

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito
Faculdade Mineira de Direito

**AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO E PRINCÍPIOS DA
INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL: uma análise à luz da jurisprudência do
Tribunal de Justiça de Minas Gerais.**

Marcos Antonio Ferreira

Belo Horizonte

2011

Marcos Antonio Ferreira

**AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO E PRINCÍPIOS DA
INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL: uma análise à luz da jurisprudência do
Tribunal de Justiça de Minas Gerais.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Mário Lúcio Quintão Soares
Co-orientador: Eduardo Machado Tupynambá

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F383a Ferreira, Marcos Antonio
Ação cautelar de exibição e princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal: uma análise à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. / Marcos Antonio Ferreira. Belo Horizonte, 2011.
150f.

Orientador: Mário Lúcio Quintão Soares
Co-orientador: Eduardo Machado Tupynambá
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Processo Civil. 2. Devido processo legal. 3. Medidas Cautelares. I. Soares, Mário Lúcio Quintão. II. Tupynambá, Eduardo Machado. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 347.9(815.1)

Marcos Antonio Ferreira

**AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO E PRINCÍPIOS DA INAFSTABILIDADE DA
JURISDIÇÃO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: uma análise à luz da
jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Mário Lúcio Quintão Soares (Orientador) – PUC Minas.

Eduardo Machado Tupynambá (Co-orientador) - UNIMONTES

Belo Horizonte, de novembro de 2011.

À doce memória de minha mãe, Maria do Socorro Ferreira, junto da qual a minha vida foi doce: de uma doçura jamais encontrada e da qual toda recordação é para mim, um exemplo e uma inspiração de bem.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Dr. Mário Lúcio Quintão Soares, que tornou possível a realização deste trabalho.

Ao coordenador do Mestrado Interinstitucional em Direito UNIMONTES-PUC Minas, e meu co-orientador, Dr. Eduardo Machado Tupynambá, sem o qual, não se tornaria factível a realização deste sonho.

Aos professores do MINTER, pela grandeza em compartilhar o conhecimento e aos colegas pela fecunda troca de experiências.

Aos meus filhos, paixões de minha vida.

Epitáfio

Devia ter amado mais
Ter chorado mais
Ter visto o sol nascer
Devia ter arriscado mais
E até errado mais
Ter feito o que eu queria fazer...

Queria ter aceitado
As pessoas como elas são
Cada um sabe a alegria
E a dor que traz no coração...

O acaso vai me proteger
Enquanto eu andar distraído
O acaso vai me proteger
Enquanto eu andar...

Devia ter complicado menos
Trabalhado menos
Ter visto o sol se pôr
Devia ter me importado menos
Com problemas pequenos
Ter morrido de amor...

Queria ter aceitado
A vida como ela é
A cada um cabe alegrias
E a tristeza que vier...

O acaso vai me proteger
Enquanto eu andar distraído
O acaso vai me proteger
Enquanto eu andar...

Devia ter complicado menos
Trabalhado menos
Ter visto o sol se pôr...

Titãs
Composição: Sérgio Britto

RESUMO

O princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, também conhecido como Direito de Ação, surge no mundo jurídico a partir do momento em que o Estado resolveu tomar para si o monopólio da jurisdição. Surge, assim, como fruto das garantias constitucionais, responsáveis por alicerçar as bases de um Estado Democrático de Direito. O processo, nesse compasso, é utilizado como ferramenta útil e necessária através da qual o cidadão leva ao Estado-juiz o conhecimento de determinado assunto que lhe aflige; um litígio sobre o qual o Estado deve se manifestar. A teoria tripartida das condições da ação, sugerida por Liebman e influenciadora do atual Código de Processo Civil Brasileiro revela a necessidade de a demanda preencher três requisitos cumulativos: interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido; estas condicionantes legítimas, não podem ser interpretadas como limitadoras ao direito de ação, mas tão somente o regulamentam. Tais condições são necessárias para a garantia do direito material, trata-se de formalismo processual necessário para se evitar a interferência na esfera jurídica de alguém que não esteja malferindo direito alheio. A regularidade processual, delineada pelo princípio do Devido Processo Legal, almeja ao respeito e, sobretudo, ao atendimento de condições para que o processo seja efetivado de maneira a atender às ordens legais, o respeito aos princípios constitucionais e às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito. Porquanto, o estudo das condições da ação, mais especificamente na Ação Cautelar de Exibição, em sua aplicação no âmbito das decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, revestem-se de importância, na avaliação e aplicação pragmática de garantias constitucionais.

Palavras chave: Constituição. Processo. Devido Processo Legal. Inafastabilidade do controle jurisdicional.

ABSTRACT

The needed jurisdiction principle, also known as a right of action, arises in the legal world from the time when the state decided to take a monopoly of jurisdiction. Therefore emerges as a result of constitutional guarantees, responsible for substantiating the basis for a Democratic State. The process, thus is used as a useful and necessary tool through which the citizen leads to judge the knowledge of a particular issue that afflicts him; a dispute over which state should be manifested. The tripartite theory of the action causes, suggested by Liebman and influential of the current Brazilian Civil Procedure Code, indicates the need to demand complete three cumulative elements required by statute: interest to act, the legitimacy of the parties and the claim legal possibility, these legitimate constraints, can not be interpreted as limiting the right of action, but only to regulate it. Such conditions are necessary to guarantee the substantive law; it is procedural formalities necessary to avoid interference in the jurisdictions of someone who is not injuring rights of others. The regularity of procedure, outlined by the principle of due process of law, aspires to respect and, above all, to meet the conditions for the process to be effected in order to meet the lawful orders, respect for constitutional principles and guarantees inherent in the Democratic State of Law. So, the study of the action causes, specifically in the lawsuit injunction, in its application within decisions of the Minas Gerais State Court, show importance in the evaluation and pragmatic application of Constitutional guarantees.

Key-words: Constitution. Procedure. Due Process of Law. Needed control of jurisdiction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO	16
2.1 Processo e Constituição no paradigma do Estado Democrático de Direito	16
Reminiscência histórica - o monopólio da jurisdição	16
2.2 O direito fundamental à prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito. O processo como instrumento da jurisdição	21
2.3 Dever de exibição e direito fundamental à prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito.....	26
3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO NA DOUTRINA BRASILEIRA: IMPACTO SOBRE A EFETIVIDADE DO DEVER DE EXIBIÇÃO.	32
3.1 Acepções do vocábulo: Princípio	32
3.2 Princípios Constitucionais – fases: jusnaturalista, positivista e pós-positivista.....	38
3.3 O Devido Processo Legal: Das origens históricas ao reconhecimento do seu conteúdo substancial. A garantia constitucional do acesso ao Judiciário.	50
3.4 A inafastabilidade do controle jurisdicional na história constitucional brasileira - A garantia constitucional do acesso ao Judiciário.....	64
3.5 Distinções fundamentais entre a inafastabilidade do controle jurisdicional e as condições do exercício legítimo do direito de ação.	71
3.6 Antinomias ou conflitos entre princípios jurídicos.	75
4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO: A PONDERAÇÃO DOS VALORES NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.....	87
4.1 Considerações gerais.....	87

4.2 Entendimento da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais	90
4.3 Entendimento da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	93
4.4 Entendimento da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	95
4.5 Entendimento da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	98
4.6 Entendimento da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	101
4.7 Entendimento da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	105
4.8 Entendimento da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	109
4.9 Entendimento da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	112
4.10 Entendimento da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	116
4.11 Entendimento da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	122
5 CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS.....	134

1 INTRODUÇÃO

A partir de 1891 vive-se no Brasil o que a doutrina e jurisprudência chamam de monopólio da jurisdição pelo Judiciário. Isso se deve ao fato de que foi exatamente naquele ano que o país se filiou a tripartição de poderes de acordo com a nova forma de governo que se iniciara. Nesse contexto, com o fim da autotutela, ou por muitos, chamada de autodefesa; o Estado tomou para si o poder e o dever de resolver com exclusividade e de forma imparcial os conflitos de interesses entre particulares e até mesmo entre a Administração Pública e os administrados de forma geral.

Desta feita, na resolução de conflitos, salvo as convenções arbitrais; que no ordenamento jurídico brasileiro ainda se mostram muito recentes e pouco difundidas, deve-se acionar obrigatoriamente o Estado para dizer o direito no caso concreto – jurisdição. O Poder Judiciário, nesse sentido, é quem detém o monopólio de pronunciar a vontade do ordenamento jurídico vigente e impor às partes o cumprimento de suas decisões por ser o órgão incumbido de realizar a prestação jurisdicional.

Nas palavras de Bastos, *“a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, para produzir ao final, coisa julgada, com o que substitui de forma definitiva a vontade das partes”*. (BASTOS, 2000, p. 25)

Ao Poder Judiciário cabe, então, a importante tarefa de fazer valer o ordenamento jurídico de forma coativa todas as vezes que para solução de conflitos as partes não conciliarem; sendo certo que a substituição de vontades das partes, nesse ínterim, que se revelaram impotentes é automática fazendo-as ao final tão somente cumprir o que for decidido pelo Estado-juiz.

Em razão disso, com o monopólio da justiça nas mãos do Estado, surge para o cidadão a necessidade de ter ao seu alcance uma ferramenta capaz de levar a cabo os conflitos intersubjetivos em que estiver envolvido.

Destarte, através do ordenamento jurídico, o Estado faz nascer para o jurisdicionado o *direito fundamental à prestação jurisdicional* que se encontra positivado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988: *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* que, por sua vez, revela-

se como corolário do princípio do amplo acesso ao Judiciário ou, em outras palavras, inafastabilidade do controle jurisdicional.

O direito de ação ou direito à prestação jurisdicional, nessa fresta, é considerado pela doutrina e iterativa jurisprudência como sendo a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir em juízo e, em virtude dessa pretensão, receber uma resposta satisfatória e justa, respeitando-se o princípio constitucional do devido processo legal que engloba os demais princípios como contraditório, ampla defesa, motivação de atos decisórios, juiz natural etc. (GRINOVER, 2003).

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja *efetiva* como resultado prático do processo. (DINAMARCO, 2004).

Interessante afirmar que por ser um direito autônomo não se pode confundir o direito material que o autor da ação entende lesado com o direito material que se pretende defender; sendo que a efetiva existência desse direito materialmente discutido na ação não é requisito para que o direito de acionar o Judiciário seja exercido. O direito de ação existe por si só e, dessa maneira, pode ser exercido mesmo que não exista nenhum direito material a ele subjacente.

Constitucionalmente, o direito de ação se revela como a principal garantia dos direitos subjetivos, tendo na doutrina sua natureza jurídica reconhecida como a garantia das garantias constitucionais. Equivale-se ao princípio da inafastabilidade da jurisdição como dito anteriormente e fundamenta-se também no princípio da separação de poderes.

Ocorre que, para ser exercido assim como qualquer outro direito, o direito de acionar o Judiciário deve atender a condições estabelecidas pelo sistema processual, de forma que deve estar de acordo com os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, tudo em equilíbrio e harmonia para que não seja obstada a garantia de regularidade da estrutura processual.

Nesse passo, importa destacar os requisitos essenciais de instauração regular de um processo que se inicia com a correta propositura de uma ação. Para tal, antes de qualquer ingerência estatal, impõe a observância dos requisitos para o julgamento do pedido, denominadas pelo Legislador de condições da ação: possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, as últimas tratadas no artigo 3º do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973): “*Para propor ou*

contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, cuja ausência, no processo, é sancionada com a extinção do processo, sem resolução do mérito, conforme determina o artigo 267, III, do CPC ou a sanção do indeferimento da inicial, estabelecida no artigo 295, II e III do CPC.

O art. 282 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) elenca em seus sete incisos, os requisitos de uma petição inicial, sendo bem claro quando expressa que o autor deve demonstrar os fatos e fundamentos de seu pedido, bem como as formas com que pretende provar os seus argumentos. Mais adiante no art. 293 do mesmo diploma legal tem-se as razões pelas quais uma petição inicial será indeferida e no art. 267, VI estão dispostas as três condições da ação, aceitas pela doutrina em geral e adotada pelo Código de 1973.

As condições da ação que se revelam como sendo legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual, devem estar presentes, cumulativamente, sob pena de indeferimento da petição inicial, como já mencionado.

Esse é o ponto fulcral da presente dissertação, que pretende estudar os princípios constitucionais que envolvem o processo civil brasileiro e ainda, analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, especificamente no julgamento das ações cautelares, em que se requer a exibição de documento – previstas no artigo 844 do Código de Processo Civil, se estaria atentando para a observância do requisito essencial para o julgamento do pedido, na medida em que inexistentes indícios de existência de lide, pretensão resistida, *conditio sine qua non* para a atuação do Estado-juiz.

De outro giro, é preciso registrar que a necessidade de serem preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, são previsões que, apesar de limitadoras, caracterizam-se pela plausibilidade e constitucionalidade. Revelam-se como requisitos objetivos e genéricos que não limitam o acesso à justiça, mas tão somente regulamentam-no.

A harmonia do sistema processual vigente é reflexo da aplicabilidade e atenção aos princípios que se fazem presentes na Constituição Federal e que se apresentam como diretrizes de todo o ordenamento jurídico. Os propósitos do legislador constituinte de 1988 se voltaram para determinar o nascedouro de uma Constituição inspirada nas mudanças de um regime totalitário para um sistema democrático, onde o objetivo a ser alcançado seria um poder que almejasse as representações provenientes da vontade de um povo.

Desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem que se deu em 1948, uma imensa condensação de princípios universais tornou-se um instrumento capaz de influenciar várias Constituições liberais ao redor do mundo; e com a força do próprio tempo, foram se difundindo e enraizando-se para ampliar as garantias dos indivíduos num dado ordenamento jurídico.

Sendo certo que para uma nação ser considerada um Estado Democrático e de Direito, é necessário que se faça presente em suas estruturas, um Poder Judiciário que se considere e caracterize por princípios democráticos capazes de resguardar a garantia dos direitos do homem e de todo cidadão.

Nesse sentido, Baracho enfatiza em seus estudos a importância fundamental de estarem presentes nas Constituições modernas, tanto uma declaração de direitos como os seus remédios; tudo isso, na visão do autor, revela-se como garantias fundamentais e pode ser assim explicitado:

A relação existente entre Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo. A jurisprudência e a doutrina preocupam-se, cada dia mais, com os direitos fundamentais, daí a necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios, de justiça individual e social. (BARACHO, 1984, p. 122)

Nessa trilha, tratando-se os princípios constitucionais do processo como matéria principal do presente estudo é que se faz necessária a exposição e explicação dos princípios que norteiam o direito de ação, quer seja como expressão, quer seja como base nuclear do assunto aqui tratados; vale frisar que princípio é o começo e o fim de tudo, pode-se dizer que é o alicerce assim como o ponto de chegada.

Assim, desde o jusnaturalismo até o pós-positivismo, em que estamos inseridos na atualidade, importa destacar o papel desempenhado pelos princípios de direito em cada uma das épocas por que passou. A abstração que detinham na fase do naturalismo quando a sua normatividade era nula e duvidosa, foi aos poucos perdendo significado para então serem inseridos nos códigos escritos e, no auge do positivismo, ser considerados como elemento integrador, na forma de suprimento de lacunas do ordenamento jurídico; utilizados na ausência da lei e aplicáveis às espécies tipificadas.

A atual fase, iniciada nas últimas décadas do século XX, denominada como pós-positivista, é fruto de evolução por que passou o estudo e aplicação dos princípios que norteiam a ordem jurídica prevalente. As novas Constituições promulgadas acentuaram a hegemonia axiológica dos princípios, e como resultado disso, se converteram num pedestal normativo sobre o qual está assentado todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Nessa nova fase do direito, os princípios passam a ser analisados como espécies de normas, com campo de abrangência mais amplo do que até mesmo as regras, por ser tratar de preceitos que devem intervir nas demais normas, tidas como inferiores; para então obter delas o real sentido de alcance, com fins a garantir os direitos sociais do homem. E é com respeito a isso que os princípios jurídicos conquistaram o *status* de normas jurídicas vinculantes, e deixaram de possuir apenas função integratória e subsidiária, característica do positivismo.

Ronald Dworkin, jurista de Harvard, consagra-se como um dos principais expoentes da nova sistemática principiológica, cujos estudos contribuíram de forma valiosa para traçar e caracterizar o ângulo novo da normatividade definitiva que se reconhece aos princípios. Efetivamente, os princípios são utilizados como critério superior de interpretação de todas as demais normas, de forma a orientar a aplicação do direito positivo ao caso concreto.

Nesse emaranhado de idéias é que se pretende discutir as decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisando-se através dos julgamentos das câmaras cíveis especializadas, a aplicação dos princípios constitucionais relativos ao direito de ação, ou seja, ao próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Diante disso, pode-se concluir que o perfil da moderna democracia deve estar dotado de instrumentos que visam à proteção da liberdade e dos direitos de todos, sendo de ressaltar que é através desses instrumentos: Processo e Constituição, que se tutelam os direitos fundamentais; a inclusão dos princípios processuais como matéria constitucional visam a garantia da ordem jurídica interna resultante e inerente ao regime libertário e democrático que nos garante.

2. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

2.1 Processo e Constituição no paradigma do Estado Democrático de Direito Reminiscência histórica - o monopólio da jurisdição

O direito, enquanto ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido, e consistente em um sistema normativo, admite o estudo por unidades estruturais que o compõem. Neste sentido, busca-se estudar o Direito Público, em suas subdivisões do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil.

Na história do direito, de origem tão antiga quanto a história da humanidade, inicialmente prevaleceu a idéia do exercício do direito pela força. Em seguida, com a organização familiar, a formação de tribos e a evolução em sociedade primitiva, acendeu-se a chama das regras – inicialmente normas morais, de origem eminentemente religiosa – o homem dominando o homem, em nome de Deus - e posteriormente regras jurídicas, visando disciplinar e reprimir os instintos, a selvageria, regrar as relações interpessoais e proteger a propriedade privada, iniciando o processo de civilização, ainda inacabado.

Em Hobbes, tem-se que a formação do Estado se justifica, pela necessidade da existência de uma autoridade superior capaz de impor uma ordem limitativa da natureza do homem, porque “*Sem a espada, os Pactos não passam de palavras sem força que não dão a mínima segurança a ninguém*”. Planejou a constituição de um poder que assumisse o papel de eliminar a “*guerra de todos contra todos*”, pela paz entre os indivíduos. (HOBBS, 2000, p. 123-134)

Desde as primeiras civilizações de que se tem notícia – suméria, egípcia, grega, Babilônica e Persa, havia em sua gênese, como elemento comum, um corpo de regras que permitiam a convivência em sociedade, compostas de regras morais, sociais e religiosas, havendo relatos de que na Mesopotâmia teriam sido encontrados registros de leis elaborados durante a terceira Dinastia de Ur (2110-2000 a. C.), durante o governo de Ur-Nammu, regulando sobre crimes tais como fuga de escravos, adultério e falso testemunho, que eram punidos na sua maioria por multas (HEISE, 1995)

O corpo de regras que permite a convivência em sociedade, elemento da ciência do Direito, como é compreendida atualmente, tem, segundo Barroso (2011), matriz ético-religiosa na teologia judaico-cristã, com a lei assumindo dimensão simbólica e como pacto divino, e seu fundamento racional-legal na cultura greco-romana, com o conhecimento científico fundado em princípios e regras de valor universal.

Da passagem do império da força ao Estado de Direito, surge a necessidade de limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito), através de ordem jurídica dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, com a adesão voluntária e espontânea dos destinatários, que é a essência do constitucionalismo.

As limitações do poder, em um Estado Constitucional, podem resumir-se em: limites materiais, como sendo a preservação de valores básicos, limitações processuais, que impõem a observância do fundamento legal e do devido processo legal, que congrega regras de caráter procedimental e de natureza material, bem como meios de controle da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.

Outra limitação do Estado Constitucional é a exigência de estrutura específica de divisão do exercício do poder - especialização funcional e independência orgânica, cuja base pode ser encontrada em *A POLÍTICA*, de Aristóteles (2010, p. 87) –, onde o Estagirita dividia o governo em três partes:

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. A ele cabendo decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar a pena de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados.

O segundo, Poder Executivo, compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las.

O terceiro abrange os cargos de jurisdição, especializados em oito espécies de competência: A primeira, para a apresentação das contas e exame da conduta dos magistrados. A segunda, para as malversações financeiras. A terceira, para os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição. A quarta, para as multas contra as pessoas, quer públicas, quer privadas. A quinta, para os contratos de alguma importância entre particulares. A sexta, para os assassínios ou tribunal criminal. A sétima para os negócios dos estrangeiros, quer entre eles, quer contra cidadãos. Além destes tribunais, existem juizes para os casos mínimos, tais como os de um até cinco dracmas, ou pouco mais, pois, se é preciso julgar estas queixas, elas não merecem, porém, ser levadas diante dos grandes tribunais. (ARISTÓTELES, 2010, p. 87)

No Século XVI, Nicolau Maquiavel (2011), em *O Príncipe*, deu importante contribuição para a formação dessa idéia, ao revelar o exercício de três poderes

distintos: o Legislativo (representado pelo Parlamento), o Executivo (materializado na figura do Rei) e um Judiciário autônomo.

John Locke, no Século seguinte, e ainda que implicitamente, abre a primeira sistematização doutrinária efetiva da separação de poderes. (DEREK JOHNSTON, 2008). Na sequência, Montesquieu (2011) em 1748 no “*Espírito das Leis*”, desenvolve a teoria da “*distinção funcional entre os órgãos do Estado*” (BARACHO, 1984, p. 28), cujo objetivo último seria a de assegurar a moderação do poder, mediante a cisão entre as funções do Estado, funcionalmente constituídos e especializados em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. A especialização, com a tripartição do poder, e a divisão otimizada de atribuições e competências, e a especialização das funções de cada órgão do governo, tinha ainda o escopo de assegurar uma eficácia mínima de governança, bem como conferir legitimidade e racionalidade administrativa a esses entes estatais, eficácia e legitimidade essas que devem e podem resultar num equilíbrio dos poderes sociais.

Para Montesquieu (2011), o Poder Executivo deveria ser centralizado em uma só pessoa e por ela exercido, com direito de veto sobre as decisões do parlamento. Isso porque desse, ao cuidar dos negócios do Estado, exige-se rapidez de decisão e de ação, daí a centralização. O Poder Legislativo, incumbido de fazer leis e representando o povo, encarnado em duas assembléias, a Câmara dos Lordes, representaria a nobreza e a Câmara dos Comuns, que representaria o povo. Junto a esses, um terceiro poder, o Judiciário, incumbido de interpretar as leis e julgar. Todos em mútua cooperação, conforme se depreende do texto abaixo:

Não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 2011)

Refletindo sobre o abuso do poder real, Montesquieu (2011) conclui que “*só o poder freia o poder*”, no chamado “*sistema de Freios e Contrapesos*” (*checks and balances*), daí a necessidade de cada Poder manter-se autônomo e constituído por pessoas e grupos diferentes, em contínua e verdadeira cooperação.

James Madison, no Federalista, XLVIII, discorre que: “*Todos los poderes del gobierno, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, convergen en el cuerpo legislativo. La*

concentración de ellos en las mismas manos constituye precisamente la definición del gobierno despótico”.

Discorrendo acerca da separação dos poderes, BARACHO (1984, p. 37), deixa claro que a separação dos poderes constitui “*uma garantia concreta da liberdade e uma afirmativa de que a soberania não será usurpada por qualquer dos órgãos*”.

O Estado de Direito pressupõe a existência de uma Constituição, e nessas linhas, Barroso (2011) descreve que:

A Constituição de um Estado Democrático tem duas funções principais. em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetadas por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa.

Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade concorrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação majoritária. (BARROSO, 2011, p. 9).

Em Lassale (2010), extrai-se que a Constituição, enquanto lei fundamental de uma nação, e na qual se baseia *a organização do Direito Público do País*, deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum, e necessariamente apoiada nos fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade que, ao adquirir expressão escrita, transmudam-se em verdadeiro direito – instituições jurídicas.

Já para Canotilho (1993), a Constituição ideal deveria ter forma escrita (instrumental), formando um conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, identificar-se com os postulados político-liberais, e consagrar um sistema de garantias da liberdade (essencialmente concebida no sentido de reconhecimento de direitos individuais e de participação política) e fixar a organização fundamental do Estado, reconhecendo a divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais.

Alexandre de Moraes (2002), na delimitação do conceito de Constituição ressalta que se trata de lei fundamental, principal, basilar, que serve de alicerce e arrimo para as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, devendo conter, em regra, (a) normas referentes aos elementos orgânicos ou organizacionais: que aparelham o Estado e os poderes constituídos; (b) elementos limitativos: que limitariam o poder - direitos e garantias fundamentais e (c) elementos de estabilização constitucional: supremacia da Constituição (controle de constitucionalidade) e solução de conflitos constitucionais.

A Constituição do Estado, para Silva (1992), seria sua lei fundamental; aquela que conteria a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou consuetudinárias, que regule o sistema político - forma do Estado e de governo, regime de governo e regime político e os limites ao exercício do poder. Diante disso, pode-se afirmar que sinteticamente, a Constituição é o objeto do estudo do Direito Constitucional.

E enquanto ramo do Direito Público, o Direito Constitucional se distingue pela natureza específica de seu objeto e pelos princípios singulares que o informam, configurando-se como direito fundamental, por tratar diretamente da organização e funcionamento do Estado. Tem por objeto a constituição política do Estado: "*Suas ordens constituem uma ordem em que repousam a harmonia e a vida do grupo, porque estabelece harmonia entre seus elementos*". (HAURIOU *apud* SILVA, 1992, p. 36), - normas fundamentais da organização do Estado - cabendo-lhe o estudo sistemático das normas e princípios que o integram.

O Direito Constitucional porquanto é considerado por grande parte da doutrina como sendo o ramo do Direito Público, destacando por ser fundamental à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política.

Para Miranda (2007), o Direito Constitucional pode ser conceituado como a parte da ordem jurídica que regula o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. E como o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo, e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza.

O Direito Processual mantém estreitas relações com o Direito Constitucional, não apenas pela relação de supremacia deste, mas principalmente porque, sendo o monopólio da jurisdição uma das funções elementares do Estado, a Constituição traçará os limites e atributos dessa função. Além disso, na Constituição encontram-se os princípios básicos do processo, destacando-se a garantia do tratamento isonômico das partes (art. 5º, I), a que garante a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), a garantia do juiz natural (LIII), a segurança da observância do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e a inadmissibilidade de provas ilícitas (LVI). (BRASIL, 2008)

2.2 O direito fundamental à prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito. O processo como instrumento da jurisdição

O estudo do direito processual e da noção de processo, enquanto procedimento necessário para a efetivação do direito fundamental à prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito, ainda que pouco aprofundado, é essencial para a apreensão da noção do devido processo legal processual ou procedimental.

O liame existente entre Constituição e Processo, é descrito por Baracho:

A relação existente entre Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. (...) a Constituição pressupõe a existência do processo como garantia da pessoa humana. (BARACHO, 1984, p. 122)

O Direito Processual, que pode ser definido, sinteticamente, como o conjunto de normas formais ou instrumentais, que regulam a vida social através do exercício da jurisdição, regendo a relação jurídica através da atuação da função jurisdicional é, em Couture, consagrado como “*o texto que regulamenta a garantia de justiça contida na Constituição*” (BARACHO *apud* BERMUDEZ, 1984, p. 110).

O direito processual constitui atualmente disciplina autônoma na ciência do direito, evoluindo, segundo Niceto Alcalá-Zamora y Castilho citado por Carreira Alvim, (2003, p. 36), do que denominou período primitivo, passando pela fase da

Escola Judicialista, pela tendência dos práticos (praxismo), pela fase do procedimentalismo, até a fase do processualismo científico ou moderno, iniciado com Oskar Von Bülow (1868), com sua concepção de processo como relação jurídica processual e aperfeiçoada por Fazzalari (2006), com sua proposição de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes.

Com Oskar Von Bülow (1868), cuja obra é considerada a pedra de toque da processualística, tem-se início a solidificação da teoria de que a natureza jurídica do processo seria a de uma *relação jurídica*, o processo deixou de ser visto puramente como uma cadeia de atos (procedimento) e se lhe acrescentou a idéia de que havia uma relação jurídica, de caráter dinâmico, definidora do processo — e, inclusive, diferenciadora do conceito deste em face do conceito de procedimento. Não excluindo a pertinente observação, de que, durante a relação jurídica processual, o mesmo se trata de mecanismo estatal para o exercício da jurisdição.

A relação jurídica processual é a relação obrigatória e imperativa que se passa no processo, entre os sujeitos do processo, ou seja, é “o sistema dos vínculos regidos pelo direito que interligam os sujeitos do processo”. (DINAMARCO, 2002, p. 196).

O processo judicial constitui a prática de atos, sucessivamente ordenados para fazer atuar a jurisdição, atuando na prevenção ou na composição de conflitos sociais, ou na administração de interesses sociais relevantes. “É o instrumento de pacificação social” (CINTRA, GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 41), seus efeitos se projetam muito além do interesse dos litigantes, garantindo a efetividade integral do direito, devolvendo a paz ao corpo social e tendo também objetivo de prevenção geral. Para os litigantes em juízo, o processo é o meio de se obter, através da jurisdição, a satisfação da própria pretensão através da realização do direito e a cessação do conflito.

Tendo o processo por objetivo básico desvendar e gerar certeza jurídica sobre a incerteza da relação jurídica litigiosa, daí seu caráter instrumental, traz segurança e normaliza as relações individuais e estatais, no sentido de alcançar a justiça objetiva e o bem-estar social prometido pelo Direito, e ameaçado pelo litígio, que é constante ameaça à normalidade jurídica. O que se espera da administração pública da justiça, através do processo, qual retaguarda do Direito, é a garantia da incolumidade da justiça objetiva individual, dentro do plano da unidade da ordem jurídica.

Baracho (1984, p. 118), descreve que “a *idéia de processo aparece em todos os campos do direito, desde que ocorra um conflito de interesses que necessita ser resolvido.*” Cita Couture, para quem “o processo é, em si mesmo, um método de debate” e Benjamin Cardozo, “ao examinar a natureza do Processo Judicial, liga a teoria jurídica à prática dos tribunais, em que esses contribuem para a criação do direito, com o objetivo de encaminhá-lo para maior utilidade social”.

Para Cattoni (2001, p. 191), “o processo jurisdicional é visto, muitas vezes, sob duas perspectivas: uma, como instrumento da Jurisdição, outra como instrumento de garantia de direitos”, compreendendo-se o processo jurisdicional na definição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 277), como algo: “*indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder), mas é, também, instrumento pelo qual o Estado se submete ao próprio direito que a nação instituiu.*” (GONÇALVES, 1992, p. 12).

Defende Fazzalari (2006) que, no conceito de processo, deve ser repudiada a inserção da relação jurídica processual. Para ele, o processo deve ser entendido como “*um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.*”

Na obra de Gonçalves (1992), tem-se a afirmação de que:

A contribuição definitiva para a renovação do conceito de procedimento, no Direito Processual, orgânica, sistematizada, coerente e lógica, vem de Elio Fazzalari, que partiu de uma bem estruturada visão do ordenamento jurídico e de um quadro conceitual muito bem definido para investigar as formas possíveis de “enucleação”, ou de conexões de normas, ou seja, de agrupamentos normativos vistos quanto à especial forma do entrelaçamento dessas normas; dos atos por elas regidos, não só na qualificação de sua juridicidade, mas na sua predicação quando tais atos são correlacionados com tais normas, para a caracterização do procedimento e do processo. (GONÇALVES, 1992, p. 11)

Discorre ainda Gonçalves (1992, p. 12), que o processo, enquanto *procedimento realizado em contraditório entre as partes*, se caracteriza como a relação jurídica mais democrática, menos arbitrária e que mais se presta à administração da justiça numa sociedade. Para o citado autor, (GONÇALVES, 1992, p. 68), o processo é um procedimento de que participam aqueles que são

interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, este essencialmente em simétrica paridade, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.

Discorrendo sobre a teoria de Elio Fazzalari, para o qual o processo deve ser entendido como procedimento realizado em contraditório entre as partes, Cintra, Grinover e Dinamarco (2003), propõem:

É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os “litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral”, está a Constituição (art. 5º, LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual. (CINTRA, GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 285)

A noção de contraditório, embora recente no direito positivo, encontra raiz no Direito Romano, expressa nos brocardos: *Audiatur et altera pars*. (lat.) – (que seja ouvida também a outra parte); *audi alteram partem* (ouve a outra parte). Em “*A evolução do Direito*”, Rudolf Von Ihering (1956), descreve que a relação entre as partes deveria ser caracterizada pela igualdade jurídica: “*devem combater-se com armas iguais e devem-lhes ser distribuídas com igualdade a sombra e a luz*” (IHERING, 1956, p. 307). A autoridade da coisa julgada é legitimada, entre outros fatores, pela presença do contraditório, evidenciado no sentido de que qualquer interessado deve ter a oportunidade de falar e ser ouvido. A essência do contraditório é a garantia de participação, em simétrica igualdade das partes, daqueles que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.

Como a jurisdição somente pode ser exercida mediante provocação (artigo 2º, Código de Processo Civil: “*Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais*”) (BRASIL, 1973), a ordem jurídica confere, a cada pessoa, o direito de invocá-la. Esta relação jurídica, que a ação faz nascer, constitui o processo, o qual, promovido por aquele que reivindica a prestação jurisdicional (princípio da demanda ou princípio do dispositivo em sentido material), prossegue pelo interesse social na prevenção ou composição da lide, ou na administração de interesses relevantes para o grupo social, sendo

consagrado na regra do artigo 262 do Código de Processo Civil: “*O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial*”.

Como instrumento de atuação da jurisdição e principal ferramenta para a solução de conflitos de interesse que se apresentam, o processo contempla dois elementos: um constitutivo objetivo, que é o procedimento, a ordenação sequenciada de atos ligados a um objetivo final, que é a prestação jurisdicional almejada, realizado em contraditório entre as partes; e um elemento constitutivo subjetivo, que é a relação jurídica processual entre as partes do processo, o nexo que reúne e ordena a conduta das partes em suas correspondências mútuas enquanto se desenrola o procedimento.

Esse aspecto subjetivo do processo tem como elementos identificadores os sujeitos processuais – partes e juiz, o objeto da relação processual, em seu aspecto material como o bem da vida e no aspecto processual o provimento jurisdicional perseguido, além dos pressupostos processuais, de cuja existência, validade e eficácia, dependem a relação jurídica.

O Código de Processo Civil não adotou a designação de pressupostos processuais, tratando a matéria expressamente como pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (artigo 267, IV). Não obstante, Galeno Lacerda, citado por Bermudes (2002) propõe classificação dos pressupostos processuais, agrupando-os em duas ordens: pressupostos subjetivos e pressupostos objetivos, subdividindo os primeiros em relacionados com os integrantes da relação processual (pressupostos subjetivos) – aqueles que se referem ao julgador (investidura, competência e imparcialidade), às partes: *Legitimatío ad causam* (Legitimação para a causa), compreendida como a participação dos sujeitos do processo, enquanto prováveis destinatários da eficácia do ato emanado e *Legitimatío ad processum* (Legitimação para o processo) e os segundos (pressupostos objetivos), que dizem respeito à relação processual propriamente considerada, estes subdivididos em extrínsecos, que são a ausência de fatos impeditivos para a regular tramitação procedimental (formação, desenvolvimento e extinção) e intrínsecos, que dizem respeito à disciplina normativa do processo e ao devido processo legal.

2.3 Dever de exibição e direito fundamental à prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Sobre a moderna doutrina relativa ao direito de ação e ao caráter instrumental do processo, observa Dinamarco (2001):

A mais expressiva das tendências, entre nós, é aquela consistente em considerar a ação como 'o direito subjetivo sobre o qual é constituído o processo'. Essas palavras ditas por Liebman em escrito recente, revelam a postura tradicional entre os juristas latinos e ligada às origens romanas do seu saber [...] Nós negamos formalmente que o processo se faça ou a jurisdição seja exercida para a tutela do autor que vem a juízo; e o próprio Chiovenda fazia afirmações publicísticas dessa ordem, como aquela, muito conhecida, de que constitui escopo do processo a atuação da vontade concreta da lei. (DINAMARCO, 2001, p. 28)

Prossegue:

O nosso sistema jurídico não é um sistema de *acciones* como o romano. E o próprio sistema jurídico processual moderno gira em torno de uma série de valores primordiais e não, com exclusividade, da ação [...] Essa visão dos institutos processuais está superada há muito, eles são hoje invariavelmente incluídos entre os institutos de direito público e o escopo com que instituídos diz respeito à atuação estatal. O processo não é um instrumento do autor, mas do Estado, que através dele exerce típica função que é só sua (jurisdição) com vistas a certos objetivos que se relacionam mais de perto com valores sociais políticos e jurídicos da sociedade, do que com o interesse daquele que vem a juízo e pode ter razão ou deixar de tê-la. (DINAMARCO, 2001, p. 29)

O direito de submissão da pretensão resistida ao controle jurisdicional foi alçado ao *status* de garantia constitucional expressa a partir da Carta Política de 1946, que em seu artigo 141, parágrafo 4º, previa: “Art. 141 § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.” (BRASIL, 1946, p. 32)

Idêntico dispositivo constou na redação do artigo 150, § 4º, da Constituição Federal de 1967 (BRASIL, 1967, p. 53), e na redação primitiva do artigo 153, § 4º da Emenda Constitucional nº 01 de 17/10/1969. Essa garantia foi limitada pela EC nº 07, de 1977: “4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se

exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.” (BRASIL, 1977)

Embora não se tenha expressado a garantia da inafastabilidade da jurisdição nas declarações de direitos das Constituições Brasileiras Republicanas, desde a primeira Carta Política da República, garantia-se, genericamente, o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral: a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891, dispunha em seu artigo 72, §9º, que: “*É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados.*” (BRASIL, 1891, p. 17) Na Carta de 1934, foi previsto no artigo 113, item 10, que “*É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.*” (BRASIL, 1934, p. 35)

Na Constituição Federal que lhe sucedeu, de 10/11/1937, constava no artigo 122, item 7º, que: “*o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral;*” (BRASIL, 1937, p. 24)

A atual Carta Política, de 05/10/1988, revigorou e aperfeiçoou esta garantia, ao dispor, no inciso XXXIV, do artigo 5º:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; (BRASIL, 2011-8, p. 5)

Além disso, manteve a tradição iniciada na Carta Democrática de 1946, estabelecendo no inciso XXXV, do artigo 5º que: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*” (BRASIL, 1946, p. 5)

A garantia do provimento jurisdicional através do processo judicial, enquanto *procedimento realizado em contraditório entre as partes*, pressupõe o comparecimento de alguém perante um órgão jurisdicional, para pleitear a prevenção de uma lide iminente, ou a solução de uma lide presente, cuja pretensão é resistida pela parte contrária. Faz-se atuar a vontade concreta da lei em relação a um interesse concreto. Vontade legal concreta é a determinação do Estado, no

sentido de que, tendo ocorrido a hipótese contida na norma, deve seguir-lhe determinada consequência. Enquanto interesse concreto, seria a aspiração de um bem da vida garantido pelo direito objetivo.

Em síntese, o direito de ação, embora autônomo e abstrato, não deixa de ser essencialmente instrumental: a garantia da ação – que é direito à prestação jurisdicional – visa a assegurar a verificação pelo Estado-juiz, da procedência ou não da pretensão material veiculada pela ação em cada caso e, se procedente, a sua efetivação, quando necessário, por meio da coação estatal.

O processo, em resumo, poderia ser definido ainda, como uma atividade destinada à realização do direito objetivo, ou, segundo a fórmula de Chiovenda, à atuação da vontade concreta da lei. O processo pode ser visto ainda, como a estrutura técnica que se põe como instrumento para o exercício da jurisdição.

A existência da relação processual válida e viável é condicionada à presença de certos pressupostos, isto é, requisitos necessários à formação e desenvolvimento desta relação e que são, indiscutivelmente, de ordem pública.

Na formação do processo, é imposto ao juiz examinar, *a priori*, a admissibilidade da demanda, que a doutrina predominante denomina de condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido (a tutela abstrata do pedido do autor); legitimidade das partes (ativa: situação subjetiva em que alguém formule um pedido certo, ou passiva: suportar a pretensão deduzida em juízo) e o interesse processual, que é a utilidade, a repercussão eficaz no grupo social, compondo o conflito – é a disposição do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. (BRASIL, 1973).

O conflito de interesse é o elemento material da lide, enquanto a pretensão e a resistência (ou oposição) constituem seu elemento formal.

Para Carnelutti (1936), a lide seria definida como “*o conflito de interesses, qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro – o conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida (discutida) ou insatisfeita*”.

O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº SE 5206 Agr, no Supremo Tribunal Federal ressaltou que: “*o direito da ação só existe quando, havendo resistência a uma pretensão, surge o interesse de agir*.” (BRASIL, 2001).

Nesse sentido, faltará utilidade ao provimento jurisdicional, se ele se exercer desnecessariamente, sem que haja lide a prevenir ou reparar. A *necessidade* de quem propõe a ação é requisito essencial do provimento de mérito.

A existência da ação, em Liebman (1966, p. 38), é caracterizada como “o direito que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional” e tem como requisitos duas condições: o interesse de agir e a legitimação, e esses requisitos de existência são dados pela norma processual. Na mesma senda, seguiu o Código de Processo Civil, dispondo no seu artigo 3º: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.” (BRASIL, 1973)

O direito de ação, de natureza pública, consiste na faculdade de obtenção da tutela jurisdicional para a proteção dos direitos e interesses ou para a definição das situações jurídicas controversas.

Este direito público subjetivo de acionamento do Poder Judiciário para a solução dos conflitos de interesse, não tem vínculo com o direito material da parte, pois o exercício do direito de ação não assegura ou pressupõe que aquele que o maneje tenha direito ao provimento do pedido. Ainda que, ao final do processo, o resultado seja de improcedência do pedido, houve o exercício do direito de ação, com a obtenção da resposta jurisdicional do Estado sobre a vontade concreta da lei. O direito de ação em sentido abstrato, liga-se, não à existência, mas sim à mera afirmação daquele direito pela parte *actoris*. (FAZZALARI, 2006, p. 330)

A dicotomia que se estabelece então, é entre o direito subjetivo substancial, dirigido a obter uma prestação da parte contrária, sendo, ordinariamente de natureza privada e o direito processual (ação), endereçado contra o Estado, do qual visa garantir a apreciação de lesão ou ameaça a direito.

A prestação jurisdicional, desenvolvida em contraditório entre as partes, impõe aos interessados, o dever de alegar os fatos, fazer sua prova e demonstrar seu direito.

Para os objetivos deste trabalho, a atenção se volta para alguns requisitos básicos, sem os quais o Estado não estará habilitado a entregar o provimento jurisdicional, enfrentando o litígio e compondo solução definitiva ao conflito de interesses.

Dispondo sobre os requisitos da petição inicial, o Código de Processo Civil determina que nela estejam contidos o fato e os fundamentos jurídicos do pedido,

este com suas especificações. (artigo 282, III e IV). A ausência de qualquer destes elementos é sancionada com o abortamento do processo no nascedouro, sem a resolução do mérito, por inépcia da inicial (artigos 267, I e 295, I, do Código de Processo Civil) (BRASIL, 1973).

Estas condições de que depende a existência da ação, na lição de Alvim (2003), *“são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final.”*

O exame prévio dos requisitos da petição inicial decorre do dever estabelecido nos artigos 284 e 285 do Código de Processo Civil, que impõem ao juiz a verificação da regularidade da instauração da relação processual (pressupostos processuais) e se o direito de ação pode ser validamente exercido no caso concreto (condições da ação) – questões prejudiciais, de índole eminentemente processual, não guardando relação com o mérito do provimento invocado.

A ação, enquanto o poder jurídico de obtenção da tutela jurisdicional de mérito, que componha definitivamente a lide (o conflito de interesses de pretensão resistida), possui três condições: a) Possibilidade jurídica do pedido, b) interesse processual e c) legitimidade de parte.

Pela primeira, indica-se a exigência de que deva *“existir, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação”*. (BUZAID *apud* TEODORO JR., 1991, p. 56). Considerando a natureza dúplice do pedido, acolhida na regra do artigo 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil – o pedido imediato, dirigido ao Estado, do qual se requer a prestação jurisdicional e o pedido mediato, endereçado à parte contrária, contra a qual busca o provimento do direito material - a impossibilidade jurídica da pretensão deve ser encontrada na previsão contida no direito positivo, para a instauração da relação processual.

O exame prévio a que se sujeita toda petição inicial incide ainda, sobre o pedido mediato (contra a parte contrária), quando se confronta o direito invocado com o direito material a que, eventualmente, corresponda a pretensão do autor. É o que prevê o artigo 295, parágrafo único, inciso II: *“da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão”*. (BRASIL, 1973) Deve ser considerado juridicamente impossível o pedido que não encontre guarida no direito material positivo - impossibilidade de direito material ou do pedido mediato.

Outra condição da ação, o interesse processual, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obtenção, através do provimento jurisdicional, da proteção do interesse substancial. Encontra-se o interesse processual na utilidade, na necessidade do processo como solução capaz de aplicar o direito objetivo no caso concreto deduzido em juízo, inalcançável de outra forma.

O interesse processual, segundo a lição de Humberto Theodoro Júnior (2006):

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares). Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 65-66).

Na lição de José Frederico Marques (2000):

Se a ação é um direito subjetivo, nela se encontra um interesse juridicamente protegido, o qual nada mais é que o interesse a obter a tutela jurisdicional do Estado mediante o julgamento da pretensão deduzida em juízo. [...] Para que haja interesse de agir, é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional do Estado. (MARQUES, 2000, p. 23-24)

O ilustre processualista e Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Ernane Fidélis dos Santos (2007, p. 54) acrescenta que “*a ausência de conflito de interesses e a falta de adequação do pedido do autor revelam falta de interesse processual, que é a terceira condição da ação*”.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO NA DOUTRINA BRASILEIRA: IMPACTO SOBRE A EFETIVIDADE DO DEVER DE EXIBIÇÃO.

3.1 Acepções do vocábulo: Princípio

Após ter identificado o processo dentro da Constituição, seu devido lugar e a alocação que melhor lhe é atribuída; constitui tarefa desse segundo capítulo apontar os princípios que regem o processo e são responsáveis por garantir a regularidade processual.

O vocábulo PRINCÍPIO, do latim *principiu, principium*, é dotado de múltiplos significados, pelo que pode ser empregado em mais de um sentido, ligados por, pelo menos, um ponto comum.

No Dicionário Houaiss (2009, p. 1552), tem-se a definição do vocábulo PRINCÍPIO, como:

Substantivo masculino

1. O primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início
2. O que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão
3. Ditame moral; regra, lei, preceito (tb.us. no pl.)
4. Proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos
 - 4.1. Rubrica: física.
Lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas.
5. Proposição lógica fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio
6. Rubrica: filosofia.
Fonte ou causa de uma ação.
7. Rubrica: filosofia.
Proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução. (HOUAISS, 2009, p. 1552)

No Dicionário Compacto de Direito são encontradas onze acepções para o termo PRINCÍPIO:

1. Começo, início, aquilo que está o começo ou no início;
2. Termo final de toda regressão;

3. Proposição que basta para suportar a verdade do juízo;
4. Causa natural, em razão das quais os corpos se movem, agem, vivem;
5. Elemento ativo de uma fórmula, substância ou composto;
6. Aquilo que constitui, compõe as coisas materiais;
7. Aquilo que, pertencendo à própria coisa, contém suas determinações como fenômeno;
8. Matriz dos fenômenos pertencentes a um determinado campo da realidade;
9. Fator de existência, organização e funcionamento do sistema, que se irradia da sua estrutura para seus elementos, relações e funções;
10. Fonte ou finalidade de uma instituição, aquilo que corresponde à sua natureza, essência ou espírito;
11. Os primeiros preceitos de uma arte ou ciência. (CUNHA, 2011, p. 239)

A origem do termo PRINCÍPIO significa a primazia da existência, o começo, a fonte, a raiz, a pedra angular. Tal como no fundamento valorativo, nos sentidos filosófico e jurídico, os princípios têm a função de ordenar, condicionar, clarear a interpretação das normas jurídicas em geral, possuindo qualidade normativa especial, na medida em que conferem unidade aglutinadora ao ordenamento jurídico, condicionando-o e a aplicação das normas que o compõem. Possuem força suficiente para elevar-se sobre o ordenamento jurídico, densificando e harmonizando o sentido da legislação, a quem confere validade e efetividade, sendo perceptíveis como norma supralegal.

Na versão precisa de Mello (2008), princípio se conceitua como “*mandamento nuclear de um sistema*”:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico-positivo. (MELLO, 2008, p. 38)

Para Canotilho (1991, p. 43), princípios seriam definidos como “*núcleos de condensação*” “*ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio*”

Em uma visão resumida, mas igualmente precisa, Bermudes (2002) conceitua o vocábulo PRINCÍPIOS: de *princeps*, o principal, palavra formada de *primus*, o primeiro, e *capere*, tomar, agarrar, pegar: o que toma primeiro, o predominante.

Em uma percepção mais extensa e abrangente, Reale (2003, p. 57), conceitua os princípios como: “*verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade*”. Ou ainda, “*certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários*”.

E por assim estarem definidos são responsáveis por garantir harmonia ao sistema processual vigente. A Constituição Federal de 1988 enumera em seu art. 5º os princípios constitucionais do processo resultantes da limitação das políticas do Estado e do regime federativo. Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2003), os princípios gerais do direito processual melhor se explicitam se analisados sob o ângulo de quatro regras apontadas por eles cujo nome é “*princípios informativos*” do processo, a saber: *princípio lógico*, responsável pela descoberta do meio mais rápido e eficaz para se encontrar a verdade e evitar o erro; *princípio jurídico*, que garante igualdade e justiça no processo e na decisão; *princípio político*, para garantir o máximo de garantia social e o mínimo de sacrifício individual da liberdade e por último, o *princípio econômico* que se resume na redução de custos e duração mínima do processo.

Dessa forma, a matriz constitucional prevalente é responsável por dar a esses princípios o caráter cogente necessário a aplicação e vigência dos princípios processuais que devem ser seguidos pelos litigantes sob pena de ofensa a Lei Maior. Numa linguagem filosófica, pode-se dizer que o termo princípio foi incluído por Anaximandro que analisando os elementos contrários de quente e frio, seco e úmido pode concluir que estes eram o princípio de tudo (Ferracine, 1999). Assim, o termo princípio foi entendido como significado de fundamento, causa; não indicando a coisa, mas a razão de ser da coisa e o fundamento que a justifica.

Grosso modo, princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais e típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes, sendo o alicerce, os fundamentos da ciência. Nesse ponto, retornar-se à primeira citação desse capítulo quando se deu ênfase ao que disse Celso Antônio Bandeira de Melo ao referir-se aos princípios como sendo os verdadeiros alicerces e bases nucleares do sistema jurídico, é necessário.

Para Ferracine, citado por Reale (2003), é importante demonstrar que os princípios não servem apenas como sustentáculos, mas também como ferramentas de conclusão da ciência, sendo que a validade última deve estar atrelada a base dos primeiros princípios, numa relação lógica de coerência entre o fundamento e a sustentação.

Já Luís-Diez Picazo mencionado por Bonavides (2009) menciona que a noção de princípio, que designa o que seriam verdades primeiras, está atrelada a uma linguagem geométrica, o que justifica o fato de serem princípios, por que estão ao princípio de um sistema que inexoravelmente se desenvolve de forma geométrica. Vai além o citado autor e afirma que os princípios têm dois lados que merecem destaque, pois ora serve como critério de inspiração às leis e normas de um dado direito positivo e de outro funcionam como normas obtidas de um processo de generalização e decantação dessas leis.

Nesse sentido, o jurista espanhol F. de Castro referido por Bonavides (2009), declara que os princípios são verdades objetivas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade que pertencem ao mundo do dever-ser na qualidade de normas jurídicas, tamanha convicção e inspiração vai ao encontro de F. de Clemente ao enfatizar que os princípios gozam de vida própria e valor substantivo pelo simples fato de serem princípios sendo que estando ou não expresso nos códigos exprimem “*uma verdade jurídica universal*”.

E por assim estar tão convicto da validade jurídica dos princípios, sua gênese, formação e efeitos como uma verdadeira norma de direito é que F. de Clemente, citado por BONAVIDES (2009, p. 256) relatando sobre o conceito de princípio asseverou que “*Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo.*”

Também na jurisprudência, quando do julgamento de casos em que os magistrados aplicam o Direito ao caso concreto, para fundamentação e como inspiração das decisões necessita recorrer aos princípios, sobretudo, quando há ainda que aparente conflito de normas. E nesse compasso, não se pode deixar de registrar a ampla pesquisa feita por Ricardo Guastini, mencionado por BONAVIDES (2009) que retirou da jurisprudência seis distintos conceitos de princípios. Segundo o autor, em primeiro lugar, têm-se os princípios como sendo normas ou disposições legislativas providas de um alto grau de generalidade para na sequência afirmar que

o vocábulo é utilizado para referir-se à normas ou disposições que exprimem normas providas de um alto grau de indeterminação sendo necessária, nesse ponto, a concretização por via interpretativa para então possibilitar a aplicação no caso concreto.

Em terceiro lugar, registrou ainda o entendimento de que a palavra princípio é utilizada na jurisprudência para expressar normas de caráter programático, em quarto lugar anotou o uso do termo “*princípio*” para referir-se a normas que ocupam posição muito elevada na hierarquia das fontes, em quinto lugar, anotou o uso do vocábulo “*princípio*” para designar normas “*que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto*” e em último lugar, o uso do termo “*princípio*” para designar normas dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos aplicáveis aos casos concretos.

Para Bonavides (2009), a compreensão da natureza e da essência de um ordenamento jurídico perpassa necessariamente pela investigação e aprofundamento da função dos princípios, sendo que esses uma vez constitucionalizados se fazem a chave de todo o sistema normativo.

O perfil técnico-jurídico e político dos princípios constitucionais é descrito por Rocha (1994), como pilares informadores e conformadores do direito:

São os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimenta-se nas normas, tornando-se, então, pilares de informação e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional [...]. As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem às diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado. [...] e são eles as opções identificadoras das raízes do sistema. Indicam eles – ou antes demonstram – a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas. (ROCHA, 1994, p. 260)

Para Ávila (2009), o significado do vocábulo princípio, somente poderia ser estipulado, a partir da distinção entre a *finalidade* de sua utilização e o *objeto de conhecimento* do qual ele é extraído e ao qual deve manter referência, identificando,

entre as inúmeras significações do termo, três que considera relevante: princípio visto como axioma, como postulado e como norma.

Por seu lado, Silva (2009), leciona que princípios devem ser entendidos como mandamentos de otimização, normas que garantem direitos e impõe deveres *prima facie* (à primeira vista):

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direito (ou se impõe deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. (SILVA, 2009, p. 45.)

Discorrendo sobre o sentido lógico de princípios jurídicos, Plínio (1992), assevera que esses devem ser entendidos como balizadores do sistema normativo:

O sentido lógico de “princípio” – o que está posto como fundamento e limite, para evitar a regressão do raciocínio ao infinito - é perfeitamente aplicável ao Direito, quando se trata de “princípios jurídicos”.

Os preceitos constitucionais, que se apresentam como princípios jurídicos – que estão postos como fundamento e limite, para se evitar a regressão do raciocínio ao infinito – balizam o sistema normativo, impedem sua projeção, através de normas que com ele possam ser incompatíveis, em direção contrária aos fundamentos do sistema, e limitam a atuação do poder, pois no Estado fundado sobre o Direito, o poder se exerce nos “limites” determinados pela lei. Os princípios constitucionais, mesmo quando tidos como não-auto-aplicáveis, já possuem eficácia intrínseca porque, obstando a criação de normas jurídicas infraconstitucionais que os contrariem, não permitem possam as leis se projetar além do sistema jurídico, em direção contrária a ele. (PLÍNIO, 1992, p. 54)

Em Alexy (2009), tem-se que a base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre estes e regras:

Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designados de forma simplificada como ‘mandamentos definitivos’. Sua forma característica de aplicação é a subsunção.

Por outro lado, os princípios são ‘mandamentos de otimização’. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só pelas regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam susceptíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. (ALEXY, 2009, p. 85)

Não sendo considerado uma categoria jurídica específica, os princípios podem classificar-se, na lição de Cretella Neto (2002, p. 5), segundo critério de abrangência, em onivalentes ou universais, plurivalentes ou regionais, monovalentes e setoriais.

Princípios onivalentes ou universais, são aqueles enunciados gerais, que não sofrem diminuição ou restrição, servindo de base para dedução de outros enunciados especiais, constituindo os princípios diretores (racionalis) do conhecimento, que orientam o raciocínio lógico, e de aplicação a todas as ciências.

Enquanto os princípios considerados plurivalentes ou regionais, são aqueles comuns a uma ciência ou grupo de ciências, por exemplo, a teoria da termodinâmica, tem aplicação nos campos da física e da química. Os princípios monovalentes têm validade restrita a um único campo do conhecimento. O princípio fundamental expresso no brocardo latino *Nemini jus ignorare conceditur*. (lat.) -- A ninguém é dado ignorar o direito, tem aplicação restrita a este campo do conhecimento. Já os princípios considerados setoriais são aquelas “*proposições básicas em que repousam os diversos setores em que se baseia determinada ciência*”, nas subdivisões de cada campo do conhecimento científico.

3.2 Princípios Constitucionais – fases: jusnaturalista¹, positivista² e pós-positivista³

¹ Jusnaturalismo é a teoria do direito natural configurada nos séculos XVII e XVIII a partir de Hugo Grócio (1583 - 1645), também representada por Hobbes (1588 - 1679) e por Pufendorf (1632 - 1694). Essa doutrina, cujos defensores formam um grande contingente de autores dedicados às ciências políticas, serviu de fundamento à reivindicação das duas conquistas fundamentais do mundo moderno no campo político: o princípio da tolerância religiosa e o da limitação dos poderes do Estado. Desses princípios nasceu de fato o Estado liberal moderno. O Jusnaturalismo distingue-se da teoria tradicional do direito natural por não considerar que o direito natural represente a participação humana numa ordem universal perfeita, que seria Deus (como os estóicos julgavam) ou viria de Deus (como julgaram os escritores medievais), mas que ele é a regulamentação necessária das relações humanas, a que se chega através da razão, sendo, pois, independente da vontade de Deus. Assim, o Jusnaturalismo representa, no campo moral e político, reivindicação da autonomia da razão que o cartesianismo afirmava no campo filosófico e científico.” (ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia, v. verbete Jusnaturalismo)

² O Positivismo é a corrente filosófica fundada, na segunda metade do século XIX, pelo filósofo Isidore-Auguste-Marie-Xavier Comte que, em oposição à tradição metafísica da filosofia, defende que o conhecimento possível é aquele que decorre dos fatos da experiência. Busca-se não mais a essência das coisas, mas à descoberta, a partir da observação e da experimentação, das leis naturais que regem os fenômenos. Segundo Abbagnano, “a característica do positivismo é a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível. Como Romantismo em ciência, o positivismo acompanha e estimula o nascimento e a afirmação da organização técnico-industrial da sociedade

Com o advento da Constituição de 1988, os princípios surgem como elemento integrador no ordenamento jurídico. A atual fase jurídico-normativa a que podemos denominar como pós-positivista, correspondente do início das últimas décadas do século XX, autoriza o entendimento e o estudo dos princípios como sendo verdadeiras regras e normas do ordenamento.

O estudo dos princípios constitucionais traz, necessariamente, à baila os debates relacionados à estrutura, as funções, a origem e fundamentos dos princípios, sendo certo que a discussão sobre a normatividade ou juridicidade, como prefere Bonavides (2009), seja da mesma forma abordada. Para esse autor, “o *exame teórico da juridicidade dos princípios constitucionais é indissociável de uma prévia indagação acerca da eficácia normativa dos princípios gerais do direito*”.

Seguindo essa linha de raciocínio é de se firmar que a evolução dos princípios nas três diferentes fases, a saber: jusnaturalista, positivista e pós-positivista é bastante notável e representa uma verdadeira revolução de juridicidade; e a exemplo do que leciona Bonavides (2009), de princípios gerais do direito passaram a ser princípios constitucionais. O entendimento que se tem hoje dos princípios chega a uma fase tão madura que pode ser facilmente demonstrada pela explanação de Mello (2008):

moderna e expressa a exaltação otimista que acompanhou a origem do industrialismo. É possível distinguir duas formas históricas fundamentais do positivismo: o positivismo social de Saint-Simon, Comte e Stuart Mill, nascido da exigência de constituir a ciência como fundamento de uma nova ordenação social e religiosa unitária; e o positivismo evolucionista de Spencer, que estende a todo o universo o conceito de progresso e procura impô-lo a todos os ramos da ciência” (ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia, v. verbete Positivismo).

³ “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito” BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo, p. 27-28

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais. (MELLO, 2008, p. 34)

Diante disso, pode-se pontuar que os princípios constitucionais são normas jurídicas por excelência e têm mais poder até mesmo do que todas as leis ordinárias e normas inferiores a estas e devem ser obedecidos por que eles mesmos determinam que sejam obedecidos sob pena de ofensa a todo o ordenamento jurídico. O princípio diz respeito a todo o universo de objetos constitucionais e, sem dúvida, sua principal característica é a semântica, sendo que um conceito influencia o outro, e o princípio se destina a um universo mais amplo e acaba por influenciar mais do que uma regra específica, não por que existe uma relação de autoridade, mas pela natureza semântica que lhe é inerente. Assim, por consequente, qualquer norma infraconstitucional que infrinja um princípio constitucional, é constitucionalmente inválida.

Toda norma infraconstitucional deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais, sendo errônea por completo, a interpretação que visa a enfraquecê-los. Destarte, a norma e os princípios devem ser interpretados sistematicamente em relação ao ordenamento jurídico; de forma que o sistema seja considerado um universo de elementos que devem ser entendidos de forma coordenada, ou seja, com nexo, e por último, necessariamente alicerçado em uma ordem central.

Nunes (2002), sobre a importância e influência dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, assim se manifesta:

E essa influência tem uma eficácia relativa, real e concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influência plena e direta. Vela dizer: o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação de normas jurídicas, da mais simples a mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implantado no caso real que se está a analisar. Não é preciso, pois, nada aguardar, nada postergar, nem imaginar que o princípio fique apenas edulcorando o universo ético, como a constelação iluminando o céu. Ele é real, palpável, substancial e por isso está presente em todas as normas do sistema jurídico, não podendo, por consequência, ser desprezado. (NUNES, 2002, p. 73)

Por isso é que se pode afirmar que o princípio é imediatamente aplicável a todo e qualquer caso concreto, não sendo necessário aguardar nenhum evento para sua aplicação; sua existência é real e substancial e está presente em todo o mundo jurídico.

Ocorre que, nem sempre o tema dos princípios foi estudado com tanta concretude como na atual fase pós-positivista, ou gozava de tamanha força normativa. O estudo dos princípios perpassa pelas fases jusnaturalista, positivista e pós-positivista como dito alhures, sendo que sua atual roupagem é resultado da necessária evolução das épocas anteriores, em que foi encarado de diferentes formas e com diferentes interpretações acerca dos âmbitos da validade, aplicação e alcance.

De início, a fase jusnaturalista mais antiga e tradicional, foi marcada por alto nível de abstração. Segundo Bonavides (2009, p. 259) “*Os princípios ocupavam esfera inteiramente abstrata e sua normatividade era basicamente nula e duvidosa contrastando com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça*”.

O jusnaturalismo iniciou-se a partir do século XVI e tinha como finalidade a superação do dogmatismo medieval como forma de abandonar o ambiente teológico em que se formou e que dominava toda a Europa. Nessa fase, os princípios tinham uma função tão somente informativa; o quer dizer que serviam para inspirar um ideal de justiça; eram utilizados como mecanismo de valoração capaz de verificar o que poderia ser certo ou errado de acordo com a norma de direito, e não tinham eficácia sintática normativa alguma.

Para Flórez-Valdés, citado por Bonavides (2009, p. 261) a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de direito em forma de “*axiomas jurídicos*” ou normas estabelecidas pela reta razão; são normas universais de bem obrar; são princípios de justiça responsáveis pela constituição de um direito ideal e em definitivo são “*um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana*”. Na visão dos autores do jusnaturalismo, ensina Enterría (1984), o ideal de justiça impregna a essência dos princípios gerais do direito; porém a formulação deles de forma axiomática é que os levou ao status do descrédito.

Por um longo período, houve a dominação da escola e dos ensinamentos do naturalismo em que os princípios eram tidos como diretrizes meramente informativas, com nenhuma força normativa e incapazes de preencher eventuais

lacunas da lei. No século XIX surge a Escola Histórica do Direito que, aliada a um positivismo forte e dominante, foi responsável pela superação histórica do jusnaturalismo. Os preceitos do naturalismo foram incorporados em textos escritos; era definitivamente o fim da visão abstrata que se tinha dos princípios.

O positivismo, cujas teses fundamentais foram defendidas por Saint-Simon, Augusto Comte, John Stuart Mill e Spencer, é de que a ciência seria o único conhecimento possível, e seu método o único válido, portanto, o recurso às causas ou princípios não acessíveis ao método da ciência não dá origem a conhecimentos; a metafísica, que recorre a tal método, não teria nenhum valor. O método da ciência seria puramente descritivo, no sentido de descrever os fatos e mostrar as relações constantes entre os fatos expressos pelas leis, que permitem a previsão dos próprios fatos; ou no sentido de mostrar a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples e, por ser o único válido, deveria ser estendido a todos os campos de indagação