ser em si de mutação constante, autopoietico, gerador de múltiplas dimensões de direitos, os quais coexistem num processo de interação e interdependência impeditiva de recessões, principalmente no que pertine aos denominados direitos fundamentais.

Dentre a pluralidade de direitos denominados como fundamentais encontra-se o acesso à justiça, que se insere na multidimensionalidade de direitos e se manifesta genérica e especificamente em todas elas, demandando atenção especial à sua efetividade formal e, sobretudo, à sua efetividade material.

Num primeiro plano, o acesso à justiça se manifesta genericamente como uma espécie de direito humano de primeira dimensão, através do qual se garante a todos os indivíduos, isonomicamente, a possibilidade de propor ou contestar uma ação no sistema de justiça institucionalizado pelo Poder Judiciário.

Num segundo momento, o acesso à justiça se amplia e transborda as clássicas concepções jusfilosóficas que pautaram a primeira e a segunda dimensões de direitos fundamentais e projeta a sua efetividade substancial para além dos formalismos possibilitadores de estar em juízo, materializando-se na prestação jurisdicional e, mais precisamente, na própria decisão judicial, que se corporifica naquilo que se denomina como resultado judicial individual socialmente justo.

Em Estados cujo sistema democrático sofreu fraturas, ou se encontra em processo de consolidação, com é o caso do Brasil, persiste a preponderância da perspectiva institucionalizada que eleva a importância do acesso à justiça formal em detrimento do substancial, levando a distorções que desvirtuam o direito concretizado, trazendo consequências aos indivíduos diretamente atingidos e à coletividade.

Isso fica claro com a sobrecarga que o sistema de justiça tem, não só em razão da garantia formal de se ingressar com uma demanda judicial, mas também, em razão da ocorrência de decisões judiciais que, por razões instrumentais/técnicas, inobservam os ditames legais de sua formulação, sobretudo o da motivação e o da fundamentação.

A existência de decisões judiciais questionáveis, passíveis de recurso, faz parte da normalidade jurídico-processual. Porém, há situações que extrapolam os limites do que se concebe como normal. Essas situações devem ser expurgadas do sistema legal, pois ultrapassam a previsibilidade e a permissividade existentes no ordenamento jurídico, ferem a normalidade do funcionamento do sistema de justiça ao gerar instabilidade no sistema de julgamento, na perspectiva formal, e, no plano da efetivação da justiça substancial, impedem a realização justa e efetiva do direito estabelecido.

Dentre as situações em que as decisões judiciais podem ser consideradas questionáveis, destacam-se as de baixa densidade de motivação, as motivadas genericamente, ou as imotivadas, as quais suscitam o interesse da pesquisa que foi desenvolvida e se consolida no presente relatório técnico.

A decisão não deve se circunscrever apenas na subsunção do fato à norma; deve se estender à explicitação dos caminhos percorridos para se chegar àquela decisão, bem como deve, ao ser constituída, se estruturar através de motivações e fundamentação específicas,

explicitando as relações conceituais dos institutos jurídicos com os fatos e os direitos objeto de análise.

A inobservância dos requisitos de motivação e fundamentação de todos os elementos constitutivos da decisão, de forma específica, gera uma ruptura na normalidade da prestação jurisdicional, situação que, por ter ocorrências frequentes, justificou e continua a justificar o estudo teórico na pesquisa desenvolvida e consolidada no presente relatório técnico.

Partindo dessas considerações preliminares, a pesquisa tem natureza teórica e está direcionada ao aperfeiçoamento profissional dos magistrados e servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que atuam diretamente na análise processual e na minutagem de decisões judiciais, tanto no primeiro, quanto no segundo grau.

Em relação à delimitação temática, o aspecto estudado, relativo à motivação das decisões jurídicas, encontra-se centrado na necessária motivação da aplicação dos princípios jurídicos, pois, de forma indiscriminada, estes têm sido aplicados genericamente e sem fundamentação, situação que lhes retira não só a legitimidade, mas sobretudo, os tornam instrumentos do argumento de autoridade, desvirtualizando as suas funções: instrumentais, fundantes, justificantes, metodológicas, bem como a sua própria constituição como direito em si.

Considerando o conteúdo estudado, de forma específica, a delimitação temática se delineou nos seguintes termos: “A aplicação dos princípios jurídicos nas decisões judiciais e a necessidade de motivação: da menção genérica à aplicação motivada”.

Há de se salientar que cada termo e expressão presentes na delimitação apresentada terá a devida correspondência na problematização do tema, no objetivo geral e específicos e na estrutura capitular do presente relatório técnico.

Diante do contexto de desenvolvimento da pesquisa, centrado na análise processual e na aplicação dos princípios, enquanto norma jurídica específica, na construção da decisão judicial, o questionamento central que a pesquisa buscou responder, foi o seguinte: considerando que há uma prática reiterada de aplicação de princípios jurídicos de forma genérica nas decisões judiciais, quais métodos/meios podem explicitar e especificar os fundamentos da sua aplicação, a fim de possibilitar às partes maior segurança, clareza e adequação ao caso em julgamento?

Partindo da problematização temática posta, o objetivo geral da pesquisa desenvolvida se centrou na compreensão das causas que levam à aplicação genérica dos princípios jurídicos no bojo das decisões judiciais, para, a partir da análise dos discursos que as envolvem, propor novas possibilidades de utilização desses princípios, pautadas em maior especificidade de

causas e motivações e, com isso, aumentar o grau de segurança, clareza e adequação em relação ao caso em julgamento.

Para tanto, o caminho trilhado, na busca da compreensão do problema apresentado, se pautou em análise eminentemente teórica, tendo como objetivos específicos: apresentar elementos teórico-conceituais específicos sobre processo e jurisdição, necessários à construção da decisão judicial e efetivação do acesso à justiça.

Tal objetivo específico demandou uma breve aferição da evolução do acesso à justiça e da prestação jurisdicional, que partem da configuração como direitos de caráter formal até alcançarem o *status* de direitos fundamentais, que devem se concretizar no plano das relações intersubjetivas dos sujeitos de direitos.

Outro objetivo específico, necessário à realização do objetivo geral é a análise, a partir dos elementos essenciais que constituem a decisão, dos dados teórico-conceituais relacionados aos princípios, proporcionando sua distinção em relação às demais espécies normativas de primeiro e segundo grau e possibilitando a densificação do seu conteúdo.

O derradeiro objetivo específico consiste na propositura, a partir da análise teórica que envolve a aplicação dos princípios jurídicos às decisões judiciais, de meios de formação dos magistrados e servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, a partir dos pressupostos teóricos analisados, voltados à motivação e à fundamentação da aplicação dos princípios nas decisões judiciais, a fim de ampliar a clareza e a adequação destes ao caso concreto.

Considerando tratar-se de pesquisa teórico-empírica, voltada ao aperfeiçoamento de práticas jurídicas, a pesquisa teve como marca a sua natureza interdisciplinar, posto que estabeleceu diálogos de conteúdos e métodos analíticos entre: a Teoria Geral do Direito, a História do Direito e a Hermenêutica Jurídica.

Ademais, há de se mencionar que o diálogo entres as disciplinas mencionadas foi desenvolvido a partir de uma perspectiva de complementaridade da vertente crítico-metodológica com elementos da vertente jurídico-sociológico, tendo sido utilizado o raciocínio hipotético-dedutivo num processo dialógico com outros modelos de raciocínios, a partir de uma constante interação epistêmica, tendo preponderado a abordagem qualitativa da teoria pesquisada e consolidada neste relatório técnico.

Diante dos limites estabelecidos na delimitação temática e na pergunta formulada, que orientou o desenvolvimento da pesquisa, foi utilizado como marco teórico central a teoria dos princípios desenvolvida por Humberto Ávila (2014). Partindo do eixo teórico central mencionado, se estabeleceu o diálogo com os pressupostos teóricos de Robert Alexy (2008) e

Ronald Dworkin (2002), bem como com outros teóricos do Direito Processual e da Teoria do Direito, tais como: J.J. Calmon de Passos (2000), Fredie Didier Júnior (2019), Michele Taruffo (2013), Luigi Paolo Comoglio (2004), entre outros que compuseram o quadro teórico dialógico interdisciplinar proposto.

O desenvolvimento da pesquisa, além das atividades curriculares do Mestrado, se deu com o levantamento teórico especificamente relacionado ao tema pesquisado, gerando a produção de artigos científicos que foram submetidos e aprovados em duas revistas com Qualis Interdisciplinar B1 e B2 e Direito A1, e serviram de base para o capítulo da fundamentação deste Relatório Técnico de Pesquisa, direcionando a modulação teórico-conceitual da proposta do Webinário e da Oficina de análise e desenvolvimento de decisões judiciais.

Além dos artigos já aprovados, um publicado e outro em processo de edição, há ainda um terceiro artigo, submetido à Revista *Juris Poiesis* – Qualis – Interdisciplinar A1 e Direito B1, em processo de avaliação, o qual, por tratar do princípio da segurança jurídica, possibilitou uma percepção específica do tratamento deste princípio, sendo fundamental à construção da proposta pedagógica de aperfeiçoamento do processo de análise e elaboração das decisões judiciais.

O capítulo de fundamentação teórica é composto de quatro seções: a primeira seção apresenta considerações pontuais sobre elementos teórico-conceituais específicos sobre processo e jurisdição, necessários à construção da decisão judicial e efetivação do acesso à justiça.

A segunda seção trata do processo evolutivo do acesso à justiça e da prestação jurisdicional, no seu aspecto estrutural e conceitual, e de como eles se constituíram em direitos fundamentais, relacionando-se de forma intrínseca com os conceitos de processo e jurisdição na busca da verdade processual.

Na sequência, a terceira seção trata das questões relacionadas à decisão judicial e a importância da motivação na revelação da verdade dirigida à concretização do direito demandando.

Na quarta seção, tendo como fundamento a teoria dos princípios de Humberto Ávila, são expostas discussões de natureza conceitual-teórica sobre as espécies normativas e a necessidade de especificação de seus conteúdos no processo de aplicação e motivação das decisões judiciais.

A fundamentação teórica apresentada neste relatório se constitui na estrutura teórico-conceitual que fundamenta a execução do Webinário e da Oficina prático-jurídico profissional

propostos como ações de aperfeiçoamento da análise processual e fundamentação das decisões judiciais, ampliando, com isso, a formação teórica dos servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, sem perder de vista a perspectiva prática, que se constitui em objeto do Mestrado Profissional.

Uma vez apresentados os pressupostos que delinearão a delimitação temática, a problematização estabelecida, o objetivo geral, os objetivos específicos e o quadro metodológico que pautou a pesquisa sobre a temática proposta, serão apresentados os fundamentos teóricos que embasam a proposta pedagógica, bem como os produtos desenvolvidos e os resultados obtidos e consolidados na conclusão.

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Diante da natureza teórica da presente pesquisa, direcionada à aplicação prática para a construção da decisão judicial devidamente motivada, serão apresentados os fundamentos que sustentam a estrutura da qualificação proposta neste relatório de pesquisa, a ser desenvolvida através do Webinar e da Oficina Jurídica de aplicação dos princípios nas decisões judiciais.

Para tanto, inicialmente serão abordadas, de forma pontual e específica, considerações de natureza teórico-conceituais sobre processo e jurisdição como essenciais à construção da decisão judicial e efetivação da prestação jurisdicional e do acesso à justiça.

Na sequência, serão abordadas questões relacionadas ao acesso à justiça e à prestação jurisdicional como direitos fundamentais, possibilitando, em conjunção com os pressupostos teórico-conceituais antecedentes, a explicitação da necessidade de uma prática processual que torne a motivação e/ou os fundamentos das decisões claros, consistentes, coesos e específicos em todos os seus aspectos.

Por fim, serão expostos os fundamentos teóricos que subsidiam a explicitação e a especificação da motivação na aplicação dos princípios, em suma, de todos os aspectos que envolvem a construção de uma decisão judicial, a partir do marco teórico da Teoria dos Princípios desenvolvido por Humberto Ávila, principalmente no tocante à aplicação das normas jurídicas em suas três dimensões, para desvelar a verdade necessária à solução do problema da vida submetido à jurisdição e concretizar o direito demandado.

1.1 Considerações teórico-conceituais sobre processo e jurisdição e sua importância na construção da decisão judicial e efetivação do acesso à justiça

Os direitos e as garantias fundamentais presentes nas ordens jurídico-constitucionais contemporâneas revelam novas possibilidades de desenvolvimento do Direito como conhecimento científico, resignificando e redimensionando os seus institutos, ampliando os horizontes de conhecimento e, sobretudo, de sua aplicação, adequando-os à realidade hodierna, que se conforma numa série de demandas jurídicas, sociais, econômicas, políticas e culturais.

O atual contexto histórico tem sobre si a marca fluídica das fronteiras dos direitos, os quais, antes de serem sociais, econômicos, civis, políticos, são direitos humanos. Pensar o direito é, antes de tudo, pensar o homem e sua humanidade. Essa é a marca que o distingue dos demais animais. É na humanidade do homem que se encontra a ação transformadora da

sua existência e o direito é a manifestação dos limites e das possibilidades que o homem culturalmente construiu para exercê-la em todas as suas dimensões.

A dimensão substancial do acesso à justiça surge no atual contexto histórico como fundamental à realização dos direitos humanos e traz consigo a necessidade de compreensão de institutos jurídicos que se relacionam produzindo e sendo produzidos pelo direito, dentre os quais se encontram o processo, a jurisdição e a decisão judicial.

A partir de uma perspectiva reflexiva, e considerando o objetivo geral proposto na pesquisa, serão apresentadas inicialmente considerações pontuais sobre aspectos teórico-conceituais de processo, jurisdição e decisão judicial e sua importância para a efetivação do acesso à justiça.

O desenvolvimento do Direito enquanto instrumento de poder e controle social perfaz milênios de construção histórica e revela uma plasticidade que se adapta no tempo e no espaço às macroestruturas de poder, pois se constitui como instrumento essencial à própria concepção existencial de Estado, com o qual se entrelaça, sustentando e sendo por ele mantido, refletindo uma interação quase que mutualística.

O paralelo da interação mutualística não se configura na sua plenitude, mas apenas se manifesta como aproximação figurativa em razão da capacidade que o Direito possui de superar a existência do Estado e, por um processo complexo de transmutação de sua própria natureza constitutiva, transformar-se em algo novo, sem, contudo, abandonar suas origens.

Numa perspectiva ampla, a simples possibilidade de se nomear algo como direito já o coloca no *status* de ente fundamental, essencial, necessário a alguém em uma relação interpessoal, passível de conflito de interesses, de determinar-se como fato jurídico.

No entanto, há direitos que, por razões históricas, políticas, sociais, econômicas, por contingências de natureza fenomenológicas, tornaram-se e se tornarão mais fundamentais do que outros, pois, sem eles, os demais não subsistirão e tornar-se-ão inócuos, reles palavras ao vento, sem bases sólidas que os concretizem no plano da vida real, existencialmente vivida e experienciada.

A título de exemplo têm-se o acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional, os quais são garantias processuais fundamentais, asseguradas no bojo do texto constitucional pátrio, cuja efetivação é essencial para a proteção e exigibilidade de outros direitos, igualmente fundamentais, que possam ser subtraídos de seus titulares. Neste sentido, essas garantias processuais fundamentais compõem um sistema de proteção da lei fundamental em favor da segurança da pessoa, da vida e da liberdade humana.

A prestação jurisdicional se constitui como consectário lógico do acesso à justiça. Este não se realiza sem aquela. O direito como norma não se realiza sem o agir voltado à sua concretização, a qual se dá através da prestação jurisdicional, que se realiza por meio do processo e da jurisdição, os quais viabilizam, por meio da dinâmica processual, a transmutação da norma *in abstracto* em norma concreta, individualizada no bojo da decisão judicial.

Logo, a compreensão adequada do acesso à justiça e da prestação jurisdicional como direitos/garantias fundamentais, e da construção da decisão judicial, concretizadora do direito posto, torna premente a análise pontual de aspectos teórico-conceituais de dois institutos fundamentais de teoria geral do processo: processo e jurisdição.

O processo pode ser definido a partir de diversas perspectivas. Etimologicamente, processo provém do latim *processus*, derivado de *procedere*, que significa avançar, caminhar para frente, dar um passo depois do outro. Fora do campo jurídico, numa concepção comum, representa a continuação de uma série de operações variadas vinculadas pela unidade do seu fim.

Até o século XIX, o direito processual não possuía uma autonomia em relação ao estudo do direito material, os estudos sobre aquele se constituíam em apêndice deste, levando-o a ser uma simples operação de meio/fim. Ocorre que o processo não se constitui como um simples instrumento, um mero caminhar para frente, ele é algo maior, específico e complexo, que exige operadores habilidosos e conhecedores do seu lugar de ação e movimento para manejá-lo apropriadamente, trazendo, com isso, a harmonia que se materializa na efetivação do direito reclamado (PASSOS, 2000, p. 74).

A complexidade do direito processual fez surgir diversas dimensões conceituais de processo. Dentre elas, sem deixar de considerar a existência de outras possibilidades teórico-conceituais, visibiliza-se o processo como relação jurídica, como situação jurídica, como método complexo e cooperativo de exercício da jurisdição. Uma não exclui a outra, elas se complementam e se amplificam, tornam o processo orgânico, vivo, dinâmico, destinado a concretizar a norma *in abstracto*.

Da ordem cronológica do desenvolvimento teórico-conceitual de processo, emerge a concepção de processo como relação jurídica sistematizada e adotada por Oskar von Bülow (*apud* DINAMARCO, 2002, p. 88), o qual concebe o processo como uma relação jurídica que avança gradualmente e se desenvolve de modo progressivo entre o tribunal e as partes, devendo ser observados três elementos essenciais que distinguem a relação jurídica processual da relação substancial litigiosa levada ao processo: a) os sujeitos, uma vez que o juiz, no

cumprimento de sua função estatal e sem envolvimento na situação jurídico-substancial, integra o processo; b) o seu objeto, que não é o bem da vida procurado pelo demandante, mas a própria atuação jurisdicional; e c) os pressupostos processuais.

Dessa forma, para Bülow (*apud* DINAMARCO, 2002, p. 88), a relação jurídica processual é complexa, evolutiva e de direito público, sendo a própria essência do conceito de processo e “por força dela, de um lado o juiz assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum”.

O processo como situação jurídica¹ foi a tese adotada por James Goldschmidt em contraposição à teoria da relação jurídica processual formulada por Bülow. Para Goldschmidt (2003, p. 21), o direito é um conjunto de imperativos que devem ser seguidos pelos submetidos às normas jurídicas. Assim, quando o direito, por meio do processo, assume uma posição dinâmica, sofre uma mutação estrutural, pois o que era, numa visão estática, um direito subjetivo, se transmuta em possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento por meio da sentença), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de realizar certos atos para prevenir eventual sentença desfavorável).

No plano jurídico, Piero Calamandrei (1999, p. 253) considera o processo “uma série de atividades que devem se levar a cabo para chegar a obter a providência jurisdicional”. Isso porque a obtenção da providência jurisdicional não é espontânea, o pronunciamento da sentença e a conseqüente execução forçada de seu provimento não ocorre de forma autônoma pelo órgão judicial, “é necessário que cumpram numerosos atos que se sucedem num período de tempo mais ou menos longo, o conjunto dos quais, considerados como uma unidade em vista do fim que os reúne, constitui empiricamente o processo em sentido judicial” (CALAMANDREI, 1999, p. 254).

Calamandrei (1999) chega a comparar o processo judicial a um drama com seus personagens e episódios, cujo epílogo seria representado pelo pronunciamento da providência jurisdicional:

Quem se ponha a observar o modo como se desenvolve um processo judicial, civil ou penal, vê, com efeito, que o mesmo consiste numa série de atividades realizadas por homens, que colaboram para a consecução do objeto comum que consiste no pronunciamento de uma sentença ou em colocar em prática uma medida executiva; essa colaboração não é simultânea, senão sucessiva, de modo que as várias

¹ Essa tese, embora tenha sido rejeitada por muitos processualistas, contribuiu com diversos conceitos para o desenvolvimento da ciência processual, tais como os conceitos de ônus, sujeição.

atividades que devem ser realizadas pelas distintas pessoas que tomam parte no processo, distribuem-se no tempo e no espaço seguindo uma certa ordem lógica, quase como num drama teatral em que as intervenções dos atores se sucedem não por causalidade, senão seguindo o fio da ação, de maneira que a frase sucessiva está justificada pela precedente e, por sua vez, de ocasião à que vem depois; a ordem na qual se desenvolve o discurso dos interlocutores não poderia se alterar sem destruir o sentido (CALAMANDREI, 1999, p. 254).

As atividades que compõem o processo, materialmente distintas e separadas cronologicamente uma das outras, formam uma série contínua que se unem pela unidade do fim e constituem atos jurídicos na forma de atos processuais. Esses atos processuais, no processo judicial, devem ser ordenados seguindo o sistema da legalidade das formas processuais, segundo o qual as atividades que direcionam o pronunciamento jurisdicional não podem ser realizadas no modo e na ordem que os interessados entendam ser a mais apropriada ao caso, mas devem, para ter eficácia jurídica, ser realizados de acordo com o que a lei estabelece (CALAMANDREI, 1999, p. 255-256).

Os atos processuais, como componentes de um procedimento único, são realizados por distintas pessoas que colaboram no processo de forma dialética, numa sequência de ações e reações, ataques e defesas, em que cada sujeito provoca, com a sua atividade, o movimento de outros sujeitos, e espera deles um novo impulso para se pôr novamente em movimento. Essa dinâmica reflete uma relação contínua entre os sujeitos do processo, a relação jurídica processual, que busca alcançar uma finalidade, que é o provimento jurisdicional. Enquanto essa finalidade não for alcançada, a relação jurídica processual continua existindo (CALAMANDREI, 1999, p. 267-275).

Seguindo semelhante linha de análise, mas com enfoque contemporâneo, Fredie Didier Jr. (2019, p. 36) apresenta a definição de processo a partir da Teoria da Norma Jurídica e Teoria do Fato Jurídico, podendo ser compreendido como método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica.

Para a Teoria da Norma Jurídica², processo é o método de criação de fontes normativas, consequentemente, de normas jurídicas. O poder de criação de normas jurídicas deve ser exercido processualmente, a exemplo do processo legislativo (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), do processo administrativo (produção de normas pela Administração Pública), do processo jurisdicional (produção de normas individuais pela jurisdição) e do processo negocial (criação de normas particulares pela autonomia privada) (DIDIER JR., 2019, p. 36-37). Considerando esses processos de construção de atos

² Ao tomar como ponto de partida a Teoria da Norma Jurídica, Fredie Didier parte do referencial teórico kelseniano, aplicando-o ao desenvolvimento do conceito de processo e procedimento.

normativos, recebe destaque para este estudo o processo como método de exercício da jurisdição voltado à construção da decisão judicial.

Para a Teoria do Fato Jurídico, processo é uma espécie de ato jurídico complexo, portanto, sinônimo de procedimento. Como procedimento, é composto por vários atos jurídicos (atos processuais) que se sucedem no tempo e são relacionados entre si com um objetivo comum: a prestação jurisdicional (DIDIER JR., 2019, p. 37-38).

O mesmo entendimento é delineado por Carnelutti, citado por Carreira Alvim (2015, p. 12), que define processo como “o conjunto de atos destinados à formação ou à atuação de comandos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração, para tal fim, de pessoas interessadas (partes), com uma ou mais pessoas desinteressadas (juízes)”.

Ainda de acordo com a Teoria do Fato Jurídico, no plano da eficácia dos fatos jurídicos, processo pode ser definido como o conjunto de relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça, etc.) e formam uma relação jurídica complexa. Essa relação é composta por uma série de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo (DIDIER JR., 2019, p. 39).

A partir de referenciais teóricos, principalmente da Inglaterra, dos Estados Unidos e da Itália, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 815) defendem o processo justo como princípio fundamental para a organização do processo próprio do Estado Constitucional.

No plano internacional, verifica-se o princípio do justo processo consagrado em instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948³, o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966⁴, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950⁵ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969⁶.

³ Carta e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. 8º. Toda pessoa tem direito a um remédio efetivo pelo tribunal competente por atos que violem os direitos fundamentais outorgados pela Constituição ou pela lei. Art. 10º. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial, na determinação dos seus direitos e obrigações e de qualquer cargo criminal contra ela.

⁴ Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966. Art. 14º, inciso 1: Toda pessoa será igual perante as cortes e tribunais. Na determinação de qualquer cargo criminal contra ela, ou dos seus direitos e obrigações em processo judicial, toda pessoa tem direito a uma audiência justa e pública por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei.

⁵ Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Art. 6º, Inciso I: Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja entendida equitativamente, publicamente e dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei (...)

⁶ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Art. 25º, inciso 1 (proteção judicial): Toda pessoa tem 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 com anterioridade pela lei (...). Toda pessoa tem direito a recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os juízes e tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela

Para uma maior compreensão do justo processo se faz necessária uma digressão sobre suas matrizes anglo-saxãs, a fim de se perceber não só os seus fundamentos de origem, mas, sobretudo, os elementos a eles agregados, conformando a sua concepção no *civil law*.

Como ponto de partida, o direito ao *fair trial* é uma expressão inglesa que constitui uma relevante contribuição do *common law* em matéria processual, que ultrapassa os limites de *slogan* jurídico para se estabelecer em parâmetro principiológico do direito processual.

Em virtude da própria tradição jurídica anglo-saxã, não se verifica um trabalho técnico conceitual em torno do *fair trial*, configurando-se, o referido princípio, em uma cláusula geral não expressa “com um conteúdo intrinsecamente vinculado à consecução de uma real justiça entre as partes através da estruturação do procedimento” (CAVANI, 2014, p.43). Contudo, para além da sua condição de princípio, é possível identificá-lo também como direito fundamental processual abrangente em diversos julgados pela *Supreme Court* do Reino Unido.

A título de exemplo da prevalência do *fair trial* na jurisprudência inglesa, destaca-se o julgamento da *Supreme Court* do Reino Unido, publicado em 13 de julho de 2011, *UKSC 34*, em que figuraram como partes Al Rawi e outros (apelados) contra *The Security Service* e outros (apelantes). No referido julgamento, a Suprema Corte entendeu que o tribunal tem o poder, que lhe é inerente, para regular o seu próprio procedimento. Ao fazê-lo, pode introduzir inovações no interesse da justiça. No entanto, o tribunal não pode exercer o seu poder de regulamentar seus próprios procedimentos de tal forma que negue às partes o direito comum a um processo justo⁷.

No mencionado julgamento, em dois dos fundamentos do voto de *Lord Dyson* é possível extrair a noção do *fair trial* como um princípio inafastável do *Common Law*, com natureza de cláusula aberta, que deve ser ajustado de acordo com as circunstâncias do caso, buscando a obtenção da justiça real:

8. The appellants submit that the right to a fair trial is absolute, but the means of satisfying that right vary according to the circumstances of the case. The procedures of the court are the means of achieving real justice between the parties. As a general rule, real justice and a fair trial can only be achieved by open hearings, open disclosure, each side confronting the other's witnesses and open judgments. But in certain circumstances, a closed procedure may be necessary in order to achieve real justice and a fair trial. Such procedures are adopted in certain classes of case (for

Constituição, a lei ou a presente Convenção, ainda quando dita violação seja cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.

⁷ Al Rawi and others (Respondents) v The Security Service and others (Appellants) [2011] UKSC 34 (13/07/2011). Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4e2d8caa2>. Acesso em 24 jul 2020.

example, cases involving children and confidential information). There is no reason in principle why in the exercise of its inherent jurisdiction the court should not be able to order such a procedure in other classes of case, such as cases where a defendant cannot deploy its defence fully (or sometimes not at all) if it is required to follow an open procedure. The appellants' primary case is that a court has the power to substitute, at least in exceptional cases, a closed material procedure for a conventional PII exercise⁸ (UNITED KINGDOM, 2011).

22. For example, it is surely not in doubt that a court cannot conduct a trial inquisitorially rather than by means of an adversarial process (at any rate, not without the consent of the parties) or hold a hearing from which one of the parties is excluded. These (admittedly extreme) examples show that the court's power to regulate its own procedures is subject to certain limitations. The basic rule is that (subject to certain established and limited exceptions) the court cannot exercise its power to regulate its own procedures in such a way as will deny parties their fundamental common law right to participate in the proceedings in accordance with the common law principles of natural justice and open justice. To put the same point in a different way, the court must exercise the power to regulate its procedure in a way which respects these two important principles which are integral to the common law right to a fair trial⁹ (UNITED KINGDOM, 2011).

No último fundamento apresentado acima, ainda resta evidente a natureza de princípio estrutural, uma base mínima que comporta outros princípios reconhecidos como fundamentais.

No âmbito dos Estados Unidos da América, o princípio do processo justo decorre da proteção da cláusula *due process of law* em âmbito constitucional e na normativa interna das Cortes. Distingue-se duas modalidades de *due process of law*: o *procedural* e o *substantial*, sendo que o primeiro se relaciona àquelas garantias que devem ser respeitadas no bojo de um

⁸ Tradução livre da autora: Os recorrentes alegam que o direito a um processo equitativo é absoluto, mas os meios de satisfazer esse direito variam de acordo com as circunstâncias do caso. Os procedimentos do tribunal são o meio de alcançar uma verdadeira justiça entre as partes. Como regra geral, a verdadeira justiça e um julgamento justo só podem ser alcançados através de audiências públicas, cada lado confrontando as testemunhas do outro e julgamentos abertos. Mas, em determinadas circunstâncias, pode ser necessário um procedimento fechado para alcançar uma verdadeira justiça e um julgamento justo. Tais procedimentos são adotados em certas classes de casos (por exemplo, casos envolvendo crianças e informações confidenciais). Não há razão, em princípio, no exercício da sua inerente competência, que o tribunal não possa ordenar esse procedimento noutras classes dos processos, como os casos em que o requerido não pode apresentar a sua defesa na íntegra (ou às vezes não em tudo) se é obrigado a seguir um procedimento aberto. O caso dos recorrentes é que um tribunal tem o poder de substituir, pelo menos em casos excepcionais, um procedimento material fechado por um exercício convencional. (UNITED KINGDOM, 2011).

⁹ Tradução livre da autora: Por exemplo, não é duvidoso que um tribunal não pode conduzir um julgamento inquisitorialmente e não por meio de um processo contraditório (em qualquer caso, não sem o consentimento das partes) ou realizar uma audiência da qual uma das partes é excluída. Estes exemplos (reconhecidamente extremos) mostram que o poder do tribunal para regular os seus próprios procedimentos está sujeito a certas limitações. A regra básica é que (sujeito a certas exceções estabelecidas e limitadas) o tribunal não pode exercer o seu poder de regulamentar os seus próprios procedimentos de forma a negar às partes o seu direito fundamental do *common law* de participar no processo em conformidade com os princípios de *common law* do juiz natural e da justiça aberta. Para colocar o mesmo ponto de uma forma diferente, o tribunal deve exercer o poder de regular o seu procedimento de uma forma que respeite estes dois princípios importantes que são parte integrante do direito a um justo processo (UNITED KINGDOM, 2011).

processo judicial, enquanto o segundo vem a ser um controle substancial de constitucionalidade das leis (CAVANI, 2014, p.45).

A noção de processo justo (*giusto processo*) foi introduzida expressamente na Constituição italiana em 1999, mediante a modificação do art. 111¹⁰ da referida Carta Constitucional. Embora tenha havido essa inserção expressa na Constituição italiana, a noção de processo justo já era utilizada pela *Corte Costituzionale Italiana*.

Luigi Paolo Comoglio¹¹ (2002) atribui à noção de justo processo a natureza de garantia fundamental estrutural composta, assegurada constitucionalmente, que comporta garantias mínimas, portadora de objetivo de caráter axiológico, graças ao significado ético-moral do adjetivo justo, e que se alinha com a tradição anglo-saxônica do *fair trial* inglês e do *due process of law* americano.

A noção de justo processo, a partir do plano constitucional, eleva o processo ao *status* de garantia fundamental que possibilita a tutela não somente da Constituição, mas também de direitos fundamentais, transformando o processo em um instrumento técnico jurídico, hábil a converter um direito meramente reconhecido *in abstracto* para um direito efetivamente protegido *in concreto* (COMOGLIO, 2004).

Segundo Comoglio (2004), o *giusto processo* pode ser compreendido como uma cláusula geral¹² que abrange diversas garantias e direitos processuais como o contraditório, a imparcialidade e a garantia da duração razoável do processo.

Na Constituição Federal Brasileira, o referido princípio encontra-se instituído no art. 5º, LIV, asseverando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É o modelo mínimo de atuação processual, que impõe ao Estado deveres organizacionais em suas funções legislativa, judiciária e executiva (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 816).

Neste sentido, a legislação infraconstitucional é um meio de densificação, de concretização do direito ao processo justo pelo legislador que atende ao seu dever de organizar um processo apto à tutela de direitos. No âmbito do Judiciário, o magistrado tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em consonância com esse direito fundamental e, no plano executivo, a administração judiciária deve em sua atuação, de igual

¹⁰ Constituição da República Italiana. Art. 111. A jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei. Cada processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a razoável duração [...]. (ITALIA, 2018, p. 49)

¹¹ Luigi Paolo Comoglio é jurista italiano a quem se atribui relevante mérito pelo desenvolvimento amplo do direito ao “giusto processo” numa perspectiva comparada.

¹² O termo cláusula geral atribuído ao *giusto processo* por Comoglio pode ser interpretado como sendo espécie de metaprincípio jurídico (ÁVILA, 2014), que estabelece um estado de coisas voltado a aplicação do direito nos casos concretos.

forma, concretizar o direito ao processo justo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 816).

Marinoni e Mitidiero (2019, p. 817), ao perseguirem uma definição ao termo direito ao justo processo, verificam como elemento característico uma dificuldade de conceituação, por se tratar de um termo indeterminado que se configura como cláusula geral. Contudo identificam um “núcleo forte ineliminável”, um “conteúdo mínimo essencial”, que resulta em um perfil mínimo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 817).

Primeiramente, no plano da divisão do trabalho processual, o processo justo se estabelece pela colaboração do juiz com as partes, de forma que deverá ser paritário na comunicação entre as partes e assimétrico no instante de prolação das decisões. Em segundo lugar, o processo deve ser capaz de prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes atuem em condições de igualdade, com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, direito à prova, perante um juiz natural, em que as decisões sejam previsíveis, confiáveis e motivadas, em procedimento público, com duração razoável e, se for o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 817).

Renzo Cavani (2014), buscando conferir determinada delimitação ao princípio do justo processo, destaca que a ideia de justiça, embora seja bastante geral e abstrata e presente na estruturação do modelo de Estado Constitucional, tem sua concreção por meio de sua identificação com a liberdade, igualdade e dignidade:

O modelo ideal do processo justo só pode ser realizado no âmbito do Estado Constitucional e em nenhum outro que não seja ele mesmo. Isso é assim porque – saliente-se mais uma vez– o Estado Constitucional está associado à ideia de justiça, porque necessariamente a colhe. A associação entre Estado Constitucional e justiça, em nossa visão, justifica semântica e teoricamente o uso do termo «processo justo» para identificar o modelo de processo próprio do modelo de Estado Constitucional. Assim, se o Estado Constitucional funda-se na justiça (dignidade) e visa a alcançá-la (liberdade e igualdade), o processo – ferramenta dele – também tem de estar inspirado nessas bases. Em se concordando com tudo o dito até aqui, é forçoso reconhecer que a adjetivação de «justo» ao substantivo «processo», no marco do modelo de Estado Constitucional, fica plenamente justificada (CAVANI, 2014, p.119-120).

Em todas as acepções apresentadas, verifica-se o processo como um instrumento complexo, orgânico, cooperativo, composto por vários atos jurídicos e que forma uma relação jurídica processual, que resulta num provimento jurisdicional, corporificado na decisão judicial, a qual tem por finalidade a resolução de um litígio, um conflito de interesses.

O Estado, no exercício da função jurisdicional, de maneira imparcial e equidistante dos interesses das partes, de maneira cooperativa, mas impositiva, utiliza o processo como instrumento de resolução de conflitos segundo determinadas regras estabelecidas no ordenamento jurídico, garantindo, por meio dele, o acesso à justiça.

Outro instituto fundamental para a compreensão da decisão judicial e que tem ligação intrínseca e direta com a prestação jurisdicional é a jurisdição. Jurisdição, cujo termo vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer), significando etimologicamente a dicção do direito, é, num primeiro plano, uma função estatal, pela qual o Estado se substitui aos titulares dos interesses em conflito para buscar a pacificação do conflito de forma imparcial e impositiva.

Tal qual o processo, a jurisdição não deve ser definida de forma simples, pois ela é mais que o mero dizer o direito, ela se lança para além das fronteiras funcionais que lhe são atribuídas. Ela se constitui como poder, função e atividade.

A tríplice dimensão da jurisdição é tratada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 147), os quais destacam que, além de função estatal, a jurisdição também representa poder, função e atividade. Representa um poder estatal, como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; como função, implica no encargo que os órgãos estatais têm de promover a pacificação dos conflitos através da realização do direito justo e por meio do processo; como atividade, consiste no complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função atribuída pela lei.

A tríplice dimensão da jurisdição é o resultado de um processo evolutivo de estudo do instituto, sobre o qual outras concepções teóricas foram desenvolvidas, algumas superadas, mas que se constituíram como fundamentais à contemporânea concepção e compreensão do instituto.

Dentre as teorias primárias acerca da jurisdição encontra-se a defendida por Chiovenda, a qual afirma que o juiz atua na vontade concreta do direito e a ele bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador. O direito corresponderia à norma geral e preexistente a ser declarada pela jurisdição. Assim, um juiz poderia solucionar qualquer caso mediante a aplicação de normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente e não demandaria qualquer esforço interpretativo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 126). Tal teoria resume a jurisdição a uma atividade meramente declaratória, o que não se admite na atual ordem jurídica.

Chiovenda também considerou que a substitutividade é a característica da jurisdição que a distingue das demais funções estatais. Assim, ao exercer a jurisdição, o Estado substitui a vontade das partes e apresenta a solução do problema levado à apreciação (CINTRA;

GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 147). Tal característica e sua definição se tornou um traço teórico-conceitual marcante da jurisdição e se constitui em uma de suas características elementares.

A teoria de Carnelutti defende que o juiz, ao compor a lide, cria a norma individual que regula o caso concreto. Assim, a sentença, ou a norma individual, concretiza a norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico. Essa norma individual não deve ser considerada ato criativo do magistrado, pois ele deve fundamentar a sentença em uma norma superior, de modo que estaria subordinado ao princípio da supremacia das leis (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 127).

Ao considerar que o juiz não cria propriamente o direito quando sentencia com base em uma norma superior, há uma confluência entre o pensamento de Carnelutti e o de Kelsen quando este afirma que “o ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador” (KELSEN, 1998, p. 390).

Da mesma forma que a tese anterior, pode-se considerar que esta não responde aos valores do atual Estado Constitucional, pois ao se restringir ao princípio da supremacia da lei, afasta a possibilidade de se atribuir sentido e valor ao caso concreto, considerando suas particularidades de forma a reconstruir a ordem jurídica por meio da interpretação e da aplicação dos princípios constitucionais.

Contemporaneamente, após diversas mudanças por que passaram o Estado e o Direito Processual Civil, a jurisdição é compreendida como algo muito mais amplo do que dizer o direito e compor a lide mediante a criação de uma norma individual. Fredie Didier Jr. define jurisdição como uma “função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo / efetivando / protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas e em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível” (DIDIER JR., 2019, p. 189). Tal definição será examinada em seus elementos com o objetivo de demonstrar sua adequação ao atual modelo de Estado.

A primeira característica diz respeito à substitutividade. A jurisdição é uma técnica de resolução de conflitos por heterocomposição, em que o magistrado, como um terceiro imparcial, estranho ao conflito e desinteressado dele, substitui a vontade das partes e soluciona o problema apresentado. Chiovenda considerou que a substitutividade é a característica da jurisdição que a distingue das demais funções estatais. Assim, ao exercer a jurisdição, o Estado substitui a vontade das partes e apresenta a solução do problema levado à apreciação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 147).

A imperatividade e a inevitabilidade da jurisdição é outra característica que merece destaque. Como manifestação de um poder, a jurisdição determina-se de forma imperativa, impositiva. Contudo, o próprio Estado pode autorizar o exercício da jurisdição por outros agentes, como ocorre com a arbitragem (DIDIER JR., 2019, p. 192).

A jurisdição também é uma atividade criativa, no sentido de que se recria a norma jurídica do caso concreto a partir da fundamentação da decisão, ou se recria a norma abstrata que deve regular o caso concreto. Para a formulação da norma jurídica individualizada, verifica-se a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, compreendendo as peculiaridades do caso concreto para encontrar na norma geral e abstrata, uma solução em consonância com as normas constitucionais (DIDIER JR., 2019, p. 196-197).

A jurisdição é considerada uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos, seja pelo reconhecimento judicial (através da sentença numa tutela de conhecimento), pela sua efetivação (através de uma atividade executiva) ou por sua proteção (por medidas cautelares, inibitórias ou de segurança).

Assim, verifica-se uma ruptura com a ideia de que a função jurisdicional é cumprida somente com a edição da sentença, devendo ela ir mais além, de forma que a jurisdição não pode mais significar somente “dizer o direito”, pois muitas vezes é necessário adotar uma medida executiva adequada para a efetivação do direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 153-154).

A atividade jurisdicional atua sempre sobre uma situação concreta. Essa é mais uma de suas características. Dessa forma, o raciocínio do órgão jurisdicional é sempre problemático, levado a resolver um problema concreto, mesmo nos processos objetivos de controle de constitucionalidade haverá uma situação concreta, embora não individual, que será submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal (DIDIER JR., 2019, p. 199).

Outras características marcantes da jurisdição são a insuscetibilidade de controle externo e a imutabilidade ou definitividade. Assim, a última decisão sobre a situação concreta não pode ser submetida ao controle de nenhum outro Poder. Ademais, a jurisdição está voltada a solucionar os conflitos de interesse de forma definitiva, imutável, produzindo coisa julgada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 183).

A projeção da prestação jurisdicional ao status de direito/garantia fundamental torna cada vez mais importante o seu estudo sob a ótica constitucional. Tendo em vista tal perspectiva, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019, p. 130) apresentam uma teoria sobre a jurisdição a partir do Estado Constitucional, em que a lei tem sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, de forma que ao juiz não

basta solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas, como um agente de poder, deverá interpretar adequadamente a lei, estabelecendo o controle de sua constitucionalidade para solucionar os litígios levados à sua apreciação.

A jurisdição no Estado Constitucional, embora não seja descritiva de uma norma jurídica, não é criativa de normas jurídicas – a jurisdição implica numa atividade de reconstrução interpretativa mediante um processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica. É uma atividade que conta necessariamente com a colaboração da Constituição e da legislação para ser legítima, não criando *ex novo* normas jurídicas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 186).

Ainda, no tocante à jurisdição e seu lugar no Estado Constitucional, destaca-se que o seu plano criativo não se extingue, mas encontra um limite. Embora exista margem à criatividade no seu desenvolvimento, esta encontrará limites na Constituição, que se configura na garantia das garantias do Estado de Direito Democrático.

A compreensão do processo e da jurisdição a partir de um Estado Constitucional repercute diretamente sobre a efetiva prestação jurisdicional, incidindo sobre a atividade legislativa e jurisdicional, de forma que o processo deve ser estruturado legalmente para possibilitar a tutela efetiva dos direitos fundamentais e essa estruturação legal deve ser conformada pela jurisdição ao ser exercida e condicionada aos princípios fundamentais constitucionais.

A reflexão teórico-conceitual de tais institutos jurídicos deve ser uma constante. A superação de determinadas teorias e conceitos não quer dizer que devem ser por definitivo excluídos do pensar o direito. Muitas vezes, filigranas subsistem e possibilitam novas perspectivas teóricas, provocando a transformação e superação do paradigma posto. Por isso, revistar a evolução teórico-conceitual de um determinado instituto jurídico deve ser uma constante do cientista jurídico.

Destarte, o processo e a jurisdição, ao se constituírem em elementos que se produzem e são produzidos pelo direito, desenvolvendo uma ordem ampla de controle social e resolução dos conflitos de interesses, que decorrem das condutas individuais em interferência intersubjetiva, tendem a possibilitar efetiva e concretamente a prestação jurisdicional, a qual, como já dito, deve se realizar no plano substancial do acesso à justiça.

1.2 Acesso à justiça e a prestação jurisdicional como direitos fundamentais: da garantia formal à sua concretização substancial

O direito de acesso à justiça se constitui em princípio que orienta todo sistema jurídico e em direito/garantia constitucional fundamental podendo ser concebido como requisito essencial para que esse sistema possa garantir, e não somente declarar, de forma igualitária, os direitos de todos, através, principalmente, da prestação jurisdicional.

A sua concepção como princípio normativo, próprio de uma ordem jurídica democrática, é determinada pelo caráter institucional da atividade jurisdicional, que objetiva promover a pacificação social por meio da tutela jurisdicional dos direitos concretizada na prestação jurisdicional.

Na qualidade de princípio, diferencia-se das normas regras, de prescrição obrigatória, para constituir causa e critério de justificação de preceitos jurídicos (MENDONÇA, 2016, p. 96). Assim, a sua conversão em instrução positiva concreta pressupõe a percepção de seu valor normativo, ou de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido, por meio da atividade jurisdicional desenvolvida segundo um rito processual para a concretização da tutela jurisdicional dos direitos. Nesse sentido, o direito de acesso à justiça é pressuposto obrigatório da atividade jurisdicional desenvolvida por meio de um processo, que resulta na decisão judicial como síntese da prestação jurisdicional.

Na qualidade de direito, adquire caráter de norma fundamental por revelar conteúdo materialmente fundamental que se relaciona com a busca da adequada concretização de direitos fundamentais. Enquanto direito fundamental, possui a mesma resistência jurídica das normas constitucionais contra eventual reforma constitucional, sendo preservado como núcleo essencial, de forma a lhe conferir supremacia em relação às demais normas do ordenamento, estando, assim, protegido de eventual atividade legislativa ordinária e até mesmo do poder constituinte derivado que tenha intuito de restringi-lo ou minimizar a sua funcionalidade.

Como direito/garantia fundamental, o acesso à justiça tem como atributos: a universalidade, como prerrogativa de todos; a justiciabilidade diante da possibilidade de ser protegido judicialmente; e a exigibilidade diante da imposição de observância de seu conteúdo pelo Estado e por particulares.

O direito de acesso à justiça revela-se igualmente como garantia constitucional visto “que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais” e também como garantia institucional, pois se configura como proteção conferida pela Constituição a algumas instituições, de importância essencial para a sociedade e para certos direitos fundamentais

providos de componente institucional que os caracteriza. Neste sentido, Bonavides (2008, p. 537) defende o alargamento da definição de garantia constitucional para abranger as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado.

A compreensão do acesso à justiça como um direito/garantia fundamental perpassa a compreensão da evolução de seu conceito de uma mera garantia formal à sua concretização de forma substancial.

No contexto do Estado Liberal, o direito de acesso à justiça significava tão somente o direito formal do indivíduo de propor uma demanda ou contestar uma ação. Considerado como um direito natural, tinha-se por desnecessária uma ação do Estado para sua proteção. A impossibilidade de muitos em utilizar plenamente a justiça e suas instituições não constituía uma preocupação estatal e ocasionava grandes distorções, principalmente em virtude dos seus custos, de modo que somente pessoas favorecidas com recursos financeiros para arcar com os custos processuais tinham efetivamente garantido o acesso à justiça. Assim, evidenciava-se o acesso formal à justiça, mas não efetivo, correspondendo à igualdade formal e não substancial (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

Essa concepção formal do direito de acesso à justiça se refletia na adoção de um modelo igualmente formalista de administração da justiça, como um conjunto de fórmulas e práticas judiciárias utilizadas com o objetivo de expor o conflito ao julgador, sem autonomia em relação ao direito subjetivo material do litigante e desprovido de qualquer medida que proporcionasse a superação de obstáculos que impediam significativa parcela da população de obter a prestação jurisdicional efetiva (MENDONÇA, 2016, p. 47-48).

Com o advento do Estado Social e a incorporação dos direitos individuais e sociais a diversos textos constitucionais, como inaugurado pelas Constituições Mexicana em 1917 e a de Weimar, na Alemanha, em 1919, o acesso à justiça relacionado com a prestação jurisdicional encontrou maior desenvolvimento em virtude de um modelo garantista em que a proteção dos direitos fundamentais passou a ser um dos principais objetivos do Estado (MENDONÇA, 2016, p. 48).

O direito ao acesso efetivo à justiça passou a ser reconhecido como de importância central entre os direitos individuais e sociais incorporados nos textos constitucionais, uma vez que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11). O acesso à justiça recebe o *status* do mais básico dos direitos humanos, por ser o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que busca garantir, e não somente declarar, os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Todas essas mudanças, além de ampliarem as discussões sobre a atuação jurisdicional, os entraves ao acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional, alavancaram o movimento de reforma dos sistemas de administração da justiça, direcionando a reestruturação dos órgãos judiciais, a mudança dos ritos processuais, a valorização de meios não judiciais de resolução de conflitos e a virtualização do processo como alternativas para proporcionar celeridade, eficácia e eficiência aos procedimentos e à atividade jurisdicional, ampliando os mecanismos de acesso à justiça (MENDONÇA, 2016, p. 52).

Os esforços em torno da efetividade do acesso à justiça resultaram na construção de soluções práticas, as quais foram incorporadas, no decorrer do século XX, em “ondas de acesso à justiça”¹³ conforme serão sintetizadas a seguir.

A primeira onda se concentrou em incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais por meio de serviços jurídicos aos pobres. Os métodos para proporcionar assistência judiciária são fundamentais para possibilitar o efetivo acesso à justiça. Por isso, em grande parte dos países, era considerado inadequado, já que os serviços eram prestados por advogados particulares, sem contraprestação. O Estado não adotava qualquer medida efetiva para garantir a assistência judiciária (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32).

A partir da década de 1960, diversas reformas judiciárias foram iniciadas nos países ocidentais, como Estados Unidos da América, França, Inglaterra, Suécia, Alemanha, com o objetivo de melhorar o sistema de assistência judiciária, principalmente pelo custeio de advogados particulares pelo Estado (*sistema judicare*) a todas as pessoas que se enquadrassem nos critérios legais para a obtenção do benefício da assistência judiciária. Posteriormente, alguns países optaram, também, pela contratação de advogados pelo Estado com o objetivo de atuarem exclusivamente na promoção dos interesses de indivíduos pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 34-36).

No Brasil, a assistência judiciária teve previsão na Constituição de 1934¹⁴ e no Código de Processo Civil de 1939¹⁵, quando era exercida por advogados que atuavam *pro bono*, sem haver a oficialização de um órgão responsável por esse atendimento.

¹³ Expressão utilizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

¹⁴ Constituição da República do Brasil de 1934, art. 113. [...] 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

¹⁵ CPC/1939, Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III – das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas a testemunhas;

V – dos honorários de advogado e perito.

A partir da década de 1940, os Estados-Membros criaram os serviços governamentais de assistência judiciária a cargo de Defensorias Públicas e dos Ministérios Públicos dos Estados. Embora as Defensorias Públicas adquirissem estrutura institucional, a autonomia funcional e administrativa e a oficialização no plano constitucional somente ocorreram com o advento da Constituição Federal de 1988, posteriormente ampliada e aperfeiçoada pelas Emendas Constitucionais n.º 45/2004 e n.º 80/2014.

As limitações dos sistemas de assistência judiciária levaram a uma segunda onda de reformas, por meio das quais se reconheceu a necessidade de representação em juízo de interesses coletivos e difusos. Assim, a visão individualista do processo judicial, que buscava resolver uma controvérsia entre duas partes, foi se fundindo com a concepção social de assegurar a realização de direitos públicos relacionados a interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51).

O primeiro método de representação dos interesses difusos foi a ação governamental com a função de proteger o interesse público e que tem como exemplo a atuação do Ministério Público. Nos Estados Unidos, além do Ministério Público, foi instituído o advogado público com atribuições voltadas ao resguardo de interesses públicos, semelhantes aos de competência do Ministério Público. Grupos organizados para a defesa de interesses difusos, como associações e outros grupos privados com especialização, experiência e recursos em áreas específicas também passaram a patrocinar ações de interesse público (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 53-62).

No Brasil, o Ministério Público tem relevante atuação na representação dos interesses difusos. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Uma de suas funções institucionais, prevista no art. 129 da CF/88, é a de titular da ação civil pública para a tutela dos interesses públicos, coletivos, sociais e difusos, sendo fundamental para a implementação da segunda onda de medidas de acesso à justiça.

A terceira onda de reformas, além de incluir a advocacia judicial por meio de advogados particulares ou públicos, direciona a atenção a um conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos para processar e prevenir conflitos através da ampliação de mecanismos extrajudiciais.

No Brasil, a ampliação da utilização de outras formas para a solução de conflitos se faz presente no art. 3º do Código de Processo Civil, aumentando, com isso, a admissibilidade de um sistema de justiça que agregue o denominado Tribunal Multiportas, por meio do qual se busca adaptar as formas de solução dos conflitos aos tipos de litígios que devem ser resolvidos¹⁶.

Ao inserir possibilidades de interseção de meios judiciais e extrajudiciais, bem como novas possibilidades judiciais de solução de conflitos, o legislador, por meio do Código de Processo Civil de 2015, inseriu o Brasil, de forma mais consistente e profunda, no contexto da contracultura da estrita judicialização da solução dos conflitos, propiciando alternativa ao clássico arquétipo judicialiforme, que se mostra, por vezes, inflexível e inoperante, ao não dar conta da fluídica realidade sociocultural vigente.

Embora a inserção do Tribunal Multiportas esteja ganhando espaço e visibilidade no Brasil nos dois últimos decênios, ou seja, no alvorecer do século XXI, a sua concepção tem origem na *Pound Conference* de 1976, patrocinada pela *American Bar Association (ABA)*, liderada pelo *Chief Justice Warren Burger*, presidente da Suprema Corte Norte Americana à época (GONÇALVES, 2014, p. 186).

Na *Pound Conference* de 1976, a ideia dos *Multi-door Courthouses* ganhou visibilidade por meio do discurso proferido pelo professor emérito da Universidade de Harvard, Frank Ernest Arnold, ao vislumbrar, por meio de sua experiência, que o tratamento jurisdicional não se dava com a mesma eficiência em matérias distintas, produzindo, com isso, um impacto negativo na prestação jurisdicional, conseqüentemente no acesso à justiça, em determinadas matérias, que poderiam ser resolvidas por outros meios viabilizados internamente pelo sistema de justiça, como por outros meios extrajudiciais (GONÇALVES, 2014, p. 186).

A concepção de Tribunal Multiportas revelou a necessidade de uma nova perspectiva metodológica, a interdisciplinaridade, para o desenvolvimento de soluções de conflito, que, no Brasil, somente passou a ser estudada com maior força a partir dos anos 2000 e ainda tem um longo caminho a trilhar. Não há, portanto, como se falar de Tribunal Multiportas se não for pelo prisma da interdisciplinaridade, uma vez que aquele corporifica, por meio de uma complexa estrutura:

¹⁶ CPC/2015, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

(...) um centro de resolução de conflitos multifacetário, que se baseia na noção de resolução de conflitos multifacetário, que se baseia na noção de que o sistema judicial moderno não deveria possuir apenas uma porta que levasse todos os litígios ao processo judicial, mas várias portas que conduzissem a variados meios de resolução de controvérsias. Basicamente, o Tribunal Multiportas consiste num sistema judiciário que acolhe, num mesmo local, diversas modalidades de resolução de litígios (heterocompositivas, autocompositivas e híbridas; judiciais e não judiciais), a fim de que seja possível direcionar o conflito ao melhor método para a sua resolução. (GONÇALVES, 2014, p. 189-190)

As ondas de reformas e ampliações das fronteiras do acesso à justiça trazem consigo transformações profundas nas condições materiais de prestação jurisdicional, mas, também, no pensar o direito e o processo na sua mais ampla dimensão. Insere-os numa realidade que não mais admite apenas a sua contemplação quanto ao desenvolvimento sociocultural para a sua posterior reflexão sobre como efetivamente realizar o direito e a justiça, remetendo-os a um plano de ação voltado à concretização da prestação jurisdicional.

A concretização do direito de acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional tem como advento primário o Estado de Direito Constitucional, na sua mais ampla acepção, mas não somente. Nele firmaram-se as bases declaratórias dos direitos/garantias fundamentais, a face formal do acesso à justiça. Mas tal formalidade declaratória não se constituiu como garantia suficiente à realização do acesso à justiça.

O acesso à justiça substancial requer mecanismos que ultrapassam as fronteiras do Estado de Direito Constitucional, pois tem como fundamento a sua natureza democrática. Não basta ao Estado a sua qualificação de Direito Constitucional, ele deve ser democrático, deve possuir instituições sólidas, autônomas e responsáveis, capazes de desenvolverem harmonicamente ações de concretização dos direitos fundamentais.

A efetiva prestação jurisdicional se manifesta como ação dinâmica do direito/garantia fundamental de acesso à justiça e as suas transformações, por meio das diversas ondas ou dimensões perceptivas e conceituais, tendem a ampliar o seu campo de ação sobre o que se concebe como processo e jurisdição, aperfeiçoando-os, bem como ampliando o campo de visão no processo de desvelamento da verdade processual que se materializa na decisão judicial.

A inserção do acesso à justiça no rol dos direitos e garantias fundamentais e a implementação de mecanismos de ampliação e efetivação da prestação jurisdicional determinaram e continuarão a determinar novos rumos à relação e às dimensões teórico-conceituais pertinentes ao processo, à jurisdição e à decisão judicial, ratificando a afirmação de Calmon de Passos (2000) que o direito não é, ele se constitui num devir contínuo.

A constante evolução teórico-conceitual de processo e de jurisdição se estabelece como essencial à ampliação do acesso à justiça. E somente por meio dela a realização do acesso à justiça substancial se concretizará num processo ampliativo e efetivo, revelada através de decisões judiciais que, de fato e de direito, exponham a verdade que deve emergir das entranhas do processo, o qual, desde a sua origem, deve visar e produzir a justiça que seja real e socialmente distribuída.

Assim, considerando que a verdade processual se constitui em aproximações com a realidade factual, a partir de um processo complexo de desvelamento, na seção a seguir será apresentada a motivação como instrumento de conexão e descoberta da verdade no processo judicial.

1.3 A decisão judicial e a essencialidade da motivação como instrumento de desvelamento da verdade processual

Concebido como direito e garantia, o acesso à justiça se lança como *standard* constitucional antecedente da prestação jurisdicional, que ocorre por meio do exercício do direito de ação, atendendo ao devido processo legal na observância dos limites constitucionais da jurisdição, os quais prescrevem a submissão ao juiz natural, o respeito ao contraditório, ao direito de ampla defesa, à cooperação processual, à isonomia entre as partes, à legalidade dos atos processuais e, entre outros tantos requisitos, situam-se em elevado grau de importância a necessária fundamentação/motivação das decisões judiciais.

Tratar de acesso à justiça substancial e prestação jurisdicional implica no desvelamento da verdade funcionalizada, ou seja, dirigida à realização da pacificação social, que ponha fim ao conflito social trazido ao sistema de justiça, para ser solucionado através da intervenção estatal, independente do meio de composição utilizado, a ser concretizado numa decisão justa.

Acontece que o percurso que leva ao desvelamento da verdade deve ser previamente conhecido e acessível àqueles que a buscam, emergindo daí a essencialidade do processo e da jurisdição como instrumentos de produção da verdade, estabelecida por meio da decisão. A decisão deve estar devidamente fundamentada e motivada, tornando-se norma jurídica individual no plano da existência, da validade e da eficácia.

A verdade revelada nos autos, mesmo quando concebida *a priori* como verdade real, não passa de aproximações da verdade fática, pois, para além das objetividades dos fatos, há subjetividades que permeiam e dirigem a materialização dos fatos ocorridos, que não se

revelam no processo. É nesse contexto de natureza jusfilosófica que se impõe uma análise pontual sobre a verdade no processo (TARUFFO, 2013, p. 46).

Ao se afirmar que a verdade de um dado fato se constitui como elemento essencial à aplicação do direito na sua dimensão concreta de justiça, há de se considerar que ela, por si só, não origina uma decisão justa, pois, enquanto condição de existência de uma decisão, em geral se apresenta de forma fragmentária, não comporta em sua materialidade “o ser em si absoluto”, ou seja, a possibilidade de certeza inquestionável.

A verdade dos fatos sempre poderá ser relativizada por não “ser em si” a unidade fática em questão, mas fragmento da verdade, constituindo-se numa verdade relativa a determinado fato, comportando em si uma aproximação da verdade. Em razão do seu caráter fragmentário e relativo, a verdade se constitui em uma das três condições essenciais à decisão justa, “sendo por si só insuficiente, mas ainda assim necessária para a justiça da decisão” (TARUFFO, 2013, p. 36).

A conformação da verdade final revelada na decisão requer, como condição de existência, a verificação das verdades manifestadas através dos elementos probatórios, de um processo justo, promovido segundo os ditames legais preestabelecidos, em que as normas jurídicas tenham sido interpretadas de maneira válida. Caso não ocorra a confluência dessas três condições, não há que se falar em decisão justa, menos ainda em verdade da decisão (TARUFFO, 2013, p. 36).

A dupla face da verdade no processo demonstra a complexidade dos instrumentos e percursos da efetiva prestação jurisdicional. A primeira face da verdade é a de produtos linguísticos sobre acontecimentos empíricos, circunstâncias, que se manifestam no processo como verdades moldadas em enunciados que descrevem os fatos que importarão à decisão; no segundo plano, surge a verdade como produto da decisão, definindo a solução do problema originado com as verdades dos enunciados (TARUFFO, 2013, p. 38).

Enquanto elementos condicionantes à existência da decisão justa, não há como deixar de conceber que é imprescindível o reconhecimento da interdependência da verdade dos enunciados, do processo e da jurisdição. Contudo, para complementar esta compreensão, torna-se necessária uma análise preliminar e genérica da decisão judicial. Neste momento, considerar-se-á dois planos de sua concepção: a primeira no seu sentido lato e a segunda no seu sentido restrito.

Na perspectiva lata, decisão judicial consiste em todo pronunciamento judicial que tenha conteúdo decisório e resolva uma questão no processo. Ela tem como funcionalidade a resolução de situações problemáticas, que demandam resoluções imediatas, sem as quais não

há desenvolvimento do processo. Tais decisões podem ser proferidas por um juízo singular ou por um órgão colegiado. Os pronunciamentos judiciais que possuem natureza decisória não podem ser delegados ou pronunciados de ordem. Por tal razão, através de um processo de exclusão, surge o conceito de despacho, que tem a função de movimentar o processo e pode ser desenvolvido e praticado por sujeitos ordenados pelo magistrado competente para atuar no processo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 372).

A decisão judicial no seu sentido restrito situa-se no plano da revelação da solução do conflito de interesses levado ao Judiciário, objetivando o desvelamento da verdade processual e “põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 372). Quando proferida pelo juízo singular, a decisão judicial em sentido restrito é denominada sentença e, quando prolatada por um colegiado, de acórdão. Deve-se salientar que magistrados que compõem determinado colegiado também proferem decisões individuais, chamadas de decisões unipessoais ou decisões monocráticas.

O desenvolvimento do processo possibilita o exercício da jurisdição pelo magistrado, pois é natureza primária da jurisdição decidir. A decisão não é algo exclusivo da atividade jurisdicional, ela faz parte da própria essência do Poder do Estado e se manifesta no processo legislativo e no processo administrativo. Ocorre que, no âmbito judicial, ela se constitui como o “ato jurisdicional magno”, pois é por meio dela que a função jurisdicional se materializa, concretizando o direito, realizando no plano da vida a prestação jurisdicional (DINAMARCO, 2003, p. 106).

O processo, ao se constituir organicamente como o instrumento de realização da jurisdição, tem como funcionalidade dar legitimidade à decisão. Na relação simbiótica existente entre processo e decisão, aquele tem como função proporcionar a aceitabilidade às decisões, pois o rito e as garantias foram e devem ser observados. Uma vez atendidos os preceitos e procedimentos processuais, a decisão se realiza e absorve a insegurança decorrente do conflito de interesses em questão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 501).

No plano da sua construção, a decisão judicial se dá por meio do contexto de descoberta e do contexto de justificação. O contexto da descoberta permeia todo processo, inclusive interage com o contexto da justificação, mas não deve preponderar sobre ele, pois é no contexto de justificação que residem as razões jurídicas motivadoras e fundamentadoras da decisão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019A, p. 424). Portanto, no contexto de justificação que se eleva a importância do mandamento constitucional da motivação e da fundamentação das decisões judiciais.

A fundamentação da decisão é o ponto central da concepção democrática do processo prevista constitucionalmente como garantia fundamental (art. 93, IX, CF/88). Dessa forma, a legitimidade democrática do Judiciário se deve ao fato de que a solução justa é encontrada em juízo pelo Estado-juiz em conjunto com as partes, resultado de diversas discussões travadas entre os sujeitos diretamente interessados na controvérsia, sendo a solução descoberta em conjunto com os jurisdicionados e não imposta arbitrariamente. Assim a carga legitimadora do sistema jurisdicional depende da devida fundamentação dos provimentos judiciais (FUX; BODART, 2020, p. 475).

Pela perspectiva do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, adotada no processo civil brasileiro, concebe-se o processo como instrumento de realização da justiça compromissado com a verdade, em que serão obtidas as provas e os argumentos voltados a reconstruir os fatos históricos importantes para a causa, além da definição do conjunto normativo aplicável (FUX; BODART, 2020, p. 474).

Não basta alcançar a verdade. Esta deve se revelar a partir dos meios idôneos e legítimos, estabelecidos pelo ordenamento jurídico, constitucionalmente posto. As razões que subsidiam a descoberta da verdade devem se originar do sistema jurídico e não podem fugir às garantias que decorrem do devido processo legal, tido aqui na sua mais ampla acepção. Desse modo, dispensar o magistrado da demonstração do caminho que o levou ao provimento exarado seria desonerá-lo do compromisso com a realidade dos fatos, com a lei e até mesmo com a justiça (FUX; BODART, 2020, p. 474).

Tal como Janus¹⁷, o Direito possui múltiplas faces complementares. A norma *in abstracto* se coloca como direito posto e pressuposto, dirigido a todos. Neste plano, o direito se coloca numa perspectiva formal e somente se movimenta com a ocorrência dos fatos jurídicos, subsumidos na norma. É no processo, na efetivação da prestação jurisdicional, que o direito ganha vida.

O direito como produto cultural e instrumento de dominação e controle social se materializa como poder, cuja funcionalidade é dizimar os conflitos de interesses originados da conduta humana em interferência intersubjetiva, tal qual concebida por Carlos Cossio (2002). O direito inexistente sem o homem, não tem sentido, pois não há utilidade. Onde está o homem há conflito de interesses. É a partir do homem que surge a necessidade do direito e das suas múltiplas faces em movimento, do processo e da jurisdição. Sem processo não há produto, sem produto não há concretização do direito.

¹⁷ Também conhecido como Jano, presente na mitologia greco-romana, era possuidor de duas faces, voltadas para direções opostas, mas que se complementam e possibilitam um olhar completo e sobre a realidade.

O processo e a jurisdição, ao se manifestarem como faces do direito, o integram, produzem o direito numa relação orgânica e autopoietica, criando o direito e por ele sendo criado. Como diz Calmon de Passos (2000, p. 24), “o produto também é processo, nunca um definitivamente feito”.

Ao afirmar que o direito não é, se constitui num eterno devir, Calmon de Passos (2000) revela a natureza da verdade no direito, produzida no processo e concretizada na decisão judicial. Nela não há verdades absolutas, há aproximações da verdade. A verdade revelada na decisão judicial é a verdade possível. Logo, por tal razão, se impõe o máximo possível de garantias para que a justiça possível não se torne injustiça realizada e concretizada no direito e pelo direito.

No plano relacional e de construção do direito individualizado, *in concreto*, a verdade é uma construção processualizada, procedimentalizada, legitimada pela ordem jurídico-constitucional através do processo e por meio da decisão judicial. Dentro da ordem jurídica, reitera-se aqui, não há que se falar em verdade real, pois seria o mesmo que se afirmar a existência de uma verdade absoluta. O que existe são aproximações da verdade. No processo e, portanto, na decisão judicial o que se verifica são verdades possíveis, relativas, as quais decorrem de uma probabilidade lógica das verdades enunciadas no processo (TARUFFO, 2013, p. 47).

Desse modo, considerando o escopo aqui delineado sobre a importância da relação entre processo, jurisdição e decisão para o desvelamento da verdade, amplifica-se a importância do rompimento das generalidades praticadas na aplicação de normas jurídicas, especialmente nas razões jurídicas que motivam, justificam e fundamentam a decisão.

Diante das consequências geradas pela recorrência de decisões generalistas e pela ausência ou insuficiência de motivação específica, uma transformação dessa prática demanda a compreensão das espécies normativas e da importância da densificação dos princípios, como se verá a seguir.

1.4 As espécies normativas e a importância da densificação dos princípios na motivação da decisão judicial

O ato de decidir realiza a prestação jurisdicional e concretiza o direito de forma objetiva, de modo imperativo e específico, afirmando uma verdade descoberta, que deve ser motivada, justificada, sem perder de vista a subsunção dos fatos às normas. Estas, por sua vez, não estão limitadas às regras, se corporificam também nos princípios e nos postulados

jurídicos que devem ser delimitados e especificados nas decisões, pois, caso não sejam, enfraquecem a verdade desvelada na decisão.

Ocorre que, comumente se tem visto a banalização do uso dos princípios jurídicos sem a devida especificação do seu conteúdo e sentido em relação ao direito demandado numa determinada relação processual. Tal situação esvazia o próprio sentido de ser dos princípios e a sua banalização, através do abuso do uso genérico, os transformam em *slogans* simbólicos, passíveis de refutação, e, por consequência, de deslegitimação da decisão, que acaba imposta por argumentos de autoridade.

Nesse plano, uma decisão motivada e fundamentada genericamente, fere preceitos constitucionais e infraconstitucionais e encontra-se eivada de nulidade, ao menos nos pontos em que tais argumentos genéricos sejam inseridos, por vezes podendo torná-la totalmente nula. Em relação aos princípios, essa situação tem sido constante. Desde o primeiro grau de jurisdição às instâncias superiores, princípios são utilizados como fundamentos das suas decisões de forma genérica, sem especificar o seu conteúdo e delimitar a sua associação ao contexto fático e jurídico.

O contexto de justificação, no mais das vezes, é suprimido em detrimento do contexto da descoberta, e a menção aos princípios se estabelece como argumento de autoridade, realizando-se simbolicamente, pela simples menção, desdensificando o conteúdo e a funcionalidade dos princípios no contexto constitutivo da decisão.

Diante disso, se impõe balizas teóricas à aplicação das espécies normativas, em especial dos princípios, por meio da sua conceituação, diferenciação e do seu lugar e modo de aplicação na análise processual e desenvolvimento constitutivo de uma decisão judicial que tem como objetivo a solução de um problema da vida.

Como antecedente lógico das especificidades do conteúdo de uma determinada norma jurídica, há aspectos conceituais fundantes que possibilitam a diferenciação das espécies normativas, direcionando-as e funcionalizando-as no contexto de justificação da decisão judicial.

A norma jurídica compreende uma categoria que tem como espécies as regras, os princípios e os postulados, cabendo estabelecer a distinção entre essas espécies normativas. Assim, partindo da concepção de Humberto Ávila (2014), primeiramente serão apresentados os elementos distintivos entre as regras e os princípios, como normas de primeiro grau e, na sequência, será apresentada a concepção de postulados como normas de segundo grau.

Karl Larenz (1997, p.599) define os princípios como normas de grande importância para o ordenamento jurídico, visto que estabelecem fundamentos normativos para a

interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

Para Wilhelm Canaris (2002, p. 92-96), os princípios ostentam o seu sentido próprio a partir de um processo dialético de complementação e restrição recíproca e possuiriam um conteúdo axiológico explícito, necessitando para a sua realização a concretização através de regras.

Outro critério tradicional utilizado para estabelecer a distinção entre princípios e normas é a generalidade. Segundo Alexy (2008, p. 87), os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto em comparação com a regra.

Para Alexy (2008, p. 90), há uma diferença qualitativa entre princípios e regras, de forma que os princípios constituiriam mandamentos de otimização, na medida em que são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Sendo assim, são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, que, diante das possibilidades jurídicas, dependem dos princípios e regras que a ele se contrapõem e, diante das possibilidades fáticas, o seu conteúdo como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

As regras, por outro lado, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 91).

Ronald Dworkin (2002, p. 39-40) considera que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, de forma que se distinguem em relação à natureza de orientação que oferecem. Assim, as regras são aplicadas à forma do tudo-ou-nada, no sentido de que se a hipótese de incidência é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser atendida, ou ela não é considerada válida e, no caso de colisão entre regras, ou se insere uma cláusula de exceção ou uma das regras é declarada inválida.

Os princípios, para Ronald Dworkin (2002, p. 40-41), não determinam absolutamente a decisão, apenas contêm os fundamentos, pois não apresentam as consequências jurídicas quando as condições são dadas. Dessa forma, seus fundamentos devem ser conjugados com fundamentos de outros princípios, importando, para esse processo, a força relativa de cada um. Com isso, possuem uma dimensão de peso ou importância que são considerados quando ocorre a colisão entre eles.

Humberto Ávila (2014, p. 59) apresenta a evolução doutrinária para, em seguida, analisá-la criticamente, classificando-a em distinções fracas – as estabelecidas por Larenz e Canaris –, e as distinções fortes – as realizadas por Dworkin e Alexy – ao estabelecer a partir de quatro critérios a distinção entre princípios e regras: a) o critério do caráter hipotético-condicional, que se baseia no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para encontrar a regra para o caso concreto; b) o critério do modo final de aplicação, em que as regras são aplicadas de modo absoluto tudo ou nada e os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos; c) o critério do relacionamento normativo, em que a antinomia entre as regras representa verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou a criação de uma exceção, e no relacionamento entre os princípios consiste numa sobreposição parcial, solucionável mediante a ponderação que atribua o peso de cada um deles e; d) o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como bases axiológicas para a decisão a ser adotada.

Ávila (2014, p. 94-95), considerando o caráter pluridimensional dos enunciados normativos, propõe critérios de dissociação entre princípios e regras considerando a natureza do comportamento prescrito, a natureza da justificação exigida e a medida de contribuição para a decisão.

Quanto ao modo de prescrição do comportamento, Ávila (2014, p. 95) explica que as regras podem ser consideradas como normas imediatamente descritivas, no sentido de que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser realizada, ao passo que os princípios são normas imediatamente finalísticas, por estabelecerem um estado de coisas, ou situação qualificada por determinadas qualidades, para cuja realização é preciso a adoção de alguns comportamentos específicos.

[...] os princípios, ao estabelecerem os fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas-bens jurídicos – que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização. Daí possuírem caráter deontico-teleológico: *deontico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; *teleológico*, porque as obrigações, permissões e proibição decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas [...]

Já as regras podem ser definidas como normas mediadamente finalísticas, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido [...]. Enfim, as regras são prescrições cujo elemento frontal é o descritivo. Daí possuírem caráter deontico-deontológico: *deontico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; *deontológico*, porque as obrigações, permissões ou

proibições decorrem de uma norma que indica “o que” deve ser feito (ÁVILA, 2014, p. 95-96).

Com isso, as normas podem ser analisadas tanto do ponto de vista comportamental como finalístico. No plano comportamental, as regras determinam o dever de adotar o comportamento descritivamente prescrito e os princípios o dever de adotar o comportamento necessário para concretizar um estado de coisas. No plano finalístico, as regras estabelecem um comportamento para alcançar determinado fim e os princípios estabelecem o dever de realizar ou preservar um estado de coisas pela prática de comportamentos a ele necessários (ÁVILA, 2014, p. 96).

Em relação à natureza da justificação exigida para a aplicação das regras e princípios, Humberto Ávila (2014, p. 97) explica que a interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhes dão suporte, e em relação ao princípio, sua interpretação e aplicação demandam uma avaliação da correspondência entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

Assim, no caso das regras, diante de uma maior determinação do comportamento em virtude da natureza descritiva ou definitória do enunciado prescritivo, o aplicador deve argumentar para fundamentar uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que dá suporte (ÁVILA, 2014, p. 97).

No caso dos princípios, evidencia-se o elemento finalístico, devendo o aplicador argumentar de modo a fundamentar uma apreciação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido. Dessa forma, não há nos princípios a descrição do conteúdo do comportamento, mas sim a busca ou preservação de um estado de coisas por meio da adoção de comportamentos necessários à sua realização (ÁVILA, 2014, p. 98-99).

Quanto ao critério da medida de contribuição da decisão, os princípios são normas com pretensão de complementariedade e parcialidade, por abrangerem somente parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão e não terem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir junto com outras razões para a tomada de decisão. As regras, por sua vez, possuem pretensão terminativa, são preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que ao pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, buscam gerar uma solução específica para o conflito entre as razões (ÁVILA, 2014, p. 100-101).

Partindo desses critérios de distinção, Ávila (2014, p. 102) apresenta a definição de regras e princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Partindo da definição de princípios como normas finalísticas, que exigem a especificação de um estado ideal de coisas a ser alcançado por meio de comportamentos necessários a essa realização, Ávila (2014, p. 117) apresenta algumas direções para a sua análise.

Em primeiro lugar, Ávila (2014, p. 117) propõe especificar os fins do princípio ao máximo, com o objetivo de controlar a sua realização. Esta delimitação progressiva passa pelo estabelecimento de relações entre as normas constitucionais com o princípio objeto de análise, estruturando uma cadeia de fundamentação centrada em princípios fundamentais, para buscar a redução da vagueza dos fins, por meio da análise de normas constitucionais que possam restringir o âmbito de aplicação do princípio.

Em segundo lugar, é proposta a pesquisa de casos paradigmáticos, especialmente nos Tribunais Superiores, que possam esclarecer as condições que integram o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à realização do princípio. Esses casos paradigmáticos representam aqueles cuja solução serve de modelo para outros casos em decorrência da capacidade de generalização do seu conteúdo valorativo, sendo possível verificar os comportamentos tidos como necessários para a realização do princípio em análise (ÁVILA, 2014, p. 118).

Em terceiro lugar, a partir dos casos selecionados, examinar a existência de um problema comum que aproxime os casos para constituir um grupo de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central, extraíndo os valores responsáveis pela solução do problema (ÁVILA, 2014, p. 118).

Em quarto lugar, verifica-se a existência de critérios que possibilitem definir, também para outros casos, os comportamentos necessários para a realização de um princípio e os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas (ÁVILA, 2014, p. 118-119).

Por fim, deve-se refazer a pesquisa jurisprudencial, buscando o estado de coisas e os comportamentos havidos como necessários à realização do princípio sob análise (ÁVILA, 2014, p. 119).

O método apresentado por Ávila (2014) fortalece a distinção entre as regras e os princípios. Sendo assim, em virtude do caráter descritivo do enunciado das regras, o aplicador deve fundamentar sua aplicação por meio da correspondência entre a construção factual e a descrição e a finalidade da norma. Por outro lado, em relação aos princípios, esses como normas finalísticas, carecedoras de complementaridade, e de caráter prospectivo, a aplicação deve direcionar à preservação de um estado de coisas, cabendo ao aplicador avaliar se os efeitos da conduta constituem meio necessário à promoção do estado de coisas definido pela norma como ideal a ser alcançado. Assim, princípios não são passíveis de aplicação pela subsunção, visto que não há na estrutura da norma princípio a descrição de um comportamento a ser relacionado com a situação concreta.

Ao lado das regras e dos princípios como normas de primeiro grau, merecem destaque os postulados, que são compreendidos como instrumentos normativos metódicos, ou como categorias que impõem critérios a serem observados na aplicação de regras e princípios (ÁVILA, 2014, p. 94). Assim, a função dos postulados é a de estruturar a aplicação correta do direito, qualificando-se como normas sobre a aplicação de outras normas, metanormas, ou ainda normas de segundo grau (ÁVILA, 2014, p. 164).

Os postulados funcionam de maneira diversa das regras e dos princípios por se situarem em outro nível, de forma que os princípios e as regras são normas objeto da aplicação, situando-se no mesmo nível do objeto, e os postulados são normas que orientam a aplicação de outras normas – regras e princípios – sem conflituosidade necessária com outras normas, situando-se em um metanível aplicativo (ÁVILA, 2014, p. 164).

Os postulados normativos se aplicam para solucionar questões advindas da aplicação do direito, solucionando antinomias contingentes (porque surgem diante de cada caso, ocasionalmente), concretas (que surgem diante de um problema concreto) e externas (porque decorrem de circunstâncias externas ao ordenamento jurídico) (ÁVILA, 2014, p. 176-177).

Ainda em consideração aos postulados, esses não se confundem com os princípios, posto que não impõem a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim; também não prescrevem indiretamente comportamentos, mas sim, modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Não se confundem com regras, pois não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem (ÁVILA, 2014, p. 178).

Os postulados são definidos como deveres estruturais, que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles. Contudo, eles não possuem o mesmo funcionamento. Alguns são aplicáveis independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento e considerados eminentemente formais ou inespecíficos, outros dependem da existência de determinados elementos e são pautados em determinados critérios; são os postulados específicos ou condicionais (ÁVILA, 2014, p. 184-185).

Como postulados inespecíficos, destacam-se a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso. A ponderação de bens representa um método direcionado a atribuir pesos a elementos que se interligam, sem a referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Sendo assim, fala-se em ponderação de bens, valores, princípios, fins e interesses, sendo necessário especificar o que está a ser ponderado. A concordância prática surge da coexistência de valores que direcionam total ou parcialmente para sentidos contrários, sendo necessário harmonizar esses valores de forma que sejam protegidos ao máximo, por meio de uma otimização entre os valores em conflito. A proibição de excesso proíbe a restrição excessiva a qualquer direito fundamental que lhe retire o mínimo de eficácia. (ÁVILA, 2014, p. 186-189).

Dentre os postulados específicos, destaca-se a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

A igualdade é um axioma de caráter tridimensional que pode se manifestar como regra, princípio ou postulado, corporificando as três espécies normativas a partir da concepção de Humberto Ávila (2014). Como regra, pela igualdade se prevê a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, a igualdade institui um estado igualitário como fim a ser promovido; como postulado, estrutura a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim). Assim, o princípio da igualdade não revela os bens ou os fins de que serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas, sendo necessário o estabelecimento de um critério de diferenciação e uma finalidade a ser alcançada (ÁVILA, 2014, p. 192).

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas e pode ser utilizada em vários contextos com finalidades variadas. Dentre as acepções três são destacadas. A primeira é que a razoabilidade pode ser utilizada como diretriz que determina a relação das normas gerais com as individuais do caso concreto, ou mostrando a perspectiva em que a norma deve ser aplicada, ou direcionando em quais situações o caso individual, em decorrência de suas especificidades, se afasta da norma geral.

A segunda indica a razoabilidade como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o âmbito ao qual elas fazem referência, ou exigindo a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, ou demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que pretende atingir. Na terceira acepção, a razoabilidade é usada como diretriz que impõe a relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (ÁVILA, 2014, p. 194).

O postulado da proporcionalidade é estruturador da aplicação de princípios que concretamente se interligam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, de maneira que se possa realizar três verificações fundamentais: o da adequação, questionando se o meio promove o fim; o da necessidade, indagando se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo de direitos fundamentais afetados; o da proporcionalidade em sentido estrito, verificando se as vantagens auferidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio (ÁVILA, 2014, p. 204-205).

A noção conceitual das espécies normativas e o estabelecimento da distinção entre elas é essencial à construção e à densificação da motivação e fundamentação da decisão. Isso porque o uso inconsistente das espécies normativas resulta em um problema que ultrapassa o âmbito da nomenclatura para representar um problema fenomênico de coerência e de justificação.

Para Ávila (2014, p. 181), o problema fenomênico estaria relacionado à circunstância de se denominar da mesma forma fenômenos de naturezas distintas; o problema de coerência se daria em virtude da impossibilidade de identificação das características próprias de uma espécie normativa em outra espécie normativa, independentemente do critério de distinção estabelecido entre elas; e o problema de justificação se revelaria diante da identificação de um postulado como princípio ou regra, pois os princípios e as regras se situam entre as normas que devem ser realizados e os postulados também concebidos como metanormas figuram como parâmetros para a realização das normas de primeiro grau.

Aqui se eleva em importância o movimento hermenêutico que antecede ao contexto de justificação. A consciência da construção conceitual dos fatos e construção conceitual da norma se constitui em fase argumentativa essencial e necessária à motivação e fundamentação da decisão judicial. Ela se movimenta de forma adaptativa, perfazendo todas as etapas do processo, o qual, além de possuir uma constituição lógico-dialética e se consubstanciar na síntese dispositiva da decisão, manifesta uma verdade pautada em elementos decorrentes de raciocínios que dependem dos dados probatórios, passíveis de maior ou menor validade, que

devem possibilitar a reconstituição dos passos procedidos e a validação dos argumentos postos, legitimando a verdade desvelada, que não deixa de ser uma verdade aproximada.

Nesse plano, há de se considerar que a ausência de clareza na distinção das acepções de princípios utilizados na motivação/fundamentação de uma decisão, acaba por gerar incertezas quanto ao conteúdo específico do *slogan* principiológico supostamente aplicável, o qual, por vezes, é mencionado como puro argumento de autoridade judicial, mostrando-se dissociado do processo lógico que deve pautar uma decisão judicial.

O primeiro passo a ser considerado é o da necessidade de definição do conteúdo e da espécie da norma citada. A simples menção da “igualdade” enquanto princípio não possibilita a sua identificação como tal. Há de se reconstruir o processo argumentativo para extrair os elementos que caracterizam cada espécie normativa e verificar se no caso específico, trata-se de regra, princípio ou postulado e, a partir daí, utilizar o método adequado para aplicabilidade da mencionada norma.

O uso indiscriminado de normas complexas, também caracterizado como abuso de uso de “princípios”, pois podem ou não se constituir como tais, esvazia o conteúdo e a funcionalidade delas, bem como retira-lhes a força normativa específica que justifica a sua aplicação e a construção de uma decisão judicial que se dirige à criação de uma norma *in concreto*.

A tese de Humberto Ávila (2014) e sua proposta de uso das normas jurídicas complexas, que se constituem como regras, princípios e postulados, considerando que postulado se coloca como norma de segundo grau de natureza metodológica, densifica as espécies normativas, especialmente os princípios, e possibilita maior clareza nos fundamentos principiológicos da decisão judicial.

Sendo assim, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, e considerando que a motivação de uma decisão compõe a sentença como dispositivo, a sua ausência ou incompletude pode gerar nulidade da decisão, a ser suscitada oportunamente por via recursal ou, até mesmo, ação rescisória (SOUZA, 2008, p. 225). Aqui também devem ser considerados os abusos no uso genérico e indiscriminados dos princípios.

Diante disso, o processo de aperfeiçoamento da construção da decisão judicial e da utilização das espécies normativas, com atenção aqui específica aos princípios, deve ser objeto de cuidado constante e aperfeiçoamento permanente, amplificando, não só a segurança jurídica das decisões judiciais, mas também sua validação e legitimidade, que deve se dar mais pela clareza, coesão e coerência, do que pela autoridade exercida e imposta pelo poder que decorre do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário.

2 TECNOLOGIAS SOCIAIS E PRODUTOS DESENVOLVIDOS

A natureza profissional da pesquisa estabelece de maneira mandatória a apresentação das atividades acadêmicas e dos produtos desenvolvidos no período de cumprimento dos créditos disciplinares, pois todos se constituíram em elementos fundantes para a construção da proposta final de tecnologias sociais voltadas ao aperfeiçoamento da análise processual e aplicação dos princípios jurídicos para a construção da decisão judicial.

Além dos créditos disciplinares e dos procedimentos antecedentes ao desenvolvido dos artigos científicos produzidos, consistentes no levantamento de referências teóricas e leituras realizadas para subsidiar o desenvolvimento das propostas de tecnologias sociais de natureza profissional, foram desenvolvidos artigos científicos em coautoria com professores e outros discentes do Programa de Pós-Graduação do Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT, os quais serão nas próximas seções especificados, a fim de evidenciar a sua conexão com a proposta de pesquisa e os resultados que dela decorreram.

Salienta-se, ainda, que os artigos desenvolvidos no Mestrado especificados nesta seção, juntamente com os documentos a eles relacionados, constam nos Anexos I, II e III.

2.1 Artigo Científico Publicado na Revista Humanidades & Inovação

O primeiro produto desenvolvido relacionado com a temática da pesquisa foi um artigo de natureza científica intitulado “Análise do Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis a partir do Julgamento Conjunto dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e nº 349.703 e dos *Habeas Corpus* nº 87.585 e 92.566 e a tese dominante no Brasil”. O trabalho foi publicado na Revista Humanidades & Inovação – Palmas, de circulação nacional, ISSN 2358-8322, em 16 de março de 2020, no volume 7, edição n. 04, de fevereiro de 2020, encontrando-se disponível no endereço eletrônico:

<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1750>.

A Revista Humanidades & Inovação é editada pela Universidade Estadual do Tocantins (Unitins), a qual tem por objetivo a difusão de estudos e pesquisas de professores e alunos de pós-graduação, pesquisadores e gestores de instituições de ensino superior e de pesquisa, gestores de associações científicas e profissionais, dirigentes e demais órgãos envolvidos na formação de pessoal e produção científica, relativos ao conhecimento científico das áreas de Ciências Humanas, Ciências Sociais Aplicadas e Linguística, Letras e Artes e

apresenta temáticas importantes para a contemporaneidade, com enfoques que versam sobre a violência, políticas públicas, gênero, Direito, qualidade em serviços de saúde, inovação e prospecção tecnológica, dentre outros temas.

Trata-se de uma revista de periodicidade mensal e em formato eletrônico, com conselho editorial e científico composto por pesquisadores de diversas Instituições de Educação Superior e Pesquisa do país, com Qualis Periódico – Interdisciplinar – B2, conforme a última classificação de periódicos da Plataforma Sucupira, quadriênio 2013-2016.

O trabalho teve como autores a mestranda Ana Paula Ribeiro Soares e os Professores Doutores Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira e Vinícius Pinheiro Marques, estes integrantes do corpo docente do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, sendo o último orientador da presente pesquisa.

Em relação ao conteúdo do artigo e sua contribuição para a pesquisa desenvolvida, o trabalho pretende compreender o *status* com que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil ingressam no ordenamento jurídico interno, sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal. O objetivo foi o de analisar o controle jurisdicional de convencionalidade das leis no país a partir do julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal dos REs nº 466.343 e nº 349.703 e dos *Habeas Corpus* nº 87.585 e nº 92.566. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa, adotando enfoque teórico, priorizando como técnica de obtenção de dados a pesquisa bibliográfica e a análise de jurisprudência do STF.

No trabalho, confrontou-se a tese do *status* de supralegalidade conferido aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum simples de votação, prevalecente no STF, e a tese de que tais tratados possuiriam *status* constitucional independentemente da aprovação por quórum simples ou qualificado. Concluiu-se apresentando o panorama atual da questão no Brasil.

Para a pesquisa desenvolvida e detalhada no presente relatório técnico, este trabalho contribuiu ao se verificar a relevância da construção e da motivação das decisões proferidas em sede do Supremo Tribunal Federal ao apreciar os tratados internacionais de direitos humanos para conferir o *status* de supralegalidade.

2.2 Artigo Científico aprovado para publicação na Revista de Direito Brasileira

O segundo produto desenvolvido relacionado com a temática da pesquisa foi um artigo de natureza científica intitulado “Breves considerações teórico-conceituais sobre processo e jurisdição e sua importância na construção da decisão judicial e efetivação do acesso à justiça”. O trabalho foi aprovado para publicação na Revista de Direito Brasileira – *Brazilian Journal of Law* – RDB – Florianópolis, de circulação nacional, com versão impressa e eletrônica, ISSN 2237-583X e e-ISSN 2358-1352, no volume 29, edição n. 11, de maio/agosto de 2021, com informações disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/index>

A Revista de Direito Brasileira (Brazilian Journal Of Law) – RDB é uma publicação quadrimestral editada desde 2011 (versão impressa) pelo CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, que visa fomentar o estudo das questões mais relevantes que envolvem a jurisdição constitucional tanto em âmbito nacional quanto estrangeiro.

O Periódico busca estudar os principais temas do Direito Contemporâneo de modo reflexivo e dialético, criando um campo vasto de discussão e aproximação do Direito interno e internacional, propiciando um intercâmbio de informações e soluções sobre as mais diversas questões jurídicas situadas no âmbito da jurisdição constitucional.

Trata-se de uma revista com equipe editorial composta por pesquisadores de diversas Instituições de Educação Superior e Pesquisa brasileiras e estrangeiras, com Qualis Periódico – Direito – A1 e Interdisciplinar – B1, conforme a última classificação de periódicos da Plataforma Sucupira, quadriênio 2013-2016.

O trabalho teve como autores a mestrande Ana Paula Ribeiro Soares e o Professor Doutor Vinícius Pinheiro Marques, este integrante do corpo docente do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos e orientador da presente pesquisa.

Em relação ao conteúdo do artigo e sua contribuição para a pesquisa desenvolvida, o artigo buscou, a partir de uma perspectiva reflexiva, apresentar considerações pontuais sobre aspectos teórico-conceituais de processo, jurisdição e decisão judicial e a importância desses institutos para a efetivação do acesso à justiça. Para tanto, no plano metodológico, foi utilizada a abordagem qualitativa e o raciocínio lógico-dedutivo, o que possibilitou a compreensão dos institutos a partir de pressupostos teórico-conceituais gerais, levando a conclusões específicas derivadas e correlacionadas às deduções gerais e primárias.

O trabalho foi dividido em cinco seções: a introdução; a segunda seção apresenta aspectos teórico-conceituais de processo e jurisdição e a inserção da prestação jurisdicional no rol dos direitos fundamentais; a terceira seção analisa a inserção do acesso à justiça e da prestação jurisdicional no rol dos direitos e garantias fundamentais e a evolução de garantia formal para o direito substancial; a quarta seção trabalha a relação entre processo, jurisdição e decisão judicial, e a importância desta como instrumento de desvelamento da verdade processual a ser concretizada; e, por fim, foram apresentadas considerações finais de natureza reflexiva.

Para a pesquisa desenvolvida e detalhada no presente relatório técnico, este trabalho contribuiu de forma significativa, tendo inclusive parte de seu corpo incorporado à fundamentação teórica do presente relatório, pois ao focar o acesso à justiça na sua dimensão substancial surge, no atual contexto histórico, como fundamental à realização dos direitos humanos, a necessidade de compreensão de determinados institutos jurídicos que com ele se relacionam: o processo, a jurisdição e a decisão judicial, bem como a relevância de sua fundamentação.

2.3 Artigo Científico submetido à publicação na Revista Juris Poiesis

O terceiro produto desenvolvido relacionado com a temática da pesquisa foi um artigo de natureza científica intitulado “Segurança Jurídica: conceito, aspecto objetivo e aspecto subjetivo”. O trabalho foi submetido à publicação na Revista – Juris Poiesis – Rio de Janeiro, revista impressa e eletrônica, de circulação nacional, ISSN 1516-6635 (versão impressa) e ISSN 2448-0517 (versão eletrônica), encontrando-se disponível no endereço eletrônico: <https://portal.estacio.br/cursos/mestrado-e-doutorado/direito/revista-juris-poiesis/>.

A Revista Juris Poiesis é um periódico acadêmico, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD / UNESA). A revista possui como objetivo geral a publicação de artigos, ensaios e traduções de créditos, pesquisadores nacionais e estrangeiros, testes de estudos científicos avançados que são inseridos nos seguintes eixos temáticos utilizados pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado em Direito): “Acesso à Justiça e Efetividade do Processo” e “Direitos Fundamentais e Novos Direitos”.

Trata-se de uma revista de periodicidade quadrimestral, em formato eletrônico e impresso, com conselho editorial e científico composto por pesquisadores de diversas Instituições de Educação Superior e Pesquisa brasileiras e estrangeiras, com Qualis Periódico

– Interdisciplinar – A1 e Direito B1, conforme a última classificação de periódicos da Plataforma Sucupira, quadriênio 2013-2016.

O trabalho teve como autores as mestrandas Ana Paula Ribeiro Soares e Ângela Maria Ribeiro Prudente e os Professores Doutores Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira e Vinícius Pinheiro Marques, estes integrantes do corpo docente do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, sendo o último orientador da presente pesquisa.

Em relação ao conteúdo do artigo e sua contribuição para a pesquisa desenvolvida, o trabalho pretende compreender o significado da segurança jurídica, como direito fundamental presente tanto nos principais documentos em matéria de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais, quanto na Constituição Federal de 1988.

O objetivo do trabalho foi o de explorar o conceito da segurança jurídica desde o seu aspecto mais simples para aprofundar gradativamente e chegar à análise da segurança jurídica sob o aspecto objetivo (qual é o objeto da segurança jurídica) e sob o aspecto subjetivo (a quem a segurança jurídica se destina), para dar ciência ao destinatário da segurança jurídica e possibilitar que o cidadão tenha confiança nas relações sociais estabelecidas. Para alcançar tal desiderato, utilizou-se da revisão sistemática de literatura, pautada em artigos que versassem sobre a segurança jurídica nas relações sociais, bem como em doutrina, adotando-se enfoque teórico.

O artigo foi estruturado em quatro capítulos. No primeiro tratou-se do conceito e da contextualização de segurança jurídica na Constituição Federal de 1988. No segundo, foi abordada a segurança jurídica no aspecto objetivo, seguido pela segurança jurídica no aspecto subjetivo desenvolvida no terceiro capítulo. No último capítulo teceram-se considerações finais sobre a importância de propiciar ao cidadão o conhecimento do conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, finalidade precípua do artigo.

Para a pesquisa desenvolvida e detalhada no presente relatório técnico, este trabalho contribuiu ao se verificar que no processo de construção e aplicação das normas jurídicas, em todas as suas modalidades, a fundamentação e motivação das decisões é essencial não somente para conferir legitimidade à decisão, mas também para assegurar a segurança jurídica dessa.

Evidenciada a produção dos artigos científicos aqui especificados, consistente em artigo já publicado, o primeiro; o segundo já aceito e aguardando edição; e o terceiro submetido, aguardando avaliação, fica claro o cumprimento dos requisitos quanto a produção

acadêmico-científica exigida no Programa de Pós-Graduação do Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT.

3 PROPOSTA DE TECNOLOGIAS SOCIAIS

Fixados os pressupostos teóricos e os parâmetros conceituais da Aplicação dos Princípios Jurídicos nas Decisões Judiciais expostos neste relatório técnico, torna-se necessária a apresentação das propostas de tecnologias sociais de natureza profissional projetadas a partir da pesquisa desenvolvida.

3.1 Webinário de Teoria dos Princípios e Motivação das Decisões Judiciais e Oficina Prático-jurídica de Aplicação dos Princípios na construção das decisões judiciais

O projeto desenvolvido como produto técnico terá natureza teórica e prático-profissional e consistirá em um Webinário de Teoria dos Princípios e Motivação das Decisões Judiciais e uma Oficina prático-jurídica de aplicação dos princípios na construção de decisões judiciais, que tem por objetivo central possibilitar o aprimoramento e a qualificação profissional dos membros da Magistratura estadual tocantinense e dos servidores do Poder Judiciário do Estado do Tocantins por meio de debates em torno da Teoria dos Princípios e do processo de aperfeiçoamento da construção da decisão judicial e a importância da sua efetiva motivação/fundamentação.

A partir de pesquisa realizada no âmbito do Programa de Pós-graduação Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela proponente do presente projeto de evento, verificou-se que a efetiva prestação jurisdicional e a concretização do acesso à justiça são sintetizadas por meio do pronunciamento jurisdicional.

A construção desse pronunciamento, que objetiva revelar a solução para o conflito de interesses, se dá por meio do contexto da descoberta e da justificação. Sendo assim, no contexto da justificação, demonstra-se a importância da motivação e da justificação das decisões judiciais no processo de associação do contexto fático ao jurídico.

Assim, diante da verificação recorrente de pronunciamentos jurisdicionais carecedores de uma fundamentação necessária e específica para cada espécie normativa, em especial dos princípios, o Webinário e a Oficina Prático-profissional visam atender a uma necessidade de aprimoramento e qualificação teórico-prático-profissional constante de membros da magistratura estadual tocantinense e de servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

O evento será uma oportunidade de intercâmbio e difusão de conhecimentos acerca da teoria dos princípios de Humberto Ávila e outros marcos teóricos como a teoria dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Não somente a fundamentação teórica produto da pesquisa apresentada neste relatório técnico serviu de base para a projeção deste produto de natureza tecnológica, mas também os produtos técnico-científicos desenvolvidos durante o curso do mestrado e apresentados na forma de artigos científicos, já publicados, aprovados e/ou submetidos para aprovação.

O Webinário será produzido nos estúdios da Escola Superior da Magistratura Tocantinense e veiculado por meio de plataforma de videoconferência que permita a interação entre os participantes. A exposição será dialógica com a participação da pesquisadora que desenvolveu a pesquisa e dois convidados.

O processo dialógico se estruturará de forma dialética entre os convidados, abordando cada um dos itens teóricos desenvolvidos na pesquisa ora relatada, possibilitando ao operador do direito – que participar do Webinário –, o conhecimento de posições distintas no plano conceitual, a síntese das análises conceituais e teóricas, bem como a sua projeção prática, voltada à aplicação dos princípios nas decisões judiciais.

Após o Webinário, a partir da síntese do debate e dos instrumentais teórico-conceituais apresentados, será promovida uma Oficina prático-jurídica de análise e aplicação dos princípios nas decisões judiciais utilizando-se como metodologia ativa o *Challenge Based Learning* – CBL, conhecido como aprendizagem baseada em desafios, possibilitando, com isso, o aprofundamento prático do conteúdo discutido, uma maior interatividade entre os participantes, que atuarão em grupos e deverão apresentar a minuta de uma decisão judicial correspondente ao caso submetido à sua análise para a resolução do problema jurídico posto.

A configuração detalhada do Webinário e da Oficina Prático-jurídica de Teoria dos Princípios e Motivação das Decisões Judiciais encontra-se disposta por meio do projeto inserido no apêndice do presente relatório de pesquisa.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida que originou o presente relatório técnico teve natureza teórica e foi direcionada à elaboração de uma ação pedagógica voltada ao aperfeiçoamento profissional de magistrados e servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, tendo por objetivo central a compreensão das causas que levam à aplicação genérica dos princípios jurídicos nas decisões judiciais, para propor novas possibilidades de sua utilização, pautada em maior especificidade de causas e motivações.

O questionamento central do trabalho realizado consistiu no seguinte: considerando que há uma prática reiterada de aplicação de princípios jurídicos de forma genérica nas decisões judiciais, quais métodos/meios podem explicitar e especificar os fundamentos da sua aplicação, a fim de possibilitar às partes maior segurança, clareza e adequação ao caso em julgamento?

Para responder ao problema proposto, foi desenvolvida a fundamentação teórica, em que inicialmente foram apresentados os elementos teórico-conceituais específicos sobre processo e jurisdição, necessários à construção da decisão judicial e efetivação do acesso à justiça.

O acesso à justiça em sua dimensão substancial e a garantia da efetiva prestação jurisdicional como seu consectário lógico, são considerados fundamentais à realização e exigibilidade de outros direitos, também fundamentais. Esses direitos, considerados no plano normativo, têm a sua concretização realizada por meio do processo e da jurisdição, que viabilizam, em virtude da dinâmica processual, a norma *in abstracto* em norma concreta, através da decisão judicial.

A delimitação conceitual de processo é estabelecida por distintas perspectivas e, diante de sua complexidade, tais perspectivas se complementam e se amplificam, tornando o processo um fenômeno dinâmico, vivo, que evolui tal como a dinâmica das relações e interações sociais.

Dentre as possibilidades de delimitação conceitual de processo, mereceram destaque para o presente estudo as que compreendem esse fenômeno como relação jurídica, como situação jurídica, como método complexo e cooperativo de exercício da jurisdição.

Como relação jurídica complexa que se desenvolve gradualmente entre o órgão julgador e as partes, no processo o magistrado assume a obrigação de decidir e realizar o direito deduzido, enquanto as partes se obrigam a colaborar com sua evolução e a se submeterem ao resultado dessa atividade.

Como situação jurídica, o processo representa um complexo de atos, colocando o direito subjetivo em uma posição dinâmica, transmutando-o em possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus que são sintetizados em um pronunciamento jurisdicional. Ocorre que esses atos, para terem eficácia jurídica, devem ser ordenados seguindo o sistema de legalidade, não ficando ao arbítrio dos sujeitos que integram a relação jurídica processual.

Essas concepções de processo podem ser complementadas com a noção de processo justo, aqui concebido como uma garantia fundamental na forma de cláusula geral que abrange diversas garantias, transformando o processo em um instrumento técnico jurídico capaz de converter um direito reconhecido *in abstracto* para um direito efetivamente protegido *in concreto*.

Neste sentido, o processo deve ser capaz de prestar a tutela jurisdicional de forma adequada e efetiva, e tal resultado se concretiza e corporifica por meio da decisão judicial.

A jurisdição, fundamental para a compreensão da decisão judicial e relacionada de forma direta e intrínseca com a prestação jurisdicional, é compreendida como poder, função e atividade estatal.

A partir da evolução conceitual, verificou-se que na atual ordem jurídica não se admite mais a concepção de jurisdição como atividade meramente declaratória. A jurisdição, em verdade, possui a característica da substitutividade, por meio da qual o Estado substitui a parte e apresenta a solução ao litígio levado à sua apreciação. Esta solução representa a norma individual, definitiva, imutável, que concretiza a norma geral, devendo ser devidamente fundamentada mediante a interpretação adequada da lei.

Dessa forma, a jurisdição implica numa atividade de reconstrução interpretativa da norma geral, mediante um processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica.

Também foram abordadas questões relacionadas ao acesso à justiça e à prestação jurisdicional como direitos fundamentais. A relevância desses direitos se destaca por serem concebidos como requisitos essenciais para que o sistema jurídico possa garantir direitos a todas as pessoas.

Neste sentido, o direito de acesso à justiça é concebido como pressuposto obrigatório da atividade jurisdicional desenvolvida por meio de um processo, que resulta na decisão judicial como síntese da prestação jurisdicional.

Como direito e garantia, o acesso à justiça substancial figura como *standard* constitucional antecedente da prestação jurisdicional, possibilitando, em conjunção com os pressupostos teórico-conceituais do processo e da jurisdição, a explicitação da necessidade de

uma prática processual que torne a motivação/fundamentos das decisões claros, consistentes, coesos e específicos em todos os seus aspectos.

Na sequência, foi analisado o percurso necessário ao desvelamento da verdade funcionalizada, a ser concretizada em uma decisão judicial, revelada no processo por meio do exercício da jurisdição.

Essa verdade revelada no processo, para resultar em uma decisão justa, demanda a verificação das verdades manifestadas nos elementos probatórios levados ao processo, que deve ser promovido de acordo com os preceitos legais preestabelecidos, mediante a interpretação válida das normas jurídicas.

A decisão judicial se constitui como ato jurisdicional magno, por meio da qual se efetiva o exercício da jurisdição pelo magistrado no bojo do desenvolvimento do processo, concretizando o direito e realizando a prestação jurisdicional. Nesse passo, o processo no qual foram observados os ritos e garantias confere legitimidade à decisão para resolver o conflito de interesses.

Ocorre que não basta a observância superficial do rito processual, pois a decisão judicial precisa atender ao contexto da justificação, em que são reveladas as razões jurídicas que motivam e fundamentam os seus termos. Assim, no plano de construção da norma individualizada, *in concreto*, a verdade se torna uma construção processualizada e legitimada pela ordem jurídica através do processo.

Essa verdade como um fenômeno construído por meio do processo e revelada na decisão judicial deve ser motivada, justificada, buscando uma correspondência da construção fática com a construção normativa. A construção normativa, por sua vez, pode se revelar através das regras, dos princípios e dos postulados, exigindo uma aplicação, interpretação e revelação que seja consentânea com as particularidades de cada espécie normativa, sob pena de enfraquecer a verdade refletida na decisão.

O uso genérico, desmotivado e carente de fundamentação de regras, princípios e postulados, deslegitimam a decisão, comprometem sua validade por ferir preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

Dessa forma, quando o contexto da justificação é suprimido pela simples menção de um princípio, por exemplo, verifica-se uma desdensificação de seu conteúdo e da própria função dos princípios como espécie normativa finalística, prospectiva e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, cuja aplicação demanda uma apreciação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta tida como necessária à sua promoção.

O contexto de justificação de uma decisão judicial deve considerar inicialmente a espécie normativa a ser aplicada na conformação entre o contexto fático e o jurídico. A partir da identificação da espécie normativa e conferida a devida atenção a seus elementos característicos, o aplicador deve promover a argumentação que fundamente adequadamente essa correspondência da construção factual à normativa.

No caso da utilização de princípios para fundamentar a tomada de decisão, foi apresentado como proposta o método construído por Humberto Ávila para a análise de princípios.

O referido método propõe especificar os fins do princípio, estabelecendo relações entre as normas constitucionais para restringir o âmbito de aplicação do princípio; na sequência, é proposta a pesquisa de casos paradigmáticos que esclareçam o estado ideal de coisas buscado pelos comportamentos necessários à realização do princípio, examinado a ocorrência de problemas comuns entre os casos; em seguida buscam-se critérios para definir os comportamentos necessários para a realização de um princípio para finalmente refazer a pesquisa jurisprudencial, buscando o estado de coisas e os comportamentos necessários para a realização do princípio sob análise.

A utilização genérica, indiscriminada e desmotivada de princípios, além de esvaziar o conteúdo e a finalidade dessas normas, retira a sua força normativa, podendo gerar a nulidade da decisão, acarretando não somente a insegurança jurídica do jurisdicionado, mas também ofensa aos direitos fundamentais de acesso à justiça e da efetiva prestação jurisdicional.

Expostos os fundamentos teóricos que subsidiaram a conclusão teórica pela obrigatoriedade de explicitação e especificação da motivação na aplicação dos princípios em todos os aspectos que envolvem a construção de uma decisão judicial, foi proposto o desenvolvimento de um produto de natureza teórico e técnico-profissional, consistente em um Webinário e uma Oficina Prático-jurídica de Teoria dos Princípios e Motivação das Decisões Judiciais, tendo como público-alvo os membros da Magistratura estadual tocantinense e os servidores do Poder Judiciário do Estado do Tocantins.

Tais produtos revelam-se importantes a partir da conclusão da pesquisa científica desenvolvida em uma pós-graduação *stricto sensu* de natureza profissional e têm por objetivo central possibilitar o aprimoramento e a qualificação profissional do público-alvo por meio de debates em torno da Teoria dos Princípios e do processo de aperfeiçoamento da construção da decisão judicial e a importância da sua efetiva motivação/fundamentação.

Também cabe destacar que, a partir dos estudos empreendidos para o desenvolvimento da pesquisa e dos debates promovidos nas disciplinas cursadas no âmbito do Mestrado

Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, foram produzidos três trabalhos científicos no formato de artigos.

O artigo intitulado “Análise do Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis a partir do julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e nº 349.703 e dos *Habeas Corpus* nº 87.585 e n.º 92.566 e a tese dominante no Brasil” foi publicado em revista científica indexada, Humanidades & Inovação, no volume 07, n. 04 de fevereiro de 2020, com Qualis Periódico Interdisciplinar B2, em coautoria com os Doutores Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira e Vinícius Pinheiro Marques.

O artigo intitulado “Breves considerações teórico-conceituais sobre processo e jurisdição e sua importância na construção da decisão judicial e efetivação do acesso à justiça” foi aprovado para publicação, em processo de edição em revista científica indexada, Revista de Direito Brasileira – Brazilian Journal of Law – RDB, no volume 29, n. 11 de Mai/Ago de 2021, com Qualis Periódico Interdisciplinar – B1 e em Direito – A1, em coautoria com o Doutor Vinícius Pinheiro Marques.

O artigo intitulado “Segurança Jurídica: conceito, aspecto objetivo e aspecto subjetivo” foi submetido à publicação em revista científica indexada Juris Poiesis, com Qualis Periódico Interdisciplinar – A1 e em Direito B1, em coautoria com Ângela Maria Ribeiro Prudente e os Professores Doutores Vinícius Pinheiro Marques e Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira.

Sendo assim, diante da conclusão do Relatório Técnico apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, ao Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos – Linha de Pesquisa – Efetividade das Decisões Judiciais e Direitos Humanos, da realização das produções científicas e das propostas de tecnologias sociais, consideram-se cumpridos os requisitos exigidos para a apresentação do presente Relatório Técnico de Pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil**. v. 1. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.
- CALVANI, Renzo. **Processo Justo: princípio, direito fundamental e modelo de processo do Estado Constitucional**, 2014. 282 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il “giusto processo” Civile nella dimensione comparatistica*. In: Revista de Processo. vol. 108/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 133-183, out-dez 2002.
- _____. *Il “giusto processo” Civile in Itália e in Europa*. In: Revista de Processo. vol. 116/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 97-158, jul-ago 2004.
- COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.
- DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 21. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2019.
- _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 14. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização de jurisprudência no novo código de processo civil à luz da Análise Econômica do Direito. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; GALDINO, Flávio (Coords.). **Uma vida dedicada ao Direito**: estudos em homenagem a Roberto Rosas. Rio de Janeiro: GZ, 2020.
- GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Tomo I, Campinas: Bookseller, 2003.
- GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas**: pela efetivação dos direitos fundamental de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Curitiba: Juruá, 2014.
- ITALIA. *Costituzione Italiana: edizione in lingua portoghese*. Roma: Senato della Republica, 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. 4. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- _____. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019A.
- MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos Mendonça. **Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.
- OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Fundamentos do acesso à justiça**: conteúdo e alcance da garantia fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- UNITED KINGDOM. Supreme Court. **Al Rawi and others (Respondents) (Respondents) v. The Security Service and others (Appellants)**, [2011] UKSC 34, United Kingdom: Supreme Court, 13 July 2011, disponível em : https://www.refworld.org/cases,UK_SC,4e2d8c812.html. Acesso em 25 jul 2020.

ANEXO I

Artigo – Publicado na Revista Humanidades & Inovação – Palmas, v. 7, n. 4 – Fev. 2020 –
ISSN 2358-8322 – Qualis Periódico – Interdisciplinar – B2
<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1750>

Autores:

Ana Paula Ribeiro Soares

Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira

Vinícius Pinheiro Marques

Título:

ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS A
PARTIR DO JULGAMENTO CONJUNTO DOS RECURSOS EXTRAORDIÁRIOS Nº
466.343 E Nº 349.703 E DOS *HABEAS CORPUS* Nº 87.585 E N.º 92.566 E A TESE
DOMINANTE NO BRASIL

**ANÁLISE DO CONTROLE
JURISDICIONAL DE
CONVENCIONALIDADE DAS LEIS
A PARTIR DO JULGAMENTO
CONJUNTO DOS RECURSOS
EXTRAORDIÁRIOS Nº 466.343 E Nº
349.703 E DOS HABEAS CORPUS
Nº 87.585 E 92.566 E A TESE
DOMINANTE NO BRASIL**

*ANALYSIS OF CONTROL TRIBUNAL OF
CONVENTIONALITY LAWS FROM THE
TRIAL OF RESOURCE EXTRAORDINARY
Nº 466.343 AND Nº 349.703 AND THE
HABEAS CORPUS Nº 87.585 AND Nº
92.566 AND THE DOMINANT THESIS IN
BRAZIL*

Ana Paula Ribeiro Soares 1
Gustavo Paschoal T. de C. Oliveira 2
Vinícius Pinheiro Marques 3

Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos **1**
(PPGPJDH) da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/7255113068380131>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5617-7073>.
E-mail: anapaularis2@hotmail.com

Doutor em Direito, professor do Mestrado em Prestação **2**
Jurisdicional e Direitos Humanos (PPGPJDH) da Universidade
Federal do
Tocantins (UFT). Professor da Graduação em Direito do Centro
Universitário
Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA) e da Universidade Estadual do
Tocantins (UNITINS). Advogado. Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/7410990226412683>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3045-2097>. E-mail: gustavopaschoal1@gmail.com

Doutor em Direito, professor da Graduação em Direito e do **3**
Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos
(PPGPJDH) da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/7300803447800440>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1294-8603>. E-mail: vinicius.marques@ceulp.edu.br

Resumo: O artigo pretende compreender o status com que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil adentram no ordenamento jurídico interno, sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal. O objetivo é analisar o controle jurisdicional de convencionalidade das leis no país a partir do emblemático julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal dos REs nº 466.343 e nº 349.703 e dos Habeas Corpus nº 87.585 e nº 92.566. Para tanto, desenvolve-se uma pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa, adotando enfoque teórico, priorizando como técnica de obtenção de dados a bibliográfica e a jurisprudência do STF. Confronta-se a tese do status de supralegalidade conferido aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum simples de votação, prevalente no STF, e a tese de que tais tratados possuíam status constitucional independentemente da aprovação por quórum simples ou qualificado. Conclui-se apresentando o panorama atual da questão no Brasil.
Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Ordenamento jurídico.

Abstract: The article intends to understand the status with which ratified international human rights treaties in force in Brazil enter the domestic legal system, from the perspective of the Federal Supreme Court. The objective is to analyze the jurisdictional control of the conventionality of laws in the country from the emblematic joint trial by the Supreme Federal Court of REs n.º 466.343 and n.º 349.703 and Habeas Corpus n.º 87.585 and n.º 92.566. Therefore, an exploratory research with a qualitative approach is developed, adopting a theoretical approach, prioritizing as a technique for obtaining data the bibliographic and the jurisprudence of the Supreme Court. The thesis of the supralegal status conferred on international human rights treaties approved with simple voting quorum, prevailing in the STF, and the thesis that such treaties would have constitutional status regardless of approval by a simple or qualified quorum, is confronted. It concludes by presenting the current panorama of the issue in Brazil.
Keywords: Control of conventionality. International human treaties. Domestic legal system.

Introdução

Desde a democratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, constituiu-se o Estado Democrático de Direito, informado no artigo 1º da Carta Magna, e adotou-se como fundamento da República, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, insculpida no inciso III do próprio artigo 1º.

No âmbito internacional, a Assembleia Constituinte adotou como um dos princípios a reger as relações internacionais, a “prevalência dos direitos humanos”, conforme disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal.

Por fim, no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal restou estabelecido que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Esse cenário constitucional demonstra a abertura do Brasil para a garantia da dignidade da pessoa humana, para a prevalência dos direitos humanos e para a incorporação dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais de que o país seja parte, desde a promulgação da Carta Magna.

Já em 2004, a partir da Emenda Constitucional nº 45, a Constituição Federal passou a incorporar os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum qualificado, isto é, aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, com equivalência de emendas constitucionais.

A ordem jurídica interna relaciona-se, portanto, com tratados internacionais comuns, com tratados internacionais de direitos humanos e com tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum qualificado.

Mas como solucionar a situação em que tratado internacional e norma jurídica interna disciplinam, de maneira divergente, o mesmo assunto? Qual norma deve prevalecer diante do aparente conflito que se estabelece?

A resposta a essas questões implica em desvendar o *status* com que tais normas internacionais adentram no ordenamento jurídico interno para, a partir daí, estabelecer a relação de hierarquia eventualmente existente entre as normas internacionais ratificadas pelo Brasil e as nacionais.

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos que ingressam no país sob a sistemática prevista no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, o texto constitucional afasta qualquer dúvida ao conferir-lhes equivalência às emendas constitucionais.

Contudo, não existe na Constituição Federal resposta clara quanto ao *status* que os tratados internacionais comuns e os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com quórum qualificado possuem em relação à ordem jurídica interna.

O esclarecimento dessa questão é de suma importância tendo em vista que, se por um lado os tratados internacionais são acordos de cumprimento obrigatório e vinculam os países que a eles aderem, não podendo o Brasil se furtar ao cumprimento dos tratados internacionais por ele ratificados e em vigor no ordenamento jurídico, por outro lado o Brasil também não pode se furtar ao cumprimento das normas constitucionais, ainda que colidentes com os tratados internacionais.

Esse artigo é resultado de uma pesquisa que visou produzir conhecimento a ser utilizado em pesquisas futuras, adotando-se abordagem qualitativa, porquanto utilizou como fonte primordial de coleta de dados a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Adotou-se o enfoque teórico, dedicando-se a reconstruir a teoria adotada pela Corte Suprema no que diz respeito à hierarquia com que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno sob a sistemática do art. 5º, § 3º, da CF/1988, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados com quórum simples e os tratados internacionais comuns, ingressam no ordenamento jurídico pátrio.

Diante do problema apresentado, objetivou-se com este artigo desenvolver uma pesquisa exploratória com o intuito de examinar, sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal, a relação hierárquica existente entre os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados internacionais comuns de que o Brasil seja signatário com a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

Buscou-se compreender a abordagem dada pela Constituição Federal de 1988 aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, ou seja, o modo como a Constituição Federal os acolhe, para daí se chegar aos efeitos de tais tratados sobre o Direito brasileiro.

A análise do status com que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ingressam no Direito brasileiro iniciou-se pelo texto constitucional, especificamente o artigo 5º, §§ 2º e 3º.

Para tanto, no capítulo 1 se descreveu o panorama normativo brasileiro, explicando-se brevemente o controle de constitucionalidade das leis no país para, por fim, esclarecer o significado da expressão “controle de convencionalidade das leis”.

No capítulo 2 examinou-se o julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal dos Recursos Extraordinários nº 466.343/SP e nº 349.703 e dos Habeas Corpus nº 87.585 e nº 92.566, ocasião em que se discutiu a celeuma existente sobre o status com que os tratados internacionais de direitos humanos se incorporam ao Direito brasileiro, tendo como pano de fundo a questão da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.

Descreveu-se de maneira pormenorizada a divergência dos posicionamentos adotados pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, os quais encamparam, respectivamente, a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados no Brasil com quórum simples e a tese da constitucionalidade material dos tratados internacionais de direitos humanos, ainda que aprovados com quórum simples.

No capítulo 3 explicou-se a tese defendida pelo professor Valério Mazzuoli, pioneiro no desenvolvimento de uma teoria geral do controle de convencionalidade no Direito brasileiro.

Passou-se, assim, à parte final na qual se concluiu o artigo esclarecendo como o Supremo Tribunal Federal adota o controle de convencionalidade das leis, respondendo, assim, a problemática apresentada.

Panorama Legislativo Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade

Não haveria como falar a respeito de controle convencionalidade das leis sem antes defini-lo. Porém, antes mesmo de dar a definição, deve-se abordar o controle de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal.

Por essa razão, é necessário expor as espécies normativas existentes no Brasil, o papel da Constituição Federal diante delas e dar uma breve explanação sobre o controle de constitucionalidade das leis e do papel do Supremo Tribunal Federal nesse controle. Após traçar esse cenário será possível definir o que se entende por controle de convencionalidade das leis.

O arcabouço legislativo brasileiro é constituído por sete espécies normativas. A esse respeito, o artigo 59 da Constituição Federal de 1988 atribui ao processo legislativo a elaboração de emendas à Constituição, de leis complementares, de leis ordinárias, de leis delegadas, de medidas provisórias, de decretos legislativos e de resoluções.

A obediência ao processo legislativo próprio confere à norma vigência. Já para ser válida, o conteúdo da norma deve estar de acordo com a Constituição Federal. Ferrajoli (2008, p. 21) explica a existência de normas inválidas distinguindo duas dimensões de regularidade ou de legitimidade das normas. Para ele, a vigência da norma refere-se à própria existência da norma e está ligada à forma dos atos normativos, à obediência ao processo legislativo para a produção da norma. Já validade da norma e, em se tratando de leis, a constitucionalidade, tem a ver com o conteúdo.

Não obstante as diferenças existentes entre as sete espécies normativas, há um ponto em comum entre elas, consistente no parâmetro de controle da validade. Significa dizer que as sete espécies normativas possuem o mesmo parâmetro de controle de validade¹⁸, qual seja, a Constituição Federal, devendo, portanto, com ela estarem em conformidade, tendo em vista ser a Constituição o instrumento que assegura a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal tem a função de nortear o arcabouço legislativo brasileiro. Ela é a lei fundamental perante a qual a sociedade se organiza e restringe ou exige prestações estatais, seja prescrevendo direitos, deveres e garantias, seja conferindo o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos.

A obediência à Constituição Federal decorre da supremacia da Constituição, ou seja, da

opção feita pelo constituinte originário por um texto dogmático (processo de deliberação baseado nos valores dos constituintes) e rígido (só pode ser alterada por procedimento legítimo e bastante exigente).

Sendo assim, todas as normas que compõem o ordenamento jurídico do país devem se adequar aos parâmetros constitucionais impostos pela Constituição Federal, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

A verificação da adequação da norma infraconstitucional à Constituição Federal é o que se chama por controle de constitucionalidade das leis, ou seja, a Constituição Federal exercendo controle sobre as espécies normativas previstas no próprio texto constitucional.

Há duas formas de controle de constitucionalidade das leis, quais sejam o sistema concentrado, abstrato ou reservado ou de via de ação e o sistema difuso, concreto ou aberto ou de via de exceção. Nos dizeres de Hitters:

Os órgãos jurisdicionais domésticos – e os Tribunais Constitucionais que em determinados países não dependem do Poder Judiciário – exercem o chamado controle de constitucionalidade que importa uma comparação, entre sua Carta Magna e as normas que por seu alcance estão abaixo dela, devendo-se dar prioridade à primeira (trad. livre). (HITTERS, p. 1.427)

Continua o autor poder-se falar de um órgão controlador concentrado, típico de algumas Constituições Europeias, a partir da Austríaca de 1946, onde a revisão das normas abaixo da Constituição é feita exclusivamente por um único órgão desenhado para tal fim; e, em outros casos,

¹⁸ Sobre o controle de constitucionalidade dos decretos legislativos e das resoluções, conferir ADI 5744 e ADI 3.731, respectivamente.

de um controle difuso, como nos Estados Unidos, na Argentina e no México, através de todos os magistrados.

A Constituição brasileira adota as duas espécies de controle, o concentrado, também chamado de austríaco ou europeu, e o difuso, também chamado de americano (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1.116).

O sistema concentrado, abstrato ou reservado ou de via de ação objetiva obter a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, independentemente da existência de caso concreto. É realizado através da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADI por omissão e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

No sistema concentrado, quando o parâmetro de análise é a Constituição Federal e o ato questionado é legislação federal, a competência para a análise da constitucionalidade do ato normativo é do Supremo Tribunal Federal. Esse esclarecimento é necessário porque, em se tratando de questionamento de legislação municipal ou estadual e de alegação de ofensa à Constituição Estadual, a competência será diversa.

Por outro lado, pelo sistema difuso, concreto ou aberto ou de via de exceção todo e qualquer juiz estará autorizado a realizar no caso concreto a análise da compatibilidade do ordenamento jurídico para com a Constituição Federal. Nesse caso, os efeitos da eventual conclusão pela incompatibilidade do ato normativo questionado perante a Constituição Federal ficarão restritos ao caso concreto, de modo que o ato questionado permanecerá válido perante terceiros. No sistema difuso, a análise da constitucionalidade da lei ou ato normativo poderá, portanto, ser feita por qualquer juiz.

O controle de constitucionalidade das leis é mais amplo do que o quadro geral exposto. Possui particularidades que não serão tratadas no presente artigo, tendo em vista não ser o tema central, de modo que as palavras acima traçadas objetivaram resumir o modelo de controle de constitucionalidade das leis no Brasil, limitando-se a esclarecer aspectos necessários à compreensão do controle de convencionalidade das leis.

Assim, a Constituição Federal é o parâmetro de controle de constitucionalidade das leis, não podendo estas contrariar a Constituição Federal, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. A partir daí, será mais fácil compreender em que consiste o controle de convencionalidade das leis.

Controle de Convencionalidade das Leis

É tendência mundial o privilégio às normas de proteção aos direitos fundamentais do homem. Sob a perspectiva jurídica voltada aos direitos e garantias fundamentais, as constituições passam a ser concebidas numa abordagem de aproximação do Direito Internacional com o Direito Constitucional (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1.120).

Os magistrados que compõem a Corte Interamericana utilizam desde o julgamento do caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, cuja sentença data de 25 de novembro de 2003 (MAZZUOLI, 2019, p. 173) a expressão “controle de convencionalidade” (HITTERS, p. 1.428). Já a partir do julgamento do caso “Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguardo Alfaro e outros) vs. Peru”, cuja sentença data de 24 de novembro de 2006 (MAZZUOLI, p. 328), os magistrados passaram a defender que quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, o Poder Judiciário deve realizar não apenas o controle de constitucionalidade, mas também o controle de convencionalidade

das leis, de ofício, evitando a aplicação de leis contrárias às disposições dos tratados internacionais ((HITTERS, p. 1.428).

De maneira simples e direta, o controle da convencionalidade das leis é a compatibilização vertical das normas domésticas em vigor no Estado com os tratados internacionais de direitos humanos mais benéficos em relação às garantias individuais (CAMBI, 2017, p. 246). O controle de convencionalidade consiste na comparação das convenções sobre direitos humanos de que o país seja parte, com as disposições internas do país aderente à convenção (HITTERS, p. 1.428).

No Brasil, se antes o parâmetro de controle da legislação pátria restringia-se ao texto constitucional, isto é, à Constituição Federal e às Emendas à Constituição, agora discute-se a possibilidade desse parâmetro se ampliar para, além da Constituição Federal, os Tratados e Convenções de Direitos Humanos de que o Brasil seja parte serem utilizados como parâmetro de controle das normas. Assim, os juízes nacionais passam a ter o dever de controlar a validade dos atos internos a partir das normas internacionais de direitos humanos (CONCI, 2014, p. 363)

Há três décadas as constituições dos países membros da Corte Interamericana vêm adotando diretrizes de interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da interpretação conforme, do princípio da progressividade e do postulado da interpretação pro homine, ainda que não positivados na respectiva constituição (HITTERS, p. 1.431).

A interpretação conforme consistiria na readequação da interpretação da norma interna para adaptá-la à norma internacional mais favorável aos direitos humanos, para, coma adaptação, manter a incidência da legislação interna, buscando uma hermenêutica que compatibilize a norma interna com os tratados internacionais. Manter-se-á a norma interna conferindo-lhe uma interpretação mais favorável aos direitos humanos (HITTERS, p. 1.431-1.432).

A interpretação segundo o postulado pro homine, por sua vez, consiste em aplicar o princípio hermenêutico em favor da pessoa, aplicando, dentre a regra nacional e a internacional, a que garanta maior benefício à pessoa, numa sistemática chamada de diálogo jurisprudencial entre a justiça local e a internacional (HITTERS, p. 1.434).

A Constituição brasileira, por exemplo, prevê no artigo 5º, § 2º, a necessidade de compatibilização dos direitos e garantias expressos na Constituição a outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como visto, a verificação da conformação da legislação pátria para com a Constituição Federal se dá por meio do controle de constitucionalidade das leis. O controle de convencionalidade das leis, por sua vez, amplia o parâmetro de verificação da compatibilidade das leis, que ultrapassa os limites da Constituição Federal e alcança os tratados e convenções internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.

Nasce, daí, a controvérsia acerca da relação hierárquico-normativa entre os tratados e convenções internacionais e a Constituição Federal. Uma dificuldade em se admitir a supremacia de normas internacionais sobre o direito nacional está em aceitar que essa supremacia não violaria direitos fundamentais de um Estado (MENDES; BRANCO, 2017, P. 1.121). Por isso é necessário estabelecer o status com que os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte adentram no país.

A eficácia e a aplicabilidade do direito internacional no sistema jurídico pátrio é tema há tempos discutido. Historicamente, os autores que trataram da relação entre as fontes normativas do direito

internacional e as fontes normativas do direito interno, bem como da hierarquia existente ou não entre tais dividiam-se basicamente entre as escolas monista e dualista.

Os dualistas entendem que as normas internacionais não têm qualquer validade no âmbito interno dos Estados. Segundo eles, o direito internacional e o direito interno são dois sistemas iguais, independentes e separados, que não se confundem, sendo diversos tanto os sujeitos de direito como a estrutura das duas ordens (DIREITO, 1968, p. 45 - 56).

O monismo, por sua vez, admite a prevalência tanto do direito interno (Hegel), na medida em que o Estado é a síntese de contradições verificadas na realidade, detendo soberania absoluta e não comportando prevalência de nenhum outro sistema jurídico, como do direito internacional (Escola de Viena), porquanto o direito internacional retiraria sua força do direito interno, entendendo como relativo o conceito de soberania (DIREITO, 1968, p. 45 - 56).

No Brasil especificamente o tema controle de convencionalidade começou a ser estudado a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que possibilitou a equivalência dos tratados de direitos humanos a emendas constitucionais, desde que aprovados pelo Poder Legislativo com o quórum qualificado de três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos de votação, conforme disposto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (MENDES; BRANCO, 2017, P. 1.123).

Mas a controvérsia sobre a relação hierárquico-normativa do direito internacional na ordem normativa interna ficou mais evidente no julgamento conjunto dos REs nº 466.343 e nº 349.703 e do HC nº 87.585 e nº 92.566, ocorrido no ano de 2006.

Controvérsia do Status Conferido aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Âmbito do Supremo Tribunal Federal

No tema pertinente às relações entre as fontes normativas do direito internacional e as do direito interno o Supremo Tribunal Federal assumiu posições que oscilaram ao longo do tempo.

Entre as décadas de 1940 e 1950 o STF, ao interpretar o texto constitucional, atribuiu superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil, a exemplo dos seguintes julgados: Apelação Cível nº 7.872/RS, Relator Ministro Laudo de Camargo, e da Apelação Cível nº 9.587/DF, Relator Ministro Lafayette de Andrada.

A partir da década de 1970 houve sensível mudança na jurisprudência do STF, passando a reconhecer a relação de paridade normativa entre as espécies derivadas das mesmas fontes jurídicas, ou seja, convenções internacionais e legislação interna do Brasil.

Em 22/11/2006, ao iniciar o julgamento do RE nº 466.343, o STF debruçou-se novamente sobre a questão da constitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante, equiparado ao depositário infiel através da analogia, tendo em vista que a Lei nº 6.071/1974 concedeu ao credor fiduciário a possibilidade de converter a ação de busca e apreensão em ação de depósito fundada no contrato de alienação fiduciária em garantia nas situações em que o bem não era encontrado ou não se achasse na posse do devedor fiduciante.

O Recurso Extraordinário em questão foi interposto pelo Banco Bradesco visando reformar acórdão proferido pelo TJSP que confirmou sentença proferida pelo juiz de primeiro grau. Este, por sua vez, julgou procedente o pedido do Banco autor para condenar o devedor fiduciante a restituir o veículo ou a entregar o equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas, mas não decretou a prisão por entende-la inaplicável.

O julgamento do RE nº 466.343 iniciou-se em 2006 e findou-se em 2008. Durante o julgamento, foram incluídos nos debates o RE nº 349.703 e os HCs nº 87.585¹⁹ e nº 92.566.

O tema central da controvérsia girou em torno do artigo 5º, inciso LXVII, da CF, segundo o

qual “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Discutiu-se, mais especificamente, a possibilidade de prisão do depositário infiel e de figuras a ele equiparadas através de leis.

O Relator Ministro Cezar Peluso RE nº 466.343 enfrentou a questão da possibilidade ou não da prisão civil do devedor fiduciante equiparado ao depositário infiel através da interpretação da própria Constituição Federal, sem invocar o direito internacional como fundamento de decisão, concluindo pela rejeição da prisão civil do devedor fiduciante.

Para ele, quando a Constituição Federal cria uma exceção ao exercício de um direito individual, no caso liberdade, não pode a legislação infraconstitucional ampliar a exceção. Assim, não poderia a Lei 6.071/1974 aumentar as hipóteses de prisão civil de modo a alcançar o devedor fiduciante ao equipará-lo ao depositário infiel. Neste aspecto, pertinente é a transcrição de trecho do voto do relator:

É o que constava, aliás, do art. 6º da Introdução ao Código Civil, abrogado menos por superação científica que por constituir objeto mais curial à dogmática. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. E é bom não esquecer que a ‘garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso’, nem que, desde GAIO, se reconhece que em todos os assuntos e circunstâncias a liberdade é que merece maior favor. (itálico no original) (RE 466.343/SP, p. 18)

E continuou o Relator a discorrer não se estar longe da época em que se preconizava interpretação literal da Constituição, quando a resposta à questão suscitada resultasse em possível cerceamento de exercício de direitos fundamentais, lembrando que para Rui Barbosa “o Direito se subentende sempre a favor da liberdade, a qual não suporta artifício de condições restritivas por inferência”.

Por essa razão a prisão do devedor fiduciário equiparado ao depositário infiel não se revestiria de legitimidade constitucional, porquanto a legislação não poderia ampliar hipótese excepcional de privação do direito à liberdade.

Voto do Ministro Gilmar Mendes

Em seguida votou o Ministro Gilmar Mendes, cujo resultado seguiu o voto do relator: rejeição do pedido de prisão do devedor fiduciante, negando-se provimento ao recurso. Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes ampliou o julgamento para enfrentar o tema pertinente ao status com que as normas internacionais de direitos humanos adentram no Estado.

¹⁹ No HC 87.585/TO intentava-se conceder liberdade a proprietário de empresa que, celebrando contrato de depósito com a sociedade sucedida pela Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB, não o cumpriu, deixando de restituir à CONAB 2.741.516 quilos de arroz em casca natural. A 2ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Tocantins condenou a empresa depositária a entregar o produto ou seu equivalente em dinheiro, nos termos do art. 11, item 1º, do Decreto 1.102 de 1903, sob pena de ser decretada a prisão civil do proprietário e dirigente. O TRF da 1ª Região negou provimento ao recurso de apelação interposto, contra o qual foi impetrado HC ao TRF da 1ª Região, sem êxito, recurso ordinário em habeas corpus contra o acórdão do TRF da 1ª Região ao STJ que, por decisão monocrática do relator negou seguimento ao recurso. Perante o STF, o Relator Ministro Marco Aurélio deferiu a ordem de soltura do assistido.

Para tanto, explicou haver controvérsia acerca da prisão civil do depositário infiel e proibição da prisão civil decorrente de descumprimento de obrigações contratuais pelas legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969²⁰ – Pacto de San José da Costa Rica –, que no artigo 7º dispõe “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, e do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966²¹, cujo artigo 11 dispõe “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

O Ministro ressaltou que desde a promulgação da Constituição de 1988, o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, de acordo com o qual “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ensejou discussões a respeito do status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sintetizados em quatro frentes abaixo apresentadas, algumas seguidas pela respectiva crítica:

- Vertente que lhes confere natureza supraconstitucional: para essa corrente, os tratados internacionais de direitos humanos teriam preponderância em relação às normas constitucionais, as quais não teriam poderes revogatórios em relação às normas internacionais, de modo que sequer emenda constitucional poderia suprimir a normativa internacional em matéria de direitos humanos subscrita pelo Brasil. Segundo Direito (1968, p. 45-46), o direito internacional e o direito interno são direitos com uma mesma substância de valor e conformação. Para ele, “a destinação universal do Direito das Gentes, enquanto é direito, substancialmente direito, tem como base de sua justificação proteger o homem e, na medida em que se destina ao homem, a sua aplicação imediata é válida e eficaz onde quer que se encontre o homem”.
- Crítica: supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. De acordo com o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no RHC 79.785/RJ, “a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade (CF, art. 201, III, b)”. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, explica que os “poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*” e, por essa razão, ao se celebrar tratados e convenções internacionais devem ser observados o procedimento formal e o conteúdo material da Constituição. Assim, a Constituição, por ser soberana, não ficaria submetida às normas internacionais.
- Vertente que lhes atribui caráter constitucional: o § 2º do artigo 5º da Constituição seria uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil e o § 1º do mesmo artigo asseguraria aplicabilidade imediata nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa. Para essa corrente, a hierarquia

²⁰ O Pacto de San José da Costa Rica foi assinado em novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992.

²¹ O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos foi adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, entrou em vigor em 1976, quando alcançou-se o número mínimo de adesões (35 Estados) e o Congresso Brasileiro aprovou-o através do Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1992, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de abril de 1992 e, desde então, o Brasil assumiu a responsabilidade pela implementação e proteção dos direitos fundamentais nele previstos.

constitucional em relação às normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil somente se daria na hipótese de a norma constitucional ser mais favorável ao titular do direito.

- Crítica: a ideia de hierarquia constitucional dos tratados ocasiona situação singular na Constituição brasileira, diferenciando-a das demais constituições, que já apontam a norma internacional que terá *status* constitucional, a exemplo do que ocorre na Europa em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos que já é apontada pelas constituições como sendo dotada de hierarquia constitucional, dando delimitação exata às normas que comporiam o bloco constitucional. Já no Brasil haveria dificuldade em se saber qual seria o tratado com esta conotação, além do Pacto de San Jose.
- Vertente que reconhece o *status* de lei ordinária a tais diplomas internacionais: os tratados de direitos humanos, a exemplo de qualquer convenção internacional, seriam equivalentes às leis ordinárias e não teriam legitimidade para confrontar ou complementar a Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.
- Crítica: de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, “vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais”.
- Vertente que lhes atribui caráter supralegal: é a tese mais bem acolhida pelo Ministro Gilmar Mendes. Os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, mas estariam acima da legislação infraconstitucional por possuírem caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais que tratam de matéria diversa a direitos humanos.

Após expor as teses em relação à matéria, o Ministro Gilmar Mendes explicitou o posicionamento pessoal em relação à questão e concluiu o voto. Segundo ele:

“[] desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”.

Importante salientar, por fim, por honestidade de pensamento, que a tese da supralegalidade dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil foi tratada pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Sepúlveda Pertence no voto condutor proferido no RHC 79.785 de 22/11/2002²².

Voto do Ministro Celso de Mello

²² Min. Sepúlveda Pertence: a hierarquia está “ínsita em preceitos inequívocos” da Constituição, “como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). O Ministro aceito, assim, “sem certezas suficientemente amadurecidas, a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (RHC 79.785).

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, apresentou voto cujo resultado, a exemplo do voto do Ministro Gilmar Mendes, assemelhava-se ao voto do Relator, ou seja, pela rejeição do pedido de prisão do devedor fiduciante.

Nas razões de decidir, entretanto, desenvolveu posicionamento diverso do explicitado pelo Ministro Gilmar Mendes no que diz respeito ao *status* com que as normas internacionais de direitos humanos adentram nos Estados. Para ele, as normas internacionais de direitos humanos possuem *status* constitucional, ou seja, equiparam-se à própria Constituição, independentemente de se submeterem ao procedimento legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

O procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal conferiria às normas internacionais de direitos humanos a formalidade constitucional, equiparando-as a emendas constitucionais.

Já os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas não aprovados pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, seriam, ainda assim, materialmente constitucionais e comporiam do chamado bloco de constitucionalidade, ao lado das normas constitucionais e dos tratados internacionais de hierarquia constitucional no plano interno (CONCI, p. 1.469).

Portanto, no julgamento dos processos em questão, o Supremo Tribunal Federal dividiu-se quanto ao status hierárquico-normativo com que os tratados e convenções internacionais e direitos humanos não incorporados pelo rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal adentrariam no âmbito normativo interno.

Para a corrente majoritária, encampada pelo Ministro Gilmar Mendes, tais normas internacionais adentrariam no sistema normativo pátrio com aspecto supralegal, de modo que as normas anteriores e a ela divergentes seriam revogadas e as normas posteriores e contrárias seriam inconventionais (não ultrapassariam o controle de convencionalidade).

Para a corrente minoritária, encampada pelo Ministro Celso de Mello, o status conferido a tais normas internacionais seria de constitucionalidade e, conseqüentemente, as leis contrárias seriam inconstitucionais, e não, inconventionais.

Ao final do julgamento prevaleceu, então, a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes de status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e, como resultado do julgamento, fixou-se o não cabimento no Brasil de nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, porque todas as leis ordinárias em sentido contrário ao art. 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 foram por esta derogadas.

Acerca da matéria a Corte suprema, editou, inclusive, a súmula 25, segundo a qual “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Desde então, a proibição da prisão civil de depositário infiel é peremptória, inexistindo qualquer dúvida sobre sua vedação.

Posição defendida por Valério Mazzuoli

A importância do Professor Valério Mazzuoli para o tema controle de convencionalidade das leis consiste no fato de ter sido o primeiro a tratar sistematicamente da técnica dos controles difuso e concentrado de convencionalidade, bem como do controle de supralegalidade das leis na tese de doutoramento aprovada *summa cum laude* por unanimidade, intitulada Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis (MAZZUOLI, 2018), defendida em 4 de novembro de 2008, um mês antes

da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos REs nº 466.343 e nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566, ocorrido em 03 de dezembro de 2008.

Na nota prévia à 5ª edição da monografia o autor exemplifica a abordagem do tema controle de convencionalidade pela jurisprudência invocando a Recomendação n.º 1, de 25.01.2017, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins, que, nas palavras do autor, “pioneiramente entre os tribunais brasileiros, resolveu ‘recomendar aos magistrados que observem os tratados de direitos humanos e utilizem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) quando da prolação de despachos, decisões e sentenças’ (art. 1º)” (MORAIS, 2017).

A Recomendação n.º 1 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins coloca em prática a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso J. vs Peru²³, segundo a qual os juízes em todos os níveis de jurisdição têm a obrigação de exercer de ofício o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Entretanto, ainda que o controle de convencionalidade seja exercido de ofício, os magistrados não podem ignorar os pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência impostas na legislação interna para que não haja ofensa ao princípio do devido processo legal (HITTERS, p. 1.433).

Para Mazzuoli, todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e em vigor no país têm status de normas constitucionais, independentemente do quórum de aprovação, por força do disposto no art. 5º, §2º da Constituição Federal.

Consequentemente, os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são, assim como a Constituição, paradigma de controle da produção normativa brasileira, ao qual se nomina de controle de convencionalidade das leis.

Do mesmo modo que ocorre com o controle de constitucionalidade das leis, também o controle de convencionalidade das leis poderia se dar tanto na via de ação (controle concentrado), quanto pela via de exceção (controle difuso) (HITTERS, p. 1.432).

A diferença entre a aplicação dos dois tipos de controle é que a via de ação seria pertinente somente aos tratados internacionais aprovados pelo quórum qualificado do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, enquanto que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal autorizaria o controle pela via de exceção, arguindo-se a inconveniência das leis em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no plano interno.

O controle de convencionalidade das leis pela via de exceção pode ser aplicado por qualquer magistrado do Brasil. O sentido é que os juízes de primeiro grau de jurisdição, em especial, executem o controle primário das leis e adotem as normas domésticas e as internacionais que acharem convenientes ao caso concreto (HITTERS, p. 1.436).

Daí se tem que os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado, ou seja, aprovados com o quórum especial do art. 5º, § 3º, da CF, autorizariam a propositura das ações do controle abstrato, quais sejam ADI, ADC, ADPF etc. para atacar a validade de norma interna que lhes violasse.

O status de supralegalidade dos tratados internacionais, por sua vez, ficaria resguardado somente àqueles que aventassem matéria diversa de direitos humanos, ratificados e em vigor no Brasil.

²³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso J. vs Peru, Sentença de 27 de novembro de 2013, Série C n.º 275, par. 407.

Assim, de acordo com Mazzuoli, haveria no Brasil, além do controle de legalidade (entre um decreto e uma lei, por exemplo), o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade e o controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais.

Para o doutrinador, a produção normativa brasileira contaria com um duplo limite vertical material. O primeiro limite seria a Constituição e os tratados de direitos humanos (aprovados ou não pelo quórum especial previsto no art. 5º, § 3º, da CF) e o segundo limite seriam os tratados internacionais comuns.

Conclusão

A posição predominante no Supremo Tribunal Federal é, desde 2008, aquela proclamada no julgamento conjunto REs nº 466.343/SP e nº 349.703 e dos Habeas Corpus nº 87.585 e nº 92.566, encampada pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustentou a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em oposição à tese defendida pelo Ministro Celso de Mello que conferia hierarquia constitucional a tais tratados, em conformidade com a tese defendida pelo Professor Valério Mazzuoli.

Para o STF, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas não aprovados com o quórum previsto no art. 5º, § 3º, da CF, possuem status supralegal e servirão de paradigma para o controle difuso de supralegalidade (ou de convencionalidade); e os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da CF servirão de paradigma para o controle de convencionalidade concentrado perante o STF ou perante qualquer magistrado por meio do controle difuso.

Por fim, conclui-se que o controle de convencionalidade defendido por Mazzuoli é diverso daquele defendido pelo STF, correspondente à tese majoritária encampada pelo Ministro Gilmar Mendes, na medida em que Mazzuoli confere aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil status constitucional, independentemente do quórum de aprovação pelo Congresso Nacional, autorizando-os a serem paradigma de exercício do controle de convencionalidade das leis, o qual estaria no mesmo patamar do controle de constitucionalidade das leis, com a diferença de que, neste, o paradigma é a Constituição Federal, defendendo, ainda, que os tratados internacionais seriam paradigma do controle de supralegalidade das leis, localizando-se em patamar superior à legislação ordinária, tese não aceita pelo STF, segundo o qual tais tratados teriam status de lei, não servindo como parâmetro de controle da validade das leis.

Assim, não obstante a tese adotada por Mazzuoli dê maior abertura à integração dos tratados internacionais no âmbito normativo brasileiro, fenômeno que corresponde a uma tendência mundial de internacionalização do Direito, no Brasil não se pode negar *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados sem quórum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974**. Brasília, DF, 3 jul. 1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785**, Plenário, Brasília,

DF, 29 de março de 2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=225&dataPublicacaoDj=22/11/2002&incidente=1791517&codCapitulo=5&numMateria=38&codMateria=1>. Acesso em 01.07.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. **Recurso Extraordinário nº 466.343**, Plenário, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=104&dataPublicacaoDj=05/06/2009&incidente=2343529&codCapitulo=5&numMateria=17&codMateria=1>. Acesso em 17.06.2019.

CAMBI, Eduardo. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 102/2017, p. 245-268.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**. vol. 232/2014, p. 363-390.

Corte IDH. **Caso J. vs Peru, Sentença de 27 de novembro de 2013, Série C, n.º 275, par. 407**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf]. Acesso em 29.06.2019.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **O estado moderno e a proteção dos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Freitas de Barros, 1968.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

HITTERS, Juas Carlos. Controle de Convencionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. vol. 10/2015, p. 1.427-1.465.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais**. São Paulo: Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS, Roniclly Alves de. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Poder Judiciário Tocantinense: internalização da jurisprudência da Corte como forma de aplicação dos direitos humanos e conhecimento dos tratados internacionais**. Palmas, TO, 2017. Orientador: Gustavo Pachal Teixeira de Castro Oliveira.

Recebido em 09 de setembro de 2019. Aceito em
21 de fevereiro de 2020.

ANEXO II

Artigo – Aprovado para publicação, em processo de edição - Revista de Direito Brasileira – *Brazilian Journal of Law* – RDB – Florianópolis, v. 29, n. 11 – Mai/Ago. 2021 – ISSN 2237-583X – Qualis Periódico – Interdisciplinar – B1; Direito – A1.

Autores:

Ana Paula Ribeiro Soares

Vinícius Pinheiro Marques

Título:

BREVES CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-CONCEITUAIS SOBRE PROCESSO E JURISDIÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

COMPROVAÇÃO DE SUBMISSÃO

Comunicação entre editor/autor

Comunicação entre editor/autor

Editor
2021-05-12 05:34

Assunto: [RDB] Decisão editorial

[Excluir](#)

Senhora Ana Paula Ribeiro Soares,

Foi tomada uma decisão sobre o artigo submetido à revista Revista de Direito Brasileira, "BREVES CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-CONCEITUAIS SOBRE PROCESSO E JURISDIÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA".

A decisão é: Aprovado com pequenos ajustes.

Pedimos, por gentileza, que as correções solicitadas pelo avaliador sejam consideradas no artigo. O resultado da avaliação está abaixo.

O prazo para o recebimento da nova versão se encerra em 11/06/2021.

Por gentileza, deixe marcado o texto às alterações sugeridas para facilitar a visualização do parecerista, você pode utilizar o recurso do editor de texto (Word).

Importante também se atentar ao cumprimento das regras nas Diretrizes para autores da revista.

A nova versão corrigida deverá ser submetida na plataforma no campo "versão do autor".

Qualquer dúvida ou dificuldade, encaminhar para o e-mail: rdbconpedi@gmail.com

Atenciosamente,
Equipe Editorial.

Avaliador A:

O artigo obedece às normas da ABNT?:
Em termos

O artigo consegue utilizar adequadamente a base teórica?:
Em termos

O conteúdo do artigo reflete o estado atual do conhecimento na área, contendo referências pertinentes e atualizadas?:
Em termos

Modificações necessárias na utilização do sistema de referência às fontes ou mesmo referências de modo inadequado (Caso existam):
Fazer a revisão de ABNT e de adequação às diretrizes da revista

Atenciosamente,
Marcelo Galuppo

REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA - RDB
BRAZILIAN JOURNAL OF LAW
www.rdb.org.br
Facebook: <https://www.facebook.com/Revista-de-Direito-Brasileira-RDB-1045774685521411/>

f
t
+
+

REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA

RDB BRAZILIAN JOURNAL OF LAW



- Capa
- Sobre
- Página do usuário
- Pesquisa
- Atual
- Anteriores
- Notícias
- Estatísticas
- Indexação
- Código de Conduta Editorial
- Author fees
- Diretrizes para autores
- Política de Governança
- Membros do CONPEDI

Capa > Usuário > Autor > Submissões Ativas

Submissões Ativas

ATIVO ARQUIVO

ID	MM-DD ENVIADO	SEÇÃO	AUTORES	TÍTULO	SITUAÇÃO
6797	09-12	JC	Scoares, Marques	BREVES CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-CONCEITUAIS SOBRE PROCESSO E...	Em Edição

e-ISSN: 2358-1352
ISSN: 2237-583X

IDIOMA
BR BR BR BR BR

USUÁRIO

Logado como:
anapaularis02

Meus periódicos
Perfil
Sair do sistema

BREVES CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-CONCEITUAIS SOBRE PROCESSO E JURISDIÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Ana Paula Ribeiro Soares¹
Vinícius Pinheiro Marques²

RESUMO

O acesso à justiça na sua dimensão substancial surge, no atual contexto histórico, como fundamental à realização dos direitos humanos e traz consigo a necessidade de compreensão de determinados institutos jurídicos que com ele se relacionam: o processo, a jurisdição e a decisão judicial. O presente artigo busca, a partir de uma perspectiva reflexiva, apresentar considerações pontuais sobre aspectos teórico-conceituais de processo, jurisdição e decisão judicial e a importância desses institutos para a efetivação do acesso à justiça. Para tanto, no plano metodológico, foi utilizada a abordagem qualitativa e o raciocínio lógico-dedutivo, o que possibilita a compreensão dos institutos a partir de pressupostos teórico-conceituais gerais, levando a conclusões específicas derivadas e correlacionadas às deduções gerais e primárias. O trabalho foi dividido em cinco seções: a introdução; a segunda seção apresenta aspectos teórico-conceituais de processo e jurisdição e a inserção da prestação jurisdicional no rol dos direitos fundamentais; a terceira seção analisa a inserção do acesso à justiça e da prestação jurisdicional no rol dos direitos e garantias fundamentais e a evolução da garantia formal para o direito substancial; a quarta seção trabalha a relação entre processo, jurisdição e decisão judicial, e a importância desta como instrumento de desvelamento da verdade processual a ser concretizada; e por fim foram apresentadas considerações finais de natureza reflexiva.

Palavras-chave: Processo. Jurisdição. Decisão Judicial. Acesso à Justiça. Prestação Jurisdicional.

ABSTRACT

Access to justice in its substantial dimension emerges, in the current historical context, as fundamental to the realization of human rights and brings with it the need to understand certain legal institutes that relate to it: the process, jurisdiction and judicial decision. This article seeks, from a reflexive perspective, to present specific considerations on theoretical-conceptual aspects of the process, jurisdiction and judicial decision and the importance of these institutes for the realization of access to justice. Therefore, at the methodological level, a qualitative approach and logical-deductive reasoning were used, which enables the understanding of institutes based on general theoretical-conceptual assumptions, leading to

¹¹ Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT - (PPGPJDH); Especialista em Teoria da Decisão Judicial pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT; Graduada no Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

² Doutor em Direito, professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (PPGPJDH) da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor da Graduação em Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA) e da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Advogado.

specific conclusions derived and correlated to general and primary deductions. The work was divided into five sections: the introduction; the second section presents theoretical-conceptual aspects of process and jurisdiction and the insertion of the judicial provision in the list of fundamental rights; the third section examines the insertion of access to justice and judicial provision in the list of fundamental rights and guarantees and the evolution and formal guarantee to substantial law; the fourth section works on the relationship between process, jurisdiction and judicial decision, and the importance of this as an instrument of unveiling the procedural truth to be realized; and finally final considerations of a reflexive nature have been presented.

Keywords: Process. Jurisdiction. Judicial Decision. Access to Justice. Judicial Provision.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais presentes nas ordens jurídico-constitucionais contemporâneas revelam novas possibilidades de olhar e de desenvolvimento do Direito como conhecimento científico, ressignificando e redimensionando os seus institutos, ampliando os horizontes de conhecimento e, sobretudo, de sua aplicação, adequando-os à realidade hodierna, que se conforma numa série de demandas jurídicas, sociais, econômicas, políticas e culturais.

O atual contexto histórico tem sobre si a marca fluídica das fronteiras dos direitos, os quais, antes de serem sociais, econômicos, civis, políticos, são direitos humanos. Pensar o direito é, antes de tudo, pensar o homem e sua humanidade. Essa é a marca que o distingue dos demais animais. É na humanidade do homem que se encontra a ação transformadora da sua existência e o direito é a manifestação dos limites e das possibilidades que o homem culturalmente construiu para exercê-la em todas as suas dimensões.

A dimensão substancial do acesso à justiça surge no atual contexto histórico como fundamental à realização dos direitos humanos e traz consigo a necessidade de compreensão de institutos jurídicos que se relacionam produzindo e sendo produzidos pelo direito, dentre os quais se encontram o processo, a jurisdição e a decisão judicial.

A partir de uma perspectiva reflexiva, o presente artigo busca apresentar breves considerações pontuais sobre aspectos teórico-conceituais de processo, jurisdição e decisão judicial e sua importância para a efetivação do acesso à justiça.

Para tanto, no plano metodológico o estudo desenvolvido pautou-se no raciocínio lógico-dedutivo para possibilitar a compreensão dos institutos em análise a partir de pressupostos teórico-conceituais gerais, levando a conclusões específicas, derivadas e correlacionadas às deduções gerais e primárias que subsidiarão o estudo. A abordagem utilizada foi a qualitativa e tem como propósito repensar e estabelecer conexões teórico-conceituais sobre os institutos jurídicos em comento.

Para tanto, o presente artigo foi dividido em cinco seções. A primeira consiste na presente introdução.

A segunda seção tem como objetivo apresentar, pontualmente, aspectos teórico-conceituais de processo e jurisdição e a inserção da prestação jurisdicional no rol dos direitos fundamentais.

A terceira seção delinea, a partir de considerações específicas, a inserção do acesso à justiça e da prestação jurisdicional no rol dos direitos e garantias fundamentais e a necessária transposição do seu lugar de ação como direito formal para direito substancial.

A quarta seção apresenta a relação entre processo, jurisdição e decisão judicial, e a importância desta como instrumento de desvelamento da verdade processual a ser

concretizada, efetivando o acesso à justiça na sua dimensão substancial por meio da prestação jurisdicional.

A quinta seção traz as considerações finais, lançadas numa perspectiva reflexiva, sobre as quais poderão ser pensadas novas possibilidades de análise.

2. ASPECTOS TEÓRICO-CONCEITUAIS DE PROCESSO E JURISDIÇÃO E A INSERÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento do Direito enquanto instrumento de poder e controle social perfaz milênios de construção histórica e revela uma plasticidade que se adapta no tempo e no espaço às macroestruturas de poder, pois se constitui como instrumento essencial à própria concepção existencial de Estado, com o qual se entrelaça, sustentando e sendo por ele mantido, refletindo uma interação quase que mutualística. O paralelo da interação mutualística não se configura na sua plenitude, mas apenas se manifesta como aproximação figurativa em razão da capacidade que o Direito possui de superar a existência do Estado e, por um processo complexo de transmutação de sua própria natureza constitutiva, transformar-se em algo novo, sem, contudo, abandonar suas origens.

Numa perspectiva ampla, a simples possibilidade de se nomear algo como direito já o coloca no status de fundamental, essencial, necessário a alguém em uma relação interpessoal, passível de conflito de interesses, de determinar-se como fato jurídico.

No entanto, há direitos que, por razões históricas, políticas, sociais, econômicas, por contingências de natureza fenomenológicas, tornaram-se e se tornarão mais fundamentais do que outros, pois, sem eles, os demais não subsistirão e tornar-se-ão inócuos, reles palavras ao vento, sem bases sólidas que os concretizem no plano da vida real.

A título de exemplo têm-se o acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional, os quais são garantias processuais fundamentais, asseguradas no bojo do texto constitucional pátrio, cuja efetivação é essencial para a proteção e exigibilidade de outros direitos, igualmente fundamentais, que possam ser obstados de seus titulares. Neste sentido, elas compõem um sistema de proteção da lei fundamental, em prol da segurança da pessoa, da vida e da liberdade humana.

A prestação jurisdicional se constitui como consectário lógico do acesso à justiça. Este não se realiza sem aquela. O direito como norma não se realiza sem o agir voltado a sua concretização, a qual se dá através da prestação jurisdicional, que se realiza por meio do processo e da jurisdição, os quais viabilizam, por meio da dinâmica processual, a transmutação da norma *in abstracto* em norma concreta, individualizada no bojo da decisão judicial.

Logo, a compreensão adequada do acesso à justiça e da prestação jurisdicional como direitos/garantias fundamentais, e da construção da decisão judicial, concretizadora do direito posto, torna premente a análise pontual de aspectos teórico-conceituais de dois institutos fundamentais de teoria geral do processo: processo e jurisdição.

O processo pode ser definido a partir de diversas perspectivas. Etimologicamente, processo provém do latim *processus*, derivado de *procedere*, que significa avançar, caminhar para frente, dar um passo depois do outro. Fora do campo jurídico, numa concepção comum, representa a continuação de uma série de operações variadas vinculadas pela unidade do seu fim.

Até o século XIX, o Direito Processual não possuía uma autonomia em relação ao estudo do Direito Material, os estudos sobre aquele se constituíam em apêndice deste, levando-o a ser uma simples operação de meio/fim. Ocorre que o processo não se constitui como um simples instrumento, um mero caminhar para frente, ele é algo maior, específico e complexo, que demanda operadores habilidosos e conhecedores do seu lugar de ação e movimento para manejá-lo apropriadamente, trazendo, com isso, a harmonia que se materializa na efetivação do direito reclamado (PASSOS, 2000, p. 74).

A complexidade do Direito Processual fez surgir diversas dimensões conceituais de processo. Dentre elas, sem deixar de considerar a existência de outras possibilidades teórico-conceituais, visibiliza-se o processo como relação jurídica, como situação jurídica, como método complexo e cooperativo de exercício da jurisdição. Uma não exclui a outra, elas se complementam e se amplificam, tornam o processo orgânico, vivo, dinâmico, destinado a concretizar a norma *in abstracto*.

Da ordem cronológica do desenvolvimento teórico-conceitual de processo, emerge a concepção de processo como relação jurídica sistematizada e adotada por Oskar von Bülow (*apud* DINAMARCO, 2002, p. 88), o qual concebe o processo como uma relação jurídica que avança gradualmente e se desenvolve de modo progressivo entre o tribunal e as partes, devendo ser observados três elementos essenciais que distinguem a relação jurídica processual da relação substancial litigiosa levada ao processo: a) os sujeitos, uma vez que o juiz, no cumprimento de sua função estatal e sem envolvimento na situação jurídico-substancial, integra o processo; b) o seu objeto, que não é o bem da vida procurado pelo demandante, mas a própria atuação jurisdicional; e c) os pressupostos processuais.

Dessa forma, para Bülow (*apud* DINAMARCO, 2002, p. 88) a relação jurídica processual é complexa, evolutiva e de direito público, sendo a própria essência do conceito de processo e “por força dela, de um lado o juiz assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum”.

O processo como situação jurídica³, foi a tese adotada por James Goldschmidt em contraposição à teoria da relação jurídica processual formulada por Bülow. Para Goldschmidt (2003, p. 21), o direito é um conjunto de imperativos que devem ser seguidos pelos submetidos às normas jurídicas. Assim, quando o direito, por meio do processo, assume uma posição dinâmica, sofre uma mutação estrutural, pois o que era, numa visão estática, um direito subjetivo, se transmuta em possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento por meio da sentença), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de realizar certos atos para prevenir eventual sentença desfavorável).

No plano jurídico, Piero Calamandrei (1999, p. 253) considera o processo “uma série de atividades que devem se levar a cabo para chegar a obter a providência jurisdicional”. Isso porque a obtenção da providência jurisdicional não é espontânea, o pronunciamento da sentença e a conseqüente execução forçada de seu provimento não ocorre de forma autônoma pelo órgão judicial, “é necessário que cumpram numerosos atos que se sucedem num período de tempo mais ou menos longo, o conjunto dos quais, considerados como uma unidade em vista do fim que os reúne, constitui empiricamente o processo em sentido judicial” (CALAMANDREI, 1999, p. 254).

Calamandrei (1999) chega a comparar o processo judicial a um drama com seus personagens e episódios, cujo epílogo seria representado pelo pronunciamento da providência jurisdicional:

³ Essa tese, embora tenha sido rejeitada por muitos processualistas, contribuiu com diversos conceitos para o desenvolvimento da ciência processual, tais como os conceitos de ônus, sujeição.

Quem se ponha a observar o modo como se desenvolve um processo judicial, civil ou penal, vê, com efeito, que o mesmo consiste numa série de atividades realizadas por homens, que colaboram para a consecução do objeto comum que consiste no pronunciamento de uma sentença ou em colocar em prática uma medida executiva; essa colaboração não é simultânea, senão sucessiva, de modo que as várias atividades que devem ser realizadas pelas distintas pessoas que tomam parte no processo, distribuem-se no tempo e no espaço seguindo uma certa ordem lógica, quase como num drama teatral em que as intervenções dos atores se sucedem não por causalidade, senão seguindo o fio da ação, de maneira que a frase sucessiva está justificada pela precedente e, por sua vez, de ocasião à que vem depois; a ordem na qual se desenvolve o discurso dos interlocutores não poderia se alterar sem destruir o sentido (CALAMANDREI, 1999, p. 254).

As atividades que compõem o processo, materialmente distintas e separadas cronologicamente uma das outras, formam uma série contínua que se unem pela unidade do fim e constituem atos jurídicos na forma de atos processuais. Esses atos processuais, no processo judicial, devem ser ordenados seguindo o sistema da legalidade das formas processuais, segundo o qual as atividades que direcionam o pronunciamento jurisdicional não podem ser realizadas no modo e na ordem que os interessados entendam ser a mais apropriada ao caso, mas devem, para ter eficácia jurídica, ser realizados de acordo com o que a lei estabelece (CALAMANDREI, 1999, p. 255-256).

Os atos processuais, como componentes de um procedimento único, são realizados por distintas pessoas que colaboram no processo de forma dialética, numa sequência de ações e reações, ataques e defesas. Cada sujeito provoca com a sua atividade o movimento de outros sujeitos e espera deles um novo impulso para se pôr novamente em movimento. Essa dinâmica reflete uma relação contínua entre os sujeitos do processo, a relação jurídica processual, que busca alcançar uma finalidade que é o provimento jurisdicional. Enquanto essa finalidade não for alcançada, a relação jurídica processual continua existindo (CALAMANDREI, 1999, p. 267-275).

Seguindo semelhante linha de análise, mas com enfoque contemporâneo, Fredie Didier Jr. (2019, p. 36) apresenta a definição de processo a partir da Teoria da Norma Jurídica e Teoria do Fato Jurídico, podendo ser compreendido como método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica.

Para a Teoria da Norma Jurídica⁴, processo é o método de criação de fontes normativas, consequentemente, de normas jurídicas. O poder de criação de normas jurídicas deve ser exercido processualmente, ao exemplo do processo legislativo (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), do processo administrativo (produção de normas pela Administração Pública), do processo jurisdicional (produção de normas individuais pela jurisdição) e do processo negocial (criação de normas particulares pela autonomia privada) (DIDIER JR., 2019, p. 36-37). Considerando esses processos de construção de atos normativos, recebe destaque para este estudo o processo como método de exercício da jurisdição voltado à construção da decisão judicial.

Para a Teoria do Fato Jurídico, processo é uma espécie de ato jurídico complexo, portanto, sinônimo de procedimento. Como procedimento, é composto por vários atos jurídicos (atos processuais) que se sucedem no tempo e são relacionados entre si com um objetivo comum: a prestação jurisdicional (DIDIER JR., 2019, p. 37-38).

Seguindo essa linha, Carnelutti, citado por Carreira Alvim (2015, p. 12), define processo como “o conjunto de atos destinados à formação ou à atuação de comandos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração, para tal fim, de pessoas interessadas (partes), com uma ou mais pessoas desinteressadas (juízes)”.

⁴ Ao tomar como ponto de partida a Teoria da Norma Jurídica, Fredie Didier parte do referencial teórico kelseniano, aplicando-o ao desenvolvimento do conceito de processo e procedimento.

Ainda de acordo com a Teoria do Fato Jurídico, no plano da eficácia dos fatos jurídicos, processo pode ser definido como o conjunto de relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça, etc.) e formam uma relação jurídica complexa. Essa relação jurídica complexa é composta por uma série de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo (DIDIER JR., 2019, p. 39).

Em todas as acepções apresentadas, verifica-se o processo como um instrumento complexo, orgânico, cooperativo, composto por vários atos jurídicos e que forma uma relação jurídica processual, que resulta num provimento jurisdicional, corporificado na decisão judicial, o qual tem por finalidade a resolução de um litígio, um conflito de interesses. O Estado, no exercício da função jurisdicional, de maneira imparcial e equidistante dos interesses das partes, de maneira cooperativa, mas impositiva, utiliza o processo como instrumento de resolução de conflitos segundo determinadas regras estabelecidas no ordenamento jurídico, garantindo, por meio dele, o acesso à justiça.

Outro instituto fundamental para a compreensão da decisão judicial e que tem ligação intrínseca e direta com a prestação jurisdicional é a jurisdição. Jurisdição, cujo termo vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer) significando etimologicamente a dicção do direito, é, num primeiro plano, uma função estatal, pela qual o Estado se substitui aos titulares dos interesses em conflito para buscar a pacificação do conflito, de forma imparcial e impositiva.

Tal qual o processo, a jurisdição não deve ser definida de forma simples, pois ela é mais que o mero dizer o direito, ela se lança para além das fronteiras funcionais que lhe são atribuídas. Ela se constitui como poder, função e atividade.

A tríplice dimensão da jurisdição é tratada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 147), os quais destacam que, além de função estatal, a jurisdição também representa poder, função e atividade. Representa um poder estatal, como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; como função implica no encargo que os órgãos estatais tem de promover a pacificação dos conflitos através da realização do direito justo e por meio do processo; como atividade consiste no complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função atribuída pela lei.

A tríplice dimensão da jurisdição é o resultado de um processo evolutivo de estudo do instituto, sobre o qual outras concepções teóricas foram desenvolvidas, algumas superadas, mas que se constituíram como fundamental à contemporânea concepção e compreensão do instituto.

Dentre as teorias primárias acerca da jurisdição encontra-se a defendida por Chiovenda, a qual afirma que o juiz atua na vontade concreta do direito e a ele bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador. O direito corresponderia à norma geral e preexistente a ser declarada pela jurisdição. Assim, um juiz poderia solucionar qualquer caso mediante a aplicação de normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente e não demandaria qualquer esforço interpretativo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 126). Tal teoria resume a jurisdição a uma atividade meramente declaratória, o que não se admite na atual ordem jurídica.

Chiovenda também considerou que a substitutividade é a característica da jurisdição que a distingue das demais funções estatais. Assim, ao exercer a jurisdição, o Estado substitui a vontade das partes e apresenta a solução do problema levado à apreciação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 147). Tal característica e sua definição se tornou um traço teórico-conceitual marcante da jurisdição e se constitui em uma de suas características elementares.

A teoria de Carnelutti defende que o juiz, ao compor a lide, cria a norma individual que regula o caso concreto. Assim a sentença, ou norma individual, concretiza a norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico. Essa norma individual não deve ser considerada

ato criativo do magistrado, pois ele deve fundamentar a sentença em uma norma superior, de modo que estaria subordinado ao princípio da supremacia das leis (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 127).

Ao considerar que o juiz não cria propriamente o direito quando sentencia com base em uma norma superior, Carnelutti se alinha às ideias de Kelsen quando este afirma que “o ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador” (KELSEN, 1998, p. 390).

Da mesma forma que a tese anterior, pode-se considerar que esta não responde aos valores do atual Estado Constitucional, pois ao se restringir ao princípio da supremacia da lei, afasta a possibilidade de se atribuir sentido e valor ao caso concreto, considerando suas particularidades de forma a reconstruir a ordem jurídica por meio da interpretação e da aplicação dos princípios constitucionais.

Contemporaneamente, após diversas mudanças por que passou o Estado e o Direito Processual Civil, a jurisdição é compreendida como algo muito mais amplo do que dizer o direito e compor a lide mediante a criação de uma norma individual. Fredie Didier Jr. define jurisdição como uma “função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo / efetivando / protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas e em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível” (DIDIER JR., 2019, p. 189). Tal definição será examinada em seus elementos com o objetivo de demonstrar sua adequação ao atual modelo de Estado.

A primeira característica diz respeito à substitutividade. A jurisdição é uma técnica de resolução de conflitos por heterocomposição, em que o magistrado, como um terceiro imparcial, estranho ao conflito e desinteressado dele, substitui a vontade das partes e soluciona o problema apresentado. Chiovenda considerou que a substitutividade é a característica da jurisdição que a distingue das demais funções estatais. Assim, ao exercer a jurisdição, o Estado substitui a vontade das partes e apresenta a solução do problema levado à apreciação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 147).

A imperatividade e a inevitabilidade da jurisdição é outra característica que merece destaque. Como manifestação de um poder, a jurisdição determina-se de forma imperativa, impositiva. Contudo, o próprio Estado pode autorizar o exercício da jurisdição por outros agentes, como ocorre com a arbitragem (DIDIER JR., 2019, p. 192).

A jurisdição também é uma atividade criativa, no sentido de que se recria a norma jurídica do caso concreto a partir da fundamentação da decisão, ou se recria a norma abstrata que deve regular o caso concreto. Para a formulação da norma jurídica individualizada, verifica-se a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, compreendendo as peculiaridades do caso concreto para encontrar na norma geral e abstrata, uma solução em consonância com as normas constitucionais (DIDIER JR., 2019, p. 196-197).

A jurisdição é considerada uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos, seja pelo reconhecimento judicial (através da sentença numa tutela de conhecimento), pela sua efetivação (através de uma atividade executiva) ou por sua proteção (por medidas cautelares, inibitórias ou de segurança).

Assim, verifica-se uma ruptura com a ideia de que a função jurisdicional é cumprida somente com a edição da sentença, devendo ela ir mais além, de forma que a jurisdição não pode mais significar somente “dizer o direito”, pois muitas vezes é necessário adotar uma medida executiva adequada para a efetivação do direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 153-154).

A atividade jurisdicional atua sempre sobre uma situação concreta. Essa é mais uma de suas características. Dessa forma, o raciocínio do órgão jurisdicional é sempre problemático, levado a resolver um problema concreto, mesmo nos processos objetivos de

controle de constitucionalidade haverá uma situação concreta, embora não individual, que será submetida à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (DIDIER JR., 2019, p. 199).

Outras características marcantes da jurisdição são a insuscetibilidade de controle externo e a imutabilidade ou definitividade. Assim, a última decisão sobre a situação concreta não pode ser submetida ao controle de nenhum outro Poder. Ademais, a jurisdição está voltada a solucionar os conflitos de interesse de forma definitiva, imutável, produzindo coisa julgada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 183).

A projeção da prestação jurisdicional ao status de direito/garantia fundamental torna cada vez mais importante o seu estudo sob a ótica constitucional. Tendo em vista essa perspectiva, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019, p. 130) apresentam uma teoria sobre a jurisdição a partir do Estado Constitucional, em que a lei tem sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, de forma que ao juiz não basta solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas, como um agente de poder, deverá interpretar adequadamente a lei, estabelecendo o controle de sua constitucionalidade para solucionar os litígios levados à sua apreciação.

A jurisdição no Estado Constitucional, embora não seja descritiva de uma norma jurídica, não é criativa de normas jurídicas – a jurisdição implica numa atividade de reconstrução interpretativa mediante um processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica. É uma atividade que conta necessariamente com a colaboração da Constituição e da legislação para ser legítima, não criando *ex novo* normas jurídicas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 186).

Ainda, no tocante à jurisdição e seu lugar no Estado Constitucional, destaca-se que o seu plano criativo não se extingue, mas encontra um limite. Embora exista margem à criatividade no seu desenvolvimento, esta encontrará limites na Constituição, que se configura na garantia das garantias do Estado de Direito Democrático.

A compreensão do processo e da jurisdição a partir de um Estado Constitucional repercute diretamente sobre a efetiva prestação jurisdicional, incidindo sobre a atividade legislativa e jurisdicional, de forma que o processo deve ser estruturado legalmente para possibilitar a tutela efetiva dos direitos fundamentais e essa estruturação legal deve ser conformada pela jurisdição ao ser exercida e condicionada aos princípios fundamentais constitucionais.

Assim, não há como negar a importância que as múltiplas concepções teórico-conceituais de processo e jurisdição trazem à compreensão da prestação jurisdicional como direito/garantia fundamental e como essa se encontra em constante desenvolvimento, incorporando novos valores e novas demandas jurídicas, sociais, políticas e econômicas, ao concretizar o seu antecedente lógico, que também se constitui como direito/garantia fundamental, o acesso à justiça.

3. ACESSO À JUSTIÇA E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA GARANTIA FORMAL À SUA CONCRETIZAÇÃO SUBSTANCIAL

O direito ao acesso à justiça se constitui em princípio que orienta todo sistema jurídico e também direito/garantia constitucional fundamental podendo ser concebido como requisito essencial para que esse sistema possa garantir, e não somente declarar, de forma igualitária, os direitos de todas as pessoas, principalmente através da prestação jurisdicional.

A sua concepção como princípio normativo, próprio de uma ordem jurídica democrática, é determinada pelo caráter institucional da atividade jurisdicional, que objetiva promover a pacificação social por meio da tutela jurisdicional dos direitos concretizada na prestação jurisdicional.

Na qualidade de princípio, diferencia-se das normas regras, de prescrição obrigatória, para constituir causa e critério de justificação de preceitos jurídicos (MENDONÇA, 2016, p. 96). Assim, a sua conversão em instrução positiva concreta pressupõe a percepção de seu valor normativo, por meio da atividade jurisdicional desenvolvida segundo um rito processual para a concretização da tutela jurisdicional dos direitos. Neste sentido, o direito do acesso à justiça é pressuposto obrigatório da atividade jurisdicional desenvolvida por meio de um processo, que resulta na decisão judicial como síntese da prestação jurisdicional.

Na qualidade de direito adquire caráter de norma fundamental por revelar conteúdo materialmente fundamental que se relaciona com a busca da adequada concretização de direitos fundamentais. Enquanto direito fundamental possui a mesma resistência jurídica das normas constitucionais contra eventual reforma constitucional, sendo preservado como núcleo essencial, de forma a lhe conferir supremacia em relação às demais normas do ordenamento e proteger da atividade legislativa ordinária e até mesmo do poder constituinte derivado.

Como direito/garantia fundamental, o acesso à justiça tem como atributos: a universalidade, como prerrogativa de todos; a justiciabilidade, diante da possibilidade de ser protegido judicialmente; e a exigibilidade diante da imposição de observância de seu conteúdo pelo Estado e por particulares.

O direito de acesso à justiça revela-se igualmente como garantia constitucional visto “que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais” e também como garantia institucional, pois se configura como proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância é fundamental para a sociedade e para certos direitos fundamentais providos de componente institucional que os caracteriza. Neste sentido, Bonavides (2008, p. 537) defende o alargamento da definição de garantia constitucional para abranger as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado.

A compreensão do acesso à justiça como um direito/garantia fundamental também perpassa a compreensão da evolução de seu conceito de uma mera garantia formal à sua concretização de forma substancial.

No contexto do Estado Liberal, o direito de acesso à justiça significava tão somente o direito formal do indivíduo de propor uma demanda ou contestar uma ação. Considerado como um direito natural, se compreendia que não era necessária uma ação do Estado para sua proteção. A impossibilidade que muitas pessoas tinham de utilizar plenamente a justiça e suas instituições, não constituía uma preocupação estatal e gerava grandes distorções, principalmente em virtude dos seus custos, de modo que somente pessoas favorecidas com recursos para arcar com os custos processuais tinham efetivamente garantido o acesso à justiça. Assim, evidenciava-se o acesso formal à justiça, mas não efetivo, correspondendo à igualdade formal e não substancial (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

Essa concepção formal do direito de acesso à justiça se refletia na adoção de um modelo igualmente formalista de administração da justiça, como um conjunto de fórmulas e práticas judiciais utilizadas com o objetivo de expor o conflito ao julgador, sem autonomia em relação ao direito subjetivo material do litigante e desprovido de qualquer medida que proporcionasse a superação de obstáculos que impediam significativa parcela da população de obter a prestação jurisdicional efetiva (MENDONÇA, 2016, p. 47-48).

Com o advento do Estado Social e a incorporação dos direitos individuais e sociais a diversos textos constitucionais, como inaugurado pelas Constituições Mexicana em 1917 e a de Weimar na Alemanha em 1919, o acesso à justiça relacionado com a prestação

jurisdicional encontrou maior desenvolvimento em virtude de um modelo garantista em que a proteção dos direitos fundamentais passou a ser um dos principais objetivos do Estado (MENDONÇA, 2016, p. 48).

O direito ao acesso efetivo à justiça passou a ser reconhecido como de importância central entre os direitos individuais e sociais incorporados nos textos constitucionais, uma vez que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11). O acesso à justiça recebe o status do mais básico dos direitos humanos, por ser o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que busca garantir e não somente declarar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Todas essas mudanças, além de ampliarem as discussões sobre a atuação jurisdicional, os entraves ao acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional, alavancaram o movimento de reforma dos sistemas de administração da justiça, direcionando à reestruturação dos órgãos judiciais, à mudança dos ritos processuais, à valorização de meios não judiciais de resolução de conflitos e à virtualização do processo como alternativas para proporcionar celeridade, eficácia e eficiência aos procedimentos e à atividade jurisdicional, ampliando os mecanismos de acesso à justiça (MENDONÇA, 2016, p. 52).

Os esforços em torno da efetividade do acesso à justiça resultaram na construção de soluções práticas, as quais foram incorporadas, no decorrer do século XX, em “ondas de acesso à justiça”⁵ conforme serão sintetizadas a seguir.

A primeira onda se concentrou em incrementar o acesso à justiça, nos países ocidentais, por meio de serviços jurídicos aos pobres. Os métodos para proporcionar assistência judiciária são fundamentais para possibilitar o efetivo acesso à justiça, por isso que, em grande parte dos países, era considerado inadequado por se basear em serviços prestados por advogados particulares, sem contraprestação. O Estado não adotava qualquer medida efetiva para garantir a assistência judiciária. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32).

A partir da década de 1960, diversas reformas judiciárias foram iniciadas nos países ocidentais, como Estados Unidos, França, Inglaterra, Suécia, Alemanha, com o objetivo de melhorar o sistema de assistência judiciária, principalmente pelo custeio de advogados particulares pelo Estado (*sistema judicare*) a todas as pessoas que se enquadrassem nos critérios da lei para a obtenção do benefício da assistência judiciária e, posteriormente, alguns países optaram também pela contratação de advogados pelo Estado com o objetivo de atuarem exclusivamente para promover os interesses de indivíduos pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 34-36).

No Brasil, a assistência judiciária teve previsão na Constituição de 1934⁶ e no Código de Processo Civil de 1939⁷. Naquele momento, era exercida por advogados que atuavam *pro bono*, sem haver a oficialização de um órgão responsável por esse atendimento. A partir da década de 1940, os Estados-Membros foram criando os serviços governamentais

⁵ Expressão utilizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

⁶ Constituição da República do Brasil de 1934, art. 113. [...] 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

⁷ CPC/1939, Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;
II – dos emolumentos e custas devidos aos juizes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;
III – das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;
IV – das indenizações devidas a testemunhas;
V – dos honorários de advogado e perito.

Parágrafo único. O advogado será escolhido pela parte; si esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz.

de assistência judiciária a cargo de Defensorias Públicas e dos Ministérios Públicos dos Estados. Embora as Defensorias Públicas fossem adquirindo estrutura institucional, sua autonomia funcional e administrativa e a oficialização no plano constitucional somente ocorreram com o advento da Constituição Federal de 1988, posteriormente ampliada e aperfeiçoada pelas Emendas Constitucionais n.º 45/2004 e n.º 80/2014.

As limitações dos sistemas de assistência judiciária levaram a uma segunda onda de reformas, em que se reconheceu a necessidade de representação em juízo de interesses coletivos e difusos. Assim, a visão individualista do processo judicial, que buscava resolver uma controvérsia entre duas partes, foi se fundindo com a concepção social de assegurar a realização de direitos públicos relacionados a interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51).

O primeiro método de representação dos interesses difusos foi a ação governamental com a função de proteger o interesse público e que tem como exemplo a atuação do Ministério Público. Nos Estados Unidos, além do Ministério Público, foi instituído o advogado público com atribuições voltadas ao resguardo de interesses públicos, semelhantes ao de competência do Ministério Público. Grupos organizados para a defesa de interesses difusos, como associações e outros grupos privados com especialização, experiência e recursos em áreas específicas, também passaram a patrocinar ações de interesse público (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 53-62).

No Brasil, o Ministério Público tem relevante atuação na representação dos interesses difusos. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Uma de suas funções institucionais, prevista no art. 129 da CF/88, é a de titular da ação civil pública para a tutela dos interesses públicos, coletivos, sociais e difusos, sendo fundamental para a implementação da segunda onda de medidas de acesso à justiça.

A terceira onda de reformas além de incluir a advocacia judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos, direciona sua atenção a um conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos para processar e prevenir conflitos.

No Brasil, como efeito do momento pós-terceira onda, a utilização de outras formas heterocompositivas para a solução de conflitos levou a prestação jurisdicional a outro patamar, mais amplo e democrático, corporificado na Justiça Multiportas, em que se busca adaptar as formas de solução dos conflitos aos tipos de litígios que devem ser resolvidos⁸.

No Brasil, a ampliação da utilização de outras formas para a solução de conflitos se faz presente no art. 3º do Código de Processo Civil, ampliando, com isso, a admissibilidade de um sistema de justiça que agregue o denominado Tribunal Multiportas, por meio do qual se busca adaptar as formas de solução dos conflitos aos tipos de litígios que devem ser resolvidos⁹.

⁸ CPC/2015, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁹ CPC/2015, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Ao inserir possibilidades de interseção de meios judiciais e extrajudiciais, bem como novas possibilidades judiciais de solução de conflitos, o legislador, por meio do Código de Processo Civil de 2015, inseriu o Brasil, de forma mais consistente e profunda, no contexto da contracultura da estrita judicialização da solução dos conflitos, possibilitando a alternativa a clássico arquétipo judicialiforme, que tem se mostrado, por vezes, inflexível e inoperante, ao não dar conta da fluídica realidade sociocultural vigente.

Embora a inserção do Tribunal Multiportas esteja ganhando espaço e visibilidade no Brasil nos dois últimos decênios, ou seja, no alvorecer do século XXI, a sua concepção tem como origem a *Pound Conference* de 1976, patrocinada pela *American Bar Association (ABA)*, liderada pelo *Chief Justice Warren Burger*, presidente da Suprema Corte Norte Americana à época (GONÇALVES, 2014, p. 186).

Na *Pound Conference* de 1976, a ideia dos *Multi-door Courthouses* ganhou visibilidade por meio do discurso proferido pelo professor emérito da Universidade de Harvard, Frank Ernest Arnold, ao vislumbrar, por meio de sua experiência, que o tratamento jurisdicional não se dava com a mesma eficiência em matérias distintas, produzindo, com isso, um impacto negativo da prestação jurisdicional, conseqüentemente do acesso à justiça, em determinadas matéria, que poderiam ser resolvidas por outros meios viabilizados internamente pelo sistema de justiça, como por outros meios extrajudiciais (GONÇALVES, 2014, p. 186).

A concepção de Tribunal Multiportas revelou a necessidade de uma nova perspectiva metodológica, a interdisciplinaridade, para o desenvolvimento de soluções de conflito, que, no Brasil, com maior força somente passou a ser estudada, a partir dos anos 2000, e, ainda, tem um longo caminho a trilhar. Não há, portanto, como se falar de Tribunal Multiportas se não for pelo prisma da interdisciplinaridade, vez que aquele corporifica, por meio de uma complexa estrutura:

(...) um centro de resolução de conflitos multifacetário, que se baseia na noção de resolução de conflitos multifacetário, que se baseia na noção de que o sistema judicial moderno não deveria possuir apenas uma porta que levasse todos os litígios ao processo judicial, mas várias portas que conduzissem a variados meios de resolução de controvérsias. Basicamente, o Tribunal Multiportas consiste num sistema judiciário que acolhe, num mesmo local, diversas modalidades de resolução de litígios (heterocompositivas, autocompositivas e híbridas; judiciais e não judiciais), a fim de que seja possível direcionar o conflito ao melhor método para a sua resolução. (GONÇALVES, 2014, p. 189-190)

As ondas de reformas e ampliações das fronteiras do acesso à justiça trazem consigo transformações profundas nas condições materiais de prestação jurisdicional, mas, também, no pensar o direito e o processo na sua mais ampla dimensão. Insere-os numa realidade que não mais admite apenas a sua contemplação quanto ao desenvolvimento sociocultural para a sua posterior reflexão sobre como efetivamente realizar o direito e a justiça, remetendo-os a um plano de ação voltada à concretização da prestação jurisdicional.

A concretização do direito de acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional tem como advento primário o Estado de Direito Constitucional, na sua mais ampla acepção, mas não somente. Nele firmaram-se as bases declaratórias dos direitos/garantias fundamentais, a face formal do acesso à justiça. Mas, tal formalidade declaratória não se constituiu como garantia suficiente à realização do acesso à justiça.

O acesso à justiça substancial requer mecanismos que ultrapassam as fronteiras do Estado de Direito Constitucional, pois tem como fundamento a sua natureza democrática. Não basta ao Estado a sua qualificação de Direito Constitucional, ele deve ser democrático, deve ter instituições sólidas, autônomas e responsáveis, capazes de desenvolver harmonicamente ações de concretização dos direitos fundamentais.

A efetiva prestação jurisdicional se manifesta como ação dinâmica do direito/garantia fundamental de acesso à justiça e as suas transformações, por meio das diversas ondas ou dimensões perceptivas e conceituais, tendem a ampliar o seu campo de ação sobre o que se concebe como processo e jurisdição, aperfeiçoando-os, bem como ampliando o campo de visão no processo de desvelamento da verdade processual que se materializa na decisão judicial.

A inserção do acesso à justiça no rol dos direitos e garantias fundamentais e a implementação de mecanismos de ampliação e efetivação da prestação jurisdicional determinaram e continuarão a determinar novos rumos à relação e às dimensões teórico-conceituais pertinentes ao processo, à jurisdição e à decisão judicial, ratificando a afirmação de Calmon de Passos que o direito não é, ele se constitui num devir contínuo (PASSOS, 2000).

A constante evolução teórico-conceitual de processo e de jurisdição se estabelece como essencial à ampliação do acesso à justiça. E somente por meio dela que se concretizará, num processo ampliativo e efetivo, a realização do acesso à justiça substancial, revelada através de decisões judiciais que de fato e de direito exponham a verdade que deve emergir das entranhas do processo, o qual, desde a sua origem, deve visar e produzir a justiça que seja real e socialmente distribuída.

4. PROCESSO, JURISDIÇÃO E DECISÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTOS DE DESVELAMENTO DA VERDADE PROCESSUAL

Concebido como direito e garantia, o acesso à justiça se lança como *standard* constitucional antecedente da prestação jurisdicional, que ocorre por meio do exercício do direito de ação, atendendo ao devido processo legal, na observância dos limites constitucionais da jurisdição, os quais prescrevem a observância do juiz natural, do contraditório, do direito de ampla defesa, da cooperação processual, da isonomia entre as partes, da legalidade dos atos processuais e, entre outros tantos requisitos, situam-se em elevado grau de importância, a necessária fundamentação e a motivação das decisões judiciais.

Diante da essencialidade do processo e da jurisdição como instrumentos de produção da decisão judicial, já tratados nas seções anteriores, há de se considerar aqui dois planos de concepção do que seja a decisão judicial: tomar-se-á a primeira no seu sentido lato e a segunda no seu sentido restrito.

Tratar de acesso à justiça substancial e prestação jurisdicional implica, também, no desvelamento da verdade funcionalizada, ou seja, dirigida à realização da pacificação social, que ponha fim ao conflito social trazido ao sistema de justiça, para ser solucionado através da intervenção estatal, independente do meio de composição utilizado, a ser concretizado numa decisão justa.

Acontece que o percurso que leva a revelação da verdade deve ser previamente conhecido e acessível àqueles que a buscam, emergindo daí a essencialidade do processo e da jurisdição como instrumentos de produção da verdade, que, ao ser estabelecida por meio da decisão, deve estar devidamente fundamentada e motivada, tornando-se norma jurídica individual no plano da existência, da validade e da eficácia.

A verdade revelada nos autos, mesmo quando concebida *a priori* como verdade real, não passa de aproximações da verdade fática, pois, para além das objetividades dos fatos, há subjetividades que permeiam e dirigem a materialização dos fatos ocorridos, que não se

revelam no processo. É, nesse contexto, portanto, de natureza jusfilosófica, que se impõe uma análise pontual sobre a verdade no processo (TARUFFO, 2013, p. 46).

Ao se afirmar que a verdade de um dado fato se constitui como elemento essencial à aplicação do direito na sua dimensão concreta de justiça, há de se considerar que ela, por si só, não origina uma decisão justa, pois, enquanto condição de existência de uma decisão, em geral se apresenta de forma fragmentária, não comporta em sua materialidade “o ser em si absoluto”, ou seja, a possibilidade de certeza inquestionável.

A verdade dos fatos sempre poderá ser relativizada por não “ser em si” a unidade fática em questão, mas fragmento da verdade, constituindo-se numa verdade relativa a determinado fato, comportando em si uma aproximação da verdade. Em razão do seu caráter fragmentário e relativo, a verdade se constitui em uma das três condições essenciais à decisão justa, “sendo por si só insuficiente, mas ainda assim necessária para a justiça da decisão” (TARUFFO, 2013, p. 36).

A conformação, portanto, da verdade final revelada na decisão requer, como condição de existência, a verificação por meio do processo das verdades manifestadas através dos elementos probatórios, através de um processo justo, promovido segundo os ditames legais preestabelecidos, em que as normas jurídicas tenham sido interpretadas de maneira válida. Caso não ocorra a confluência dessas três condições, não há que se falar em decisão justa, menos ainda em verdade da decisão (TARUFFO, 2013, p. 36).

A dupla face da verdade no processo demonstra a complexidade dos instrumentos e percursos da efetiva prestação jurisdicional. A primeira face da verdade é a de produtos linguísticos sobre acontecimentos empíricos, circunstâncias, que se manifestam no processo como verdades moldadas em enunciados que descrevem os fatos que importarão à decisão; no segundo plano, surge a verdade como produto da decisão, definindo a solução do problema originado com as verdades dos enunciados (TARUFFO, 2013, p. 38).

Enquanto elementos condicionantes à existência da decisão justa, não há como deixar de conceber que é imprescindível o reconhecimento da interdependência da verdade dos enunciados, do processo e da jurisdição, mas para complementar a sua compreensão torna-se necessária uma análise preliminar e genérica da decisão judicial. Neste momento, considerar-se-á dois planos de sua concepção: tomar-se-á a primeira no seu sentido lato e a segunda no seu sentido restrito.

Na perspectiva lata, decisão judicial consiste em todo pronunciamento judicial que tenha conteúdo decisório e resolva uma questão no processo. Ela tem como funcionalidade a resolução de situações problemáticas, que demandam resoluções imediatas, sem as quais não há desenvolvimento do processo. Tais decisões podem ser proferidas por um juízo singular ou por um órgão colegiado. Os pronunciamentos judiciais que possuem natureza decisória não podem ser delegados ou pronunciados de ordem. Por tais razões, através de um processo de exclusão, surge o conceito de despacho, que tem a função de movimentar o processo e pode ser desenvolvido e praticado por sujeitos ordenados pelo magistrado competente para atuar no processo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 372).

A decisão judicial no seu sentido restrito situa-se no plano da revelação da solução do conflito de interesses levado ao Judiciário, objetivando o desvelamento da verdade processual e “põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 372). Quando proferida pelo juízo singular, a decisão judicial em sentido restrito é denominada sentença, quando prolatada por um colegiado denomina-se acórdão. Deve-se salientar que magistrados que compõem determinado colegiado também proferem decisões individuais, que são chamadas de decisões unipessoais ou decisões monocráticas.

O desenvolvimento do processo possibilita o exercício da jurisdição pelo magistrado, pois é natureza primária da jurisdição decidir. A decisão não é algo exclusivo da atividade

jurisdicional, ela faz parte da própria essência do Poder do Estado e se manifesta no processo legislativo e no processo administrativo. Ocorre que, no âmbito judicial, ela se constitui como o “ato jurisdicional magno”, pois é por meio dela que a função jurisdicional se materializa, concretizando o direito, realizando no plano da vida a prestação jurisdicional (DINAMARCO, 2003, p. 106).

O processo, ao se constituir organicamente como o instrumento de realização da jurisdição, tem como funcionalidade dar legitimidade à decisão. Num processo simbiótico existente entre processo e decisão, o processo tem como função proporcionar a aceitabilidade às decisões, pois o rito e as garantias foram e devem ser observados. Uma vez atendidos os preceitos e procedimentos processuais, a decisão se realiza e absorve a insegurança decorrente do conflito de interesses em questão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 501).

No plano da sua construção, a decisão judicial se dá por meio do contexto de descoberta e do contexto de justificação. O contexto da descoberta permeia todo processo, inclusive interage com o contexto da justificação, mas não deve preponderar sobre ele, pois é no contexto de justificação que reside as razões jurídicas que motivam e fundamentam a decisão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019A, p. 424). Deve-se ressaltar, portanto, que é no contexto de justificação que se eleva a importância do mandamento constitucional da motivação e da fundamentação das decisões judiciais.

Não basta se chegar à verdade. Esta deve se revelar a partir dos meios idôneos e legítimos, estabelecidos pelo ordenamento jurídico, constitucionalmente posto. As razões que subsidiam a sua descoberta devem se originar do sistema jurídico e não podem fugir às garantias que decorrem do devido processo legal, tido aqui na sua mais ampla acepção.

Tal como Janus¹⁰, o Direito possui múltiplas faces, uma complementa a outra. A norma *in abstracto* se coloca como direito posto e pressuposto, dirigido a todos. Neste plano, o direito se coloca numa perspectiva formal e somente com a ocorrência dos fatos jurídicos, subsumidos na norma, é que o direito se movimenta. É no processo, na efetivação da prestação jurisdicional, que o direito ganha vida.

O direito como produto cultural e instrumento de dominação e controle social, materializa-se como poder, que tem como funcionalidade dizimar os conflitos de interesses, os quais se originam da conduta humana em interferência intersubjetiva, tal qual concebida por Carlos Cossio (2002). O direito inexistente sem o homem, não tem sentido, pois não há utilidade. Onde está o homem há conflito de interesses. É a partir dele que surge a necessidade do direito e das suas múltiplas faces em movimento, do processo e da jurisdição. Sem processo não há produto, sem produto não há concretização do direito.

O processo e a jurisdição, ao se manifestarem como faces do direito, o integram, produzem o direito numa relação orgânica e autopoietica, criando o direito e por ele sendo criado. Como diz Calmon de Passos (2000, p. 24), “o produto também é processo, nunca um definitivamente feito”.

Ao afirmar que o direito não é, se constitui num eterno devir, Calmon de Passos revela a natureza da verdade no direito, produzida no processo e concretizada na decisão judicial. Nela não há verdades absolutas, há aproximações da verdade. A verdade revelada na decisão judicial é a verdade possível. Logo, por tal razão, se impõe o máximo possível de garantias para que a justiça possível não se torne injustiça realizada e concretizada no direito e pelo direito.

¹⁰ Também conhecido como Jano, presente na mitologia greco-romana, era possuidor de duas faces, voltadas para direções opostas, mas que se complementam e possibilitam um olhar completo e sobre a realidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção do acesso à justiça no rol dos direitos e garantias fundamentais e a implementação de mecanismos de ampliação e efetivação da prestação jurisdicional determinaram e continuarão a determinar novos rumos à relação e às dimensões teórico-conceituais pertinentes ao processo, à jurisdição e à decisão judicial, ratificando a afirmação de Calmon de Passos (2000) que o direito não é, ele se constitui num devir contínuo.

O processo, a jurisdição e a decisão judicial constituem elementos que se produzem e são produzidos pelo direito, desenvolvendo uma ordem ampla de controle social e resolução dos conflitos de interesses, que decorrem das condutas individuais em interferência intersubjetiva, que demandam efetiva e concretamente a prestação jurisdicional, a qual, como já dito, deve realizar no plano substancial o acesso à justiça.

A reflexão teórico-conceitual de tais institutos jurídicos devem ser uma constante. A superação de determinadas teorias e conceitos não quer dizer que devem ser por definitivo excluídos do pensar o direito. Muitas vezes, filigranas subsistem e possibilitam novas perspectivas teóricas, provocando a transformação e superação do paradigma posto. Por isso, revistar a evolução teórico-conceitual de um determinado instituto jurídico deve ser uma constante do cientista jurídico.

No plano relacional e de construção do direito individualizado, *in concreto*, a verdade é uma construção processualizada, procedimentalizada, legitimada pela ordem jurídico-constitucional através do processo e por meio da decisão judicial. Dentro da ordem jurídica, a verdade real muitas vezes não se realiza no processo. Verdade real deve ser vista no plano jurídico como a aproximação da verdade, a verdade possível.

A textualização da verdade na decisão judicial expressa o nível e a possibilidade real e concreta de acesso à justiça. O atendimento aos ditames legais, que estabelecem a principiologia garantística do direito, revela mais que o direito concretizado no plano individual, traz à tona toda estrutura civilizatória do conjunto social em questão.

Assim, considerando o caráter reflexivo aqui posto, de natureza não conclusiva, mas prospectivo a novas reflexões, não há como negar que a constante evolução teórico-conceitual de processo, de jurisdição e de decisão judicial se estabelece como essencial à ampliação do acesso à justiça. E somente por meio dela que se concretizará num processo ampliativo e efetivo, a realização do acesso à justiça substancial, revelada na produção da justiça socialmente distribuída.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil**. v. 1. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial.** Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 21. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2019.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 14. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas:** pela efetivação dos direitos fundamental de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Curitiba: Juruá, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil:** teoria do processo civil. 4. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Curso de Processo Civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019A.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos Mendonça. **Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça.** São Paulo: Almedina, 2016.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Fundamentos do acesso à justiça:** conteúdo e alcance da garantia fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ANEXO III

Artigo submetido à publicação na Revista – JURIS POIESIS – Rio de Janeiro, – Revista Impressa ISSN 1516-6635 – Revista Online ISSN 2448-0517 – Qualis Periódico – Interdisciplinar – A1 – Direito B1.

Autores:

Ana Paula Ribeiro Soares

Ângela Maria Ribeiro Prudente

Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira

Vinícius Pinheiro Marques

Título:

SEGURANÇA JURÍDICA: conceito, aspecto objetivo e aspecto subjetivo

COMPROVAÇÃO DE SUBMISSÃO

16/07/2021

Submissões Ativas



[PÁGINA INICIAL](#) [SOBRE](#) [PÁGINA DO USUÁRIO](#) [PESQUISA](#) [ATUAL](#) [ARQUIVOS](#) [NOTÍCIAS](#)

[Página inicial > Usuário > Autor > Submissões Ativas](#)

SUBMISSÕES ATIVAS

ATIVO ARQUIVO

MM-DD	ENVIAR	SEC	AUTORES	TÍTULO	SITUAÇÃO
11)	9848	07-16	ARTSoares, Prudente, Oliveira, Marques	SEGURANÇA JURÍDICA: ASPECTO OBJETIVO E...	EM FILA PARA AVALIAÇÃO

1 a l de l Itens

INICIAR NOVA SUBMISSÃO

CLIQUE AQUI para iniciar os cinco passos do processo de Submissão.

Mestrado e Doutorado em Direito - UIVESA

Av. Presidente Vargas, 642 - 220 andan Centro

Rio de Janeiro - R.J- CEP: 20071- 001

Tel. 21-22069743

Procurar

SISTEMA ELETRÔNICO DE EDITORAÇÃO DE REVISTAS

Ajuda do sistema

USUÁRIO

Logado como...

anapaularis02

Meus periódicos

Perfil

Sair do Sistema

AUTOR

Submissões

Ativo (1)

Arquivo (0)

Nova Submissão

IDIOMA

Todos

Português (Brasil) V

CONTEÚDO DA REVISTA

Pesquisa

Pesquisar

Por Edição

Por Autor

Por Título

Outras revistas

TAMANHO DE FONTE

INFORMAÇÕES

Para Leitores

Para Autores

Para Bibliotecários

LEGAL SECURITY: concept, objective aspect and subjective aspect

Ana Paula Ribeiro Soares

Universidade Federal do Tocantins –UFT – (Palmas, Tocantins, Brasil)

Ângela Maria Ribeiro Prudente

Universidade Federal do Tocantins –UFT – (Palmas, Tocantins, Brasil)

Doutor Gustavo Paschoal T. de C. Oliveira

Universidade Federal do Tocantins –UFT – (Palmas, Tocantins, Brasil)

Doutor Vinícius Pinheiro Marques

Universidade Federal do Tocantins –UFT – (Palmas, Tocantins, Brasil)

RESUMO

O propósito deste artigo é proporcionar ao cidadão, destinatário da segurança jurídica, melhor compreensão do que vem a ser esse direito fundamental presente tanto nos principais documentos em matéria de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais, quanto na Constituição Federal de 1988. O objetivo é explorar o conceito da segurança jurídica desde o seu aspecto mais simples para aprofundar gradativamente e chegar à análise da segurança jurídica sob o aspecto objetivo (qual é o objeto da segurança jurídica) e sob o aspecto subjetivo (a quem a segurança jurídica se destina), para dar ciência ao destinatário da segurança jurídica tem por fim possibilitar que o cidadão ter confiança nas relações sociais estabelecidas. Para alcançar tal desiderato, utilizou-se da revisão sistemática de literatura, pautada em artigos que versassem sobre a segurança jurídica nas relações sociais, bem como em doutrina, adotando-se enfoque teórico. O artigo foi estruturado em quatro capítulos. No primeiro tratou-se do conceito e da contextualização de segurança jurídica na Constituição Federal de 1988. No segundo artigo foi abordada a segurança jurídica no aspecto objetivo, seguido pela segurança jurídica no aspecto subjetivo desenvolvida no terceiro capítulo. No último capítulo teceram-se considerações finais sobre a importância de propiciar ao cidadão o conhecimento do conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, finalidade precípua do artigo.

PALAVRAS-CHAVE

Segurança jurídica. Confiança. Aspecto objetivo da segurança jurídica. Aspecto subjetivo da segurança jurídica.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to provide the citizen, the recipient of legal certainty, a better understanding of what this fundamental right is present in both key documents on the protection of Fundamental Human Rights and in the Federal Constitution of 1988. The aim is to explore the concept of legal certainty from its simplest aspect to gradually deepen and come to the analysis of legal certainty under the objective aspect (which is the object of legal certainty) and under the subjective aspect (to which legal certainty is intended), to Making the recipient of legal certainty aware is intended to enable citizens to have confidence in established social relations. To achieve this goal, we used a systematic literature review, based on articles that dealt with legal certainty in social relations, as well as doctrine, adopting a theoretical approach. The article was structured in four chapters. The first deals with the

concept and context of legal certainty in the Federal Constitution of 1988. The second article deals with legal certainty in the objective aspect, followed by legal certainty in the subjective aspect developed in the third chapter. In the last chapter final considerations were made about the importance of providing citizens with knowledge of the content of the fundamental right to legal certainty, the primary purpose of the article.

KEYWORDS

Legal certainty. Confidence. Objective aspect of legal certainty. Subjective aspect of legal certainty.

INTRODUÇÃO

No Brasil a sociedade contemporânea vive momento de grandes incertezas acerca da continuidade da situação jurídica existente. Essas incertezas podem decorrer do fácil fluxo de informações entre as pessoas possibilitado através do desenvolvimento tecnológico, das alterações nas relações sociais que se apresentam cada vez mais heterogêneas, das inúmeras reformas em andamento no Congresso Nacional, das constantes alterações das consequências jurídicas dos próprios atos, através de decisões judiciais contraditórias entre si, proferidas ora conforme os anseios sociais, ora conforme o Direito, enfim, sobram fontes para essas incertezas.

Apenas de reformas no Congresso Nacional, há quatro em andamento, quais sejam a Reforma da Previdência, a Reforma Política, a Reforma Tributária e Reforma Administrativa, sem falar da recente Reforma Trabalhista de 2017.

Aliás, a Reforma Trabalhista é um bom exemplo da incerteza decorrente, num primeiro momento, da interrupção da situação jurídica existente e, num segundo momento, já sob a égide da Lei 13.467, de 14 de julho de 2017, das decisões judiciais aplicando ou se furtando a aplicar a nova legislação. Passados pouco mais de dois anos desde a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a população ainda hoje sente e tenta se adaptar aos efeitos da reforma, não obstante a vida da grande maioria das pessoas que trabalham legalmente tenha sido diretamente afetada.

Outro exemplo mais atual das incertezas que acometem o país é a instabilidade das decisões judiciais no que concerne à possibilidade ou não de se iniciar o cumprimento de pena após decisão de segunda instância, que, com o advento do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941), nascido em contexto histórico autoritário (Estado Novo), exigia a prisão do acusado como condição para recorrer. A Lei 5.941/73 (Lei Fleury) alterou o CPP para possibilitar ao réu primário de bons antecedentes responder pela

acusação em liberdade. A Lei 6.416/77 alterou o Código de Processo Penal – CPP para modificar o sistema de prisão provisória e, novamente, antecipar, a culpabilidade do acusado. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, insculpiu o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), autorizando o acusado recorrer em liberdade.

A partir daí passou-se a ter, de um lado, o Código de Processo Penal – CPP com a antecipação da culpabilidade, reforçada pela súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça que entendia não ofender a garantia constitucional da presunção de inocência a exigência da prisão provisória para apelar e, de outro lado, a Constituição Federal, com a presunção de inocência, que cancelava a recorribilidade em liberdade. Em 2009 o Supremo Tribunal Federal sedimentou a questão para autorizar o condenado em segunda instância a recorrer em liberdade (*Habeas Corpus* 84.078). Ou seja, havia dois fundamentos, um legal e outro constitucional, contraditórios entre si, que eram utilizados concomitantemente, até que a jurisprudência fez prevalecer a presunção de inocência.

Em 2016 a jurisprudência sobre o tema, e não a legislação, alterou-se novamente para admitir a prisão do acusado após decisão em segunda instância (*Habeas Corpus* 126.292/SP). Finalmente, 07/11/2019, por 6 votos a 5, o que demonstra a divergência da questão, o Supremo Tribunal Federal obstou a possibilidade de prisão de condenado em segunda instância.

Como se vê, as incertezas da sociedade decorrem não apenas de dúvidas no que está por vir, mas principalmente da insegurança quanto à continuidade da situação jurídica existente.

Daí a importância de abordar a segurança jurídica, na medida em que ela deve ser utilizada para garantir o conforto nas relações jurídicas e apaziguar uma sociedade mergulhada em incertezas, em desconfiâncias, em inseguranças.

Outra prova de que a segurança jurídica é tema em ebulição no Brasil é que o Ementário eletrônico do Superior Tribunal de Justiça registrou nos 14 anos compreendidos entre 1999 e 2005, 617 acórdãos indexados com a expressão segurança jurídica e, entre 2006 e 2019, especificamente até o dia 25/11/2019, o número de acórdãos indexados com a expressão segurança jurídica foi para 1.947. Mais interessante ainda é que na primeira década desse intervalo da pesquisa, ou seja, de 1999 a 2000, havia apenas 84 acórdãos indexados com a expressão segurança jurídica e, diversamente, apenas o último ano da pesquisa – 2019, ainda em curso -, esse número é de 215 acórdãos¹.

¹ Disponível em: <http://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

Essa constatação confirma a relação direta entre o fácil fluxo de informações e o aumento da insegurança nas relações sociais. Desse modo, não obstante pareça contraditório, é a ausência da segurança jurídica que compele a sociedade a buscar o Poder Judiciário, enquanto nele ainda se acreditar, até a última instância para pleitear o restabelecimento da confiança quebrada.

Visando desanuviar a cortina de fumaça que se assentou sobre a segurança jurídica, este artigo se propõe a apresentar o alcance semântico da segurança jurídica, a partir do conceito da palavra segurança, passando pela contextualização da segurança jurídica no âmbito da Constituição Federal, para, em seguida, abordar os aspectos objetivo e subjetivo da segurança jurídica, almejando fornecer ao leitor a mais ampla significância da segurança jurídica e, finalmente, tecer as considerações finais.

Em relação à metodologia, optou-se pela utilização da revisão sistemática de literatura, cuja base de dados constitui-se essencialmente em artigos que abordaram a segurança jurídica no âmbito nacional e internacional, bem como em doutrina, adotando-se, portanto, enfoque teórico.

O artigo se estrutura em quatro capítulos, buscando-se, inicialmente, o alcance do significado do termo segurança jurídica, desde a conceituação até a contextualização no âmbito da Constituição Federal de 1988. Prosseguindo, no segundo capítulo foi abordado o aspecto objetivo da segurança jurídica (objeto da segurança) e, por fim, no terceiro capítulo, explorou-se o aspecto subjetivo da segurança jurídica (a quem se destina a segurança).

No quarto capítulo teceram-se as considerações finais, explicando a importância de o destinatário da segurança jurídica conhecer o conteúdo desse direito fundamental, na tentativa de proporcionar ao cidadão maior segurança nas relações sociais.

1 SEGURANÇA JURÍDICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Busca-se neste capítulo abordar a segurança jurídica na Constituição Federal de 1988, desde a maneira como a expressão é prevista, se expressamente ou não no texto constitucional, passando pelo conceito dado pela doutrina à segurança jurídica para se chegar à significância da segurança jurídica no contexto social.

O objetivo precípua do direito é o alcance da paz social e a garantia da sua continuidade, assegurada através da estabilidade de situações jurídicas nas quais estejam envolvidos os destinatários das normas (CARDOSO, CARDOSO, VAHL, 2015, p. 305).

A segurança jurídica não está prevista expressamente na Constituição Federal de 1988. Diferentemente, a palavra segurança, consignada em contextos relevantes no texto constitucional, pode ser conceituada, de acordo com o Dicionário Michaelis, como ato ou efeito de segurar, estabilidade, proteção, confiança. Mas gramaticalmente as palavras não são apresentadas no seu âmago, no seu contexto, pois “a determinação completa da significação dos discursos opera-se no *marchê*, no mercado linguístico, na conjuntura, vem do *dehors*, resulta de artefatos, da produção de sentidos sociais” (MARTINS-COSTA, 2004, p. 112). Por isso é importante que as palavras sejam apresentadas em contextos, pois é a partir do contexto que se pode alcançar a completude dos significados.

No âmbito da Constituição, segurança é anunciada já no Preâmbulo como valor fundamental e é incluída dentre os direitos invioláveis arrolados no *caput* no artigo 5º (SARLET, 2004, p. 5; PIRES, 2016, p. 186). Daí se denota que o sentido em que a palavra segurança é utilizada constitucionalmente é de segurança jurídica, e não de segurança física, não obstante a segurança física esteja resguardada no artigo 5º como direito fundamental. Oportuna é a transcrição de trecho elucidativo da obra de ÁVILA (2011) sobre o sentido da palavra segurança na Constituição Federal de 1988:

“É segurança jurídica. Primeiro, porque, ao instituir, no seu art. 1º, um Estado Democrático de Direito destinado a ‘assegurar a segurança como valor’, a CF/88 refere-se a um objetivo social que ultrapassa a dimensão meramente psicológica ou física.

Segundo porque o art. 5º, ao garantir o ‘direito à segurança’ ao lado do direito à liberdade, à igualdade e à propriedade, que são qualificados como valores sociais objetivos, e não meramente estados psicológicos individuais, termina por proteger a segurança de modo paralelo à garantia desses outros valores, isto é, como valores jurídicos.

Terceiro porque, entre os direitos fundamentais catalogados pelos incisos do art. 5º, há vários relativos quer à segurança física e individual (proteção da residência e garantia do *habeas corpus* contra restrições abusivas da liberdade), quer às exteriorizações específicas da liberdade (liberdade de manifestação do pensamento, de consciência e de crença, de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação ou de associação para fins lícitos), o que pressupõe a maior amplitude da previsão do *caput* do mencionado artigo.” (ÁVILA, p. 249)

A expressão segurança jurídica possui vasta amplitude semântica, o que não empecilho para SILVA (2006) conceituá-la nos seguintes termos:

“a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o

império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.” (SILVA, p. 133)

O conceito dado por SILVA é de extrema utilidade ao possibilitar a compreensão da segurança jurídica de maneira direta, clara. Entretanto, há quem entenda que dada a amplitude da real significância da segurança jurídica, ela só pode ser “definida por referência a conceitos e outros princípios que são seus componentes” (CASSARD-VALEMBOIS, 2003, p. 13). Segundo a autora:

“Plurivocal, a segurança não é ambígua. Parece evitar qualquer tentativa de definição conceitual, sendo essencialmente funcional. A jurisprudência dos juízes que utilizam o requisito de segurança jurídica aparece então como um instrumento heurístico particularmente útil. Nesta etapa da análise, apenas será proposta uma definição teleológica do requisito de segurança jurídica, que se baseia essencialmente na busca de consenso da doutrina. Ele revelará que a segurança jurídica 'informa um certo número de princípios específicos', na medida em que só pode ser definida por referência a conceitos e outros princípios que são seus componentes.” (CASSARD-VALEMBOIS, p. 13, tradução nossa)

Essa contextualização da segurança jurídica é importante para a compreensão da amplitude semântica que a expressão carrega principalmente porque, como dito, diferentemente do que ocorre com a palavra segurança, a segurança jurídica não foi mencionada expressamente na Constituição Federal de 1988. E ainda que o tivesse sido, é necessário contextualizar a segurança jurídica. Em que pese a segurança jurídica não tenha sido inserida expressamente na Constituição Federal de 1988, ela foi inserida no âmbito de dispositivos constitucionais, conforme explica SARLET:

“Muito embora em nenhum momento nosso Constituinte tenha referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes (...).” (SARLET, p. 6)

Quem exterioriza compreensão semelhante é MARINONI (2010), segundo o qual:

“A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no *caput* do artigo 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do artigo 5º.” (MARINONI, p. 1-2)

Sobre a consagração da segurança jurídica na Constituição Federal, importante são os dizeres de JÚNIOR (2006), segundo o qual:

“A Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, se insere no rol dos “valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Também no *caput* do art. 5º, a declaração dos direitos e garantias fundamentais tem início com a proclamação de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no país a inviolabilidade do direito à segurança e à propriedade. Esse compromisso do Estado de Direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes europeias o adota e exalta.” (JÚNIOR, p. 97)

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro dá os mesmos exemplos como “clássicos da aplicação do princípio da segurança jurídica” (DI PIETRO, 2019, p. 160). Ela vai além da Constituição e elenca outras hipóteses de aplicação da segurança jurídica, tais como as regras sobre prescrição, decadência e preclusão, as regras que fixam prazo para a propositura de recursos nas esferas administrativa e judicial, para adoção de providências e tomadas de decisão, para a revisão dos atos administrativos, a regra que prevê a súmula vinculante, “cujo objetivo, expresso no § 1º do art. 103-A da CF, é o de afastar controvérsias que gerem ‘grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica’” (DI PIETRO, p. 161), e a regra que prevê o incidente de resolução de demandas repetitivas que expressamente prevê no artigo 976, inciso II, do Código de Processo Civil a proteção da isonomia e da segurança jurídica.

Sob o enfoque do direito internacional, como na Constituição Federal, em que pese não haver referência expressa à segurança jurídica nos principais documentos em matéria de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais (SARLET, p. 4), “o constitucionalismo dos nossos dias é consciente de que um Estado de Direito é dela indissociável” (MARINONI, p. 1). A propósito:

“(…) a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.” (SARLET, p. 5)

A circunstância de a segurança jurídica não estar expressamente prevista no texto constitucional e de ser princípio informativo de todo o ordenamento jurídico não difere do que ocorre no âmbito internacional (CARDOSO, CARDOSO, VAHL, p. 306-307).

Outra maneira de tentar expressar a segurança jurídica é partindo da percepção de que ela “não possui uma significação unívoca, precisa, mas que padece de certa imprecisão e fluidez, o que leva a caracterizá-la como plurissignificativa” (FERRARI, 2007, p. 201).

Realizada a compreensão semântica da segurança jurídica a partir da sua contextualização no âmbito da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que ela é inerente à formação do Estado de Direito (BASTOS, 2018, p. 11). Com efeito, somente é possível falar-se na presença da segurança jurídica numa determinada sociedade (sociedade aqui colocada no sentido de Estado), quando a sociedade está erigida sob um Estado de Direito, pois a segurança jurídica e o Estado de Direito possuem uma relação simbiótica.

Por estarem intrinsecamente interligados, a segurança jurídica “passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito” (SARLET, p. 5) e “integra, na condição de subprincípio, também os elementos nucleares da noção de Estado de Direito plasmada na Constituição de 1988 desta sendo indissociável” (SARLET, p. 6), na medida em que logo no artigo 1º da Constituição Federal prevê que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (BASTOS, p. 49).

Além disso, a segurança jurídica constitui-se em direito fundamental da pessoa humana. Significa dizer que a segurança jurídica não se limita a compor um dos alicerces do Estado de Direito, ela é um direito em si, direito à segurança jurídica, inerente a toda e qualquer pessoa submetida ao Estado de Direito, pois, se houver Estado de Direito, haverá, necessariamente, o direito à segurança jurídica (SARLET, p. 5).

Desse modo, a segurança jurídica, além de um direito fundamental da pessoa humana, é princípio fundamental da ordem jurídica estatal e da própria ordem jurídica internacional (CANOTILHO, 1999, p. 252 e ss), revelando-se como pedra angular do Estado de Direito ao permitir a continuidade da confiança no ordenamento jurídico e a previsibilidade dos resultados das relações sociais.

Como prova disso podem ser invocadas, no direito interno, a Lei 9868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e a Lei 9882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, as quais autorizam ao Supremo Tribunal Federal que se valha da segurança jurídica para justificar a manutenção dos efeitos de lei declarada inconstitucional, na medida em que a Corte Suprema pode “restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou outorgar-lhe eficácia prospectiva” (SARLET, p. 6), de onde advém a concepção de segurança jurídica como proteção da confiança e proibição do retrocesso. A propósito:

“(...) a segurança jurídica assume um caráter tão relevante para o legislador pátrio, a ponto de justificar até mesmo – mesmo que em caráter excepcional – que não se venha a anular os atos praticados sob a égide de uma lei declarada inconstitucional na esfera do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.” (SARLET, p. 6)

Sob essa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal ao realizar a apreciação da Questão de Ordem 2900-3-RS, julgada em 27/03/2003, deu uma re-significação ao princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos, fazendo prevalecer a confiança, vertente do princípio da segurança jurídica em relação ao princípio da legalidade (MARTINS-COSTA, 2004, p. 112).

Portanto, quando se fala do princípio da segurança jurídica, está a se referir à certeza de que, no âmbito do Direito, a uma ação corresponderá um resultado. Ou seja, a segurança jurídica reflete a ideia de confiança no sistema, no sentido de que, se determinada pessoa agir da maneira x, a resposta, o reflexo dessa ação será y.

A importância do respeito ao direito existente está presente também na obra de BEVILÁQUA (1929), segundo o qual:

“Como pondera KOHLER, ‘toda a nossa cultura exige uma certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução; todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem jurídica e nela viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar.’” (BEVILÁQUA, p. 21)

Após essa análise abrangente (no sentido de ideia geral) do alcance semântico da segurança jurídica desde o significado da palavra segurança, a segurança jurídica será analisada sob os aspectos objetivo e subjetivo, não obstante haja, ainda, os aspectos temporal

e material, pois, conforme NOVOA (2000, p. 73-74), não há como pretender definir um sem se defrontar com o outro.

2 ASPECTOS OBJETIVO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Na relação fundamental entre tempo e direito, o princípio da segurança jurídica, com toda carga semântica que lhe é própria, marca o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência, e valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas (MARTINS-COSTA, p. 113).

Doravante, a segurança jurídica será traçada a partir dessas delimitações, com o objetivo de se verificar qual é o objeto sobre o qual a segurança incide, bem como averiguar a quem a segurança jurídica beneficia.

O aspecto objetivo do princípio da segurança jurídica diz respeito à estabilidade das relações jurídicas (DI PIETRO, p. 161), a partir do conhecimento das consequências jurídicas de atos ou de fatos. Sob esse mesmo prisma, ÁVILA não se limita a explicar o objeto da segurança jurídica e explora o modo de compreensão do objeto da segurança jurídica (ÁVILA, p. 138-152).

Segundo ÁVILA, o aspecto objetivo da segurança jurídica (segurança jurídica do que?) é dividido em “objeto da segurança jurídica” e “modo de compreensão do objeto da segurança jurídica”. O “objeto da segurança jurídica”, por sua vez, é abordado em quatro pontos: (a) segurança normativa, (b) segurança comportamental, (c) segurança fática e (d) segurança doutrinária.

Sob o ponto de vista da (a) segurança normativa, o princípio da segurança jurídica confere ao cidadão a possibilidade de conhecer e calcular os resultados que o Direito atribui para seus atos – segurança das normas – e lhe garante a aplicação uniforme e não arbitrária das normas – segurança da aplicação das normas (ÁVILA, p. 142). Nesta vertente, a segurança jurídica exige “que os efeitos das normas jurídicas produzidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam capazes de contribuir para o aumento do nível de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito” (LEAL, p. 19).

No que se refere à (b) segurança comportamental, a segurança jurídica significa ser capaz de prever as respostas que serão dadas pelos órgãos jurídicos às próprias ações ou ausência de ações – segurança da (in) ação – ou às ações ou ausência de ações de terceiros –

segurança da (in) ação de terceiro (ÁVILA, p. 142-144). Neste último aspecto, possibilita que exista critério para prever o que terceiros poderão fazer e exigir (TORRES, 2007, p. 74).

O objeto da segurança jurídica no que diz respeito à (c) segurança fática significa que além da capacidade de conhecer e de antecipar as consequências jurídicas atribuíveis pelos órgãos aplicadores do Direito não apenas a atos, próprios ou de terceiros, mas a fatos que venham a ocorrer e que afetem a esfera jurídica do cidadão (ÁVILA, p. 145).

Por fim, a segurança jurídica, no seu aspecto objetivo, pode ter como objeto a (d) segurança doutrinária. Nesta vertente, a segurança jurídica é tratada relativamente ao modo como o Direito é interpretado, e não relativamente ao Direito em si (ÁVILA, p. 145).

Rememorando, o aspecto objetivo da segurança jurídica, de acordo com ÁVILA, é tratado sob o enfoque (I) do objeto da segurança jurídica, ou seja, na fonte normativa sobre a qual incidirá a segurança jurídica, se legal, administrativa ou judicial, com o objetivo de antecipar o resultado que os órgãos jurídicos darão às ações próprias ou de terceiros, fonte normativa essa com uma estrutura que abrange fins e meios e a produção de efeitos (desenvolvido até aqui), e (II) do modo de compreensão do objeto da segurança jurídica que, a grosso modo, seria a controlabilidade semântico-argumentativa do discurso prático do Direito, a respeito do qual se passa a tratar.

No que diz respeito ao modo de compreensão do objeto da segurança jurídica, este pode ser tratado quanto ao caráter da compreensão da norma, no sentido de ser unívoca ou alternativa, e quanto ao objeto da compreensão, condizente com a estrutura e os critérios de argumentação necessária a reconstruir o conteúdo das normas jurídicas (ÁVILA, p. 146).

Em relação ao caráter da compreensão da norma, ao cidadão deve ser dada a oportunidade de conhecer e calcular o tipo de resultado que é atribuído a uma norma (*lato sensu*), que pode ser unívoco, hipótese em que a norma possuirá um único sentido e, conseqüentemente, um único resultado, falando-se em “determinação e previsibilidade” da norma, cujo significado é a capacidade de o cidadão “conhecer o conteúdo da norma a que vai obedecer e antecipar o conteúdo a ser dado àquela pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário” (ÁVILA, p. 147).

Porém, à norma pode ser atribuído mais de um sentido e mais de um resultado, deixando-se de falar em “determinação e previsibilidade” para se falar em “determinabilidade e calculabilidade”, que se referem à “capacidade de o cidadão conhecer os sentidos possíveis da norma a que vai obedecer e de controlar a concretização a ser dado àquela pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário” (ÁVILA, p. 150).

Essa acepção objetiva da segurança jurídica, portanto, quer dizer a possibilidade de o cidadão agir ou deixar de agir estando ciente das possíveis reações do ordenamento jurídico aos resultados da ação ou da falta de ação, prestando-se como meio de controlabilidade do Poder Público, como meio de evitar a arbitrariedade (ÁVILA, p. 149-150).

A segurança jurídica teria por objeto a norma se todas as consequências jurídicas de dada norma estivessem guardadas nestas possibilidades do aspecto objetivo da segurança jurídica vistas até aqui. Entretanto, as consequências jurídicas dependem em grande escala do processo argumentativo sobre o qual se reconstrói o significado normativo, a exemplo do que ocorreu com a possibilidade ou não de prisão em segunda instância anunciada na introdução a este artigo.

Constatação nítida que se pode fazer no sistema jurídico brasileiro, atualmente, é notadamente a mudança de significado dado à norma, conforme o processo argumentativo desenvolvido. E é por essa razão que o modo de compreensão do objeto da segurança jurídica não pode ficar restrito ao caráter da compreensão, devendo prosseguir com a análise do objeto da compreensão.

No que diz respeito ao objeto da compreensão, ÁVILA (p. 152) anuncia duas concepções: (a) concepção objetivista do Direito e (b) concepção argumentativa do Direito. Em relação à concepção objetivista, o autor explica que:

“Nessa concepção o Direito é reconhecido como um objeto a ser inteiramente revelado pelo intérprete. A norma jurídica contém um sentido, de modo que a atividade do intérprete consiste em descobrir o sentido predeterminado pela norma, por meio de uma atividade estática e determinista. O Direito, nessa perspectiva, envolve, sobretudo, um problema semântico; e a interpretação, uma atividade objetivista. E a segurança jurídica, a seu turno, abrange, por conseguinte, um problema de ‘segurança do objeto’: o Direito é algo pronto posto diante do intérprete, cuja atividade se resume a passivamente revelá-lo.” (ÁVILA, p. 152)

A concepção argumentativa do Direito, por sua vez, volta-se para a atividade do intérprete, que reconstruirá alternativas decisórias por meio de uma atividade dinâmica e argumentativa. A segurança jurídica deixa de ser tratada como segurança do objeto para ser segurança racional e argumentativa.

Pertinente para compreender que a atividade do intérprete, ao desenvolver a atividade argumentativa do Direito, tem limites, é a comparação entre as decisões jurídicas e as hipóteses científicas. Nesse sentido:

“(…) as decisões jurídicas tratam do ‘mundo real’, da mesma forma que as hipóteses científicas; e o fazem não num vazio, mas no contexto de toda uma estrutura de ‘conhecimento’- nesse caso, todo o corpo do sistema de direito normativo, em vez de um corpo de teoria descritiva e explanatória.

Em termos simples, as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico.” (MACCORMICK, 2006, p. 131)

Portanto, o aspecto objetivo da segurança jurídica, isto é, o objeto da segurança jurídica, pode ser tanto a “segurança de um objeto (um resultado revelado por uma norma)” quanto a “segurança de uma atividade relativa a um objeto (um meio mediante o qual se reconstrói um sentido normativo)” (ÁVILA, p. 152).

Passa-se, agora, à análise do aspecto subjetivo da segurança jurídica, salientando que, de acordo com GARCIA NOVOA (p. 73-74), divisão entre os aspectos subjetivo e objetivo da segurança é meramente formal, porquanto as expressões são auto-referenciáveis e complementares, de modo que, como mencionado no final do capítulo 1, não há como definir um sem se defrontar com o outro.

3 ASPECTO SUBJETIVO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Sob a perspectiva subjetiva da segurança jurídica busca-se identificar quem irá se beneficiar com a segurança jurídica, quem são os sujeitos da segurança jurídica. Para DI PIETRO (p. 161), enquanto a estabilidade é a expressão objetiva do princípio da segurança jurídica, o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica diz respeito à proteção da confiança ou à confiança legítima.

De acordo com COUTO E SILVA (2005, p. 5), ‘segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) é expressão que geralmente designada a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente o princípio da segurança jurídica, enquanto a parte subjetiva, ou seja, esta que ora se desenvolve, é identificada como proteção à confiança (*Vertrauensschutz*, no direito germânico).

O aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica originou-se no Direito alemão, através de elaboração do Tribunal Administrativo em acórdão de 1957, sendo que em 1976 foi inserido na Lei de Processo Administrativo e elevado à categoria de princípio constitucional pelo Tribunal Federal Constitucional (DI PIETRO, p. 161). Na ocasião, fez-se prevalecer o princípio da segurança jurídica, em nome da confiança, em detrimento do princípio da legalidade.

Posteriormente, o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica foi adotado pela União Europeia, “consagrando-se em decisões da Corte de Justiça das Constituições Europeias como ‘regra superior de direito’ e ‘princípio fundamental do direito comunitário’” (DI PIETRO, 161) e mais recentemente foi adotado pelo direito brasileiro.

A segurança jurídica, subjetivamente falando, será aqui analisada sob a perspectiva de quem irá se beneficiar com a segurança jurídica e sob a perspectiva de quem irá garantir a segurança jurídica. Cumpre salientar que ela pode ser também nominada de princípio da confiança. Entretanto, ambos os aspectos possuem grandes potencialidades e, não raro, prefere-se trata-los como princípio autônomo. Nesse sentido:

“Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.” (COUTO E SILVA, p. 4-5)

Na primeira perspectiva, a segurança jurídica pode voltar-se, indubitavelmente, a um cidadão, individualmente considerado, ou à coletividade, no sentido de que a segurança jurídica será utilizada numa projeção mais generalizada.

A dúvida que se tem, apontada por ÁVILA (p. 155) consiste em saber se na dimensão subjetiva a segurança jurídica pode ser aplicada em favor do Estado, ou seja, se o Estado pode se valer da segurança jurídica. No aspecto objetivo da segurança jurídica, não há dúvida de que o Estado pode dela se valer, pois, consistindo o aspecto objetivo da segurança jurídica em cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico, o funcionamento do Estado, enquanto Poder Público, depende dessas premissas.

Sob o aspecto subjetivo da segurança jurídica, há obstáculo para o aproveitamento pelo Estado, consistente no fato de que o princípio da segurança jurídica é desenvolvido sob a perspectiva dos direitos fundamentais, dos quais o Estado não se vale, porquanto são utilizados apenas pelos cidadãos, inclusive na defesa contra as ingerências do Estado.

Já na perspectiva de quem irá garantir a segurança jurídica, ela deverá ser garantida pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (ÁVILA, p. 158), dentro das respectivas funções próprias a cada um dos Poderes.

Estas são, pois, a perspectiva objetiva e subjetiva da segurança jurídica que, se mais bem compreendidas pelos que dela podem se aproveitar, e este foi o objetivo do presente artigo, poderá defendida com mais afinco. Afinal, como bem colocado por NOVOA (p. 45-47), “se o Direito não pode garantir que todos os indivíduos se sintam seguros, deve, pelo menos, implementar as condições objetivas para que a segurança seja a maior possível”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à segurança jurídica é bem mais abrangente do que os limites das ideias acima delineadas. A segurança jurídica pode ser explorada sob a perspectiva do Direito Comparado, iniciando-se pelas primeiras linhas traçadas acerca desse direito fundamental dentro do Direito alemão, passando pelo Direito francês, até chegar na introdução da segurança jurídica no Brasil.

Pode, ainda, serem explorados os aspectos temporal e material da segurança jurídica, a perspectiva do princípio da confiança, o princípio da vedação ao retrocesso, expandir o estudo do processo argumentativo por meio do qual se reconstrói o sentido normativo para, daí, adentrar nas teorias da argumentação.

Outro aspecto interessante que pode ser desenvolvido é o comparativo entre o direito à segurança jurídica e o princípio da justiça social na perspectiva de John Rawls, para verificar se há ou não incompatibilidade entre ambos e, acaso se conclua pela existência da incompatibilidade, verificar qual deve prevalecer diante de uma hipótese concreta, não perdendo de vista o princípio da vedação do retrocesso.

Como se vê, o direito à segurança jurídica é terreno fértil para o desenvolvimento de estudos. Entretanto, o limite temporal e espacial impede, por ora, a abordagem dessas questões, sem as quais o direito à segurança jurídica não atinge a sua completude de significância. Mas deixa-se aqui um caminho aberto para a continuidade do estudo sobre o direito à segurança jurídica.

Chega-se, assim, ao fim do artigo com o desejo de que o objetivo proposto, consistente em propiciar ao cidadão, destinatário precípua do direito fundamental à segurança jurídica, ao lado da coletividade, o conhecimento do que vem a ser a segurança jurídica a partir da contextualização desse direito fundamental no âmbito da Constituição Federal de 1988, bem como que o cidadão perceba que o direito à segurança jurídica lhe confere estabilidade nas situações jurídicas e a possibilidade de saber quais respostas esperar do sistema normativo aos seus próprios atos e aos atos de terceiros que possam lhe atingir.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Arthur de Souza. **AS BASES TEÓRICO-DOGMÁTICAS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA E BRASILEIRA**. 2018. Dissertação de Mestrado.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDOSO, Adriana Regina Dias; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; VAHL, Queila de Araújo Duarte. Segurança jurídica, proteção da confiança e proibição de retrocesso: tríade fundamental à garantia e manutenção dos direitos sociais. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p. 303-331, 2015.

CASSARD-VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. 2003. Tese de Doutorado. Dijon.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de direito do Estado**, n. 2, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 141, p. 160-166, 2019.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ATO JURÍDICO PERFEITO EA SEGURANÇA JURÍDICA NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 11, p. 195-242, 2007.

GARCÍA NOVOA, César. **El principio de seguridad jurídica em matéria tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre**, n. 14, 2006.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica**: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. 2013. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB -, Brasília.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano, v. 14, 2010.**

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de segurança. **Revista CEJ, v. 8, n. 27, p. 110-120, 2004.**

PIRES, Manuel. Razões (e práticas) de Estado: os mal-estares entre a liberdade e a segurança jurídica. **Revista de Investigações Constitucionais, v. 3, n. 3, p. 167-189, 2016.**

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Social, v. 14, 2004.**

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição. v. 32, São Paulo: Malheiros, 2006.**

TORRES, Ricardo Lobo. Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica. **Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica. São Paulo: Ed. RT/CEU, p. 61-77, 2007.**

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010.**

APÊNDICE

Proposta de Tecnologia social:

Webinário de Teoria dos Princípios e motivação das decisões judiciais e Oficina Prático-Jurídica de aplicação dos princípios na construção das decisões judiciais.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE

PROJETO PEDAGÓGICO

**WEBINÁRIO DE TEORIA DOS PRINCÍPIOS E MOTIVAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS E OFICINA PRÁTICO-JURÍDICA DE
APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA CONSTRUÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS**

Palmas-TO

2021

1. DADOS GERAIS

1. **Título do evento:** Webinário de Teoria dos Princípios e Motivação das Decisões Judiciais e Oficina Prático-jurídica de Aplicação dos Princípios na construção das decisões judiciais
2. **Natureza do Evento:** Webinário Interdisciplinar e Oficina Prático-Jurídica Profissional no formato de *Challenge Based Learning*
3. **Plataforma:** Canal da Esmat no Youtube / Plataforma Google Meet
4. **Período de Inscrições:** a definir
5. **Inscrições:** a definir o canal de inscrição
6. **Público-alvo:** Integrantes da Magistratura Estadual Tocantinense, Servidores do Tribunal de Justiça do Tocantins; corpo docente e discente do Programa de Pós-graduação Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos.
7. **Carga Horária:** 08 (oito) horas
8. **Modalidade:** Online
9. **Data de Realização:** a definir (segundo semestre de 2021)
10. **Número máximo de inscritos:** 60 participantes
11. **Certificação:** a cargo da Esmat

2. JUSTIFICATIVA

A partir de pesquisa realizada no âmbito do Programa de Pós-graduação Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela proponente do presente projeto de evento, verificou-se que a efetiva prestação jurisdicional e a concretização do acesso à justiça são sintetizadas por meio do pronunciamento jurisdicional. A construção desse pronunciamento, que objetiva revelar a solução para o conflito de interesses, se dá por meio do contexto da descoberta e da justificação. Sendo assim, no contexto da justificação, demonstra-se a importância da motivação e da justificação das decisões judiciais no processo de associação do contexto fático ao jurídico.

Diante disso, emerge a necessidade de, não somente compreender a estrutura e as singularidades de cada espécie normativa, como também de construir a fundamentação necessária e adequada nas decisões judiciais para cada espécie normativa. Neste plano, a aplicação dos princípios como normas genéricas, que estabelecem fins a serem atingidos,

demanda um exercício que deve partir da compreensão de seu conteúdo axiológico para a sua efetiva adequação à questão de fato levada ao pronunciamento jurisdicional.

Dessa forma, diante da verificação recorrente de pronunciamentos jurisdicionais carecedores de uma fundamentação necessária e específica para cada espécie normativa, em especial dos princípios, o Webinar e a Oficina Prático-profissional visam atender a uma necessidade de aprimoramento e qualificação teórico-prático-profissional constante de membros da magistratura estadual tocantinense e de servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

O evento será uma oportunidade de intercâmbio e difusão e conhecimentos acerca da teoria dos princípios de Humberto Ávila e outros marcos teóricos como a teoria dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

O formato do evento será online com a utilização de plataformas digitais, para possibilitar a ampla participação do público-alvo.

3. OBJETIVOS

OBJETIVO GERAL

Possibilitar o aprimoramento e a qualificação profissional dos membros da Magistratura estadual tocantinense e dos servidores do Poder Judiciário tocantinense por meio de debates e oficina prático-profissional em torno do processo de aperfeiçoamento da construção da decisão judicial e a importância da sua efetiva motivação/fundamentação, tendo como paradigma a Teoria dos Princípios de Humberto Ávila e a proposta de método de aplicação das normas jurídicas por ele apresentada.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Compartilhar aspectos teóricos e práticos e propiciar o debate sobre a Teoria dos Princípios de Humberto Ávila, apresentando critérios distintivos das espécies normativas.

Propiciar o debate acerca da necessidade de aperfeiçoamento da construção da decisão judicial, com atenção específica à fundamentação das espécies normativas, em especial dos princípios.

Apresentar as diretrizes propostas por Humberto Ávila para análise dos princípios e construção da decisão judicial.

Refletir sobre o procedimento de construção das decisões judiciais e a densificação dos princípios utilizados como fundamentos.

Realizar a prática da construção de decisões judiciais, com a utilização da metodologia ativa *Challenge Based Learning*.

4. ORGANIZAÇÃO CURRICULAR

Programação do Webinário: Teoria dos Princípios e Motivação das Decisões Judiciais	
Horário	Diálogos Temáticos
Dia/Mês: a definir Horário:	Abertura do evento Presidente da mesa: Coordenador ou Representante do Programa de Pós-Graduação Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos
Dia/Mês: a definir Horário:	Diálogos: Teoria dos Princípios e Motivação das Decisões Judiciais Expositores: Ana Paula Ribeiro Soares Outro expositor a definir Mediador: A definir
Dia/Mês: a definir Horário:	Discussão, questionamentos e encerramento Mediador: A definir
Programação da Oficina Prático-Jurídica de Aplicação dos Princípios na construção das decisões judiciais	
Horário	Atividades
Dia/Mês: a definir Horário:	Divisão dos participantes em grupos de trabalho
Dia/Mês: a definir Horário:	Execução das tarefas de construção da decisão judicial por meio da metodologia ativa <i>Challenge Based Learning</i> (aprendizagem

	baseada em desafios)
Dia/Mês: a definir Horário:	Apresentação pelos grupos dos resultados da oficina

5. EMENTA DO WEBNÁRIO E DA OFICINA

1. Considerações teórico-conceituais sobre processo e jurisdição e sua importância na construção da decisão judicial e efetivação do acesso à justiça
2. Acesso à justiça e a prestação jurisdicional como direitos fundamentais: da garantia formal à sua concretização substancial
3. A decisão judicial e a essencialidade da motivação como instrumento de desvelamento da verdade processual
4. As espécies normativas e a importância da densificação dos princípios na motivação da decisão judicial
5. Oficina de Construção de Decisões Judiciais a partir da proposta de método de aplicação das normas jurídicas de Humberto Ávila

6. METODOLOGIA

O Webinar e a Oficina serão produzidos nos estúdios da Escola Superior da Magistratura Tocantinense e veiculado por meio de plataforma de videoconferência que permita a interação entre os participantes. A exposição será dialógica com a participação da pesquisadora que desenvolveu a pesquisa e dois convidados.

O processo dialógico se estruturará de forma dialética entre os convidados, abordando cada um dos itens teóricos desenvolvidos na pesquisa relatada pela pesquisadora, possibilitando ao operador do direito – que participar do Webinar –, o conhecimento de posições distintas no plano conceitual, a síntese das análises conceituais e teóricas, bem como a sua projeção prática, voltada à aplicação dos princípios nas decisões judiciais.

A Oficina de Construção de Decisões Judiciais será desenvolvida por meio da metodologia ativa *Challenge Based Learning* (aprendizagem baseada em desafios). A escolha dessa metodologia se deu por propiciar de forma dinâmica e por meio do uso da tecnologia a obtenção do produto final, que é a produção de uma decisão judicial, com enfoque no

processo de produção, porque a proposta central visa direcionar o foco no procedimento, que é justamente o aperfeiçoamento da construção das decisões judiciais.

Inicialmente, a turma será dividida em grupos, sendo a atividade dividida em três etapas. A primeira etapa será a definição de uma norma princípio para fundamentar a decisão judicial de um caso previamente selecionado. Na segunda etapa, serão elaboradas questões guias direcionadas ao desenvolvimento da solução para o caso apresentado, tendo por modelo de análise dos princípios o proposto por Humberto Ávila (2014). Na terceira etapa, serão desenvolvidas as soluções para a construção e motivação da decisão judicial.

7. AVALIAÇÃO

Todos os inscritos deverão participar das atividades programadas, as quais serão desenvolvidas da seguinte forma:

- Para o Webinar os participantes deverão contar 100% de frequência na atividade, que serão verificadas a partir da taxa de comparecimento em rede, período de acesso e tempo de visualização;
- Em relação à realização da oficina será avaliado o cumprimento das etapas propostas pelos grupos designados;
- Será obrigatório o preenchimento de formulário de avaliação do evento pelos participantes;
- A frequência será realizada por formulário eletrônico disponibilizado durante o evento.

8. INSTRUTOR(A), PALESTRANTE (S), CONFERENCISTA(S) E/OU CONVIDADO(S)

Ana Paula Ribeiro Soares

Vinícius Pinheiro Marques

Outro conferencista a definir

9. RECURSOS E TAREFAS

Elaboração de banner digital para divulgação nas mídias sociais.

Elaboração de página de inscrição do Webinário e Oficina.

Abertura da sala de conferência para os palestrantes.

Transmissão ao vivo da palestra pelo Canal da Esmat no Youtube.

Divisão dos grupos de trabalho da Oficina e transmissão das orientações de execução das atividades práticas.

Verificação da frequência/participação no evento.

Disponibilização do instrumento de avaliação do evento.

Emissão dos certificados.

10. ORGANIZAÇÃO

COMISSÃO ORGANIZADORA

Ana Paula Ribeiro Soares: Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Discente do Programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT).

COMITÊ CIENTÍFICO

Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira: Doutor em Direito em Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Atualmente é professor em cursos de graduação e de pós-graduação (*lato e stricto sensu*) e desenvolve atividades de pesquisa e extensão.

Vinícius Pinheiro Marques: Doutor em Direito pela PUC/MG, Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins/UFT. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Atualmente é Professor do Programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (especialização) em Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT).

APOIO TÉCNICO

A definir

11. DISPOSIÇÕES FINAIS

O referido evento irá certificar para os participantes a carga horária de 08 horas.

Para emissão do certificado de participação no evento, é condição que o instrumento de avaliação do evento seja preliminarmente preenchido pelo participante.

Os casos omissos e dúvidas na interpretação das normas reguladoras do evento, porventura suscitados, deverão ser encaminhados à Comissão Organizadora do Evento

Palmas, 16 de julho de 2021.

Ana Paula Ribeiro Soares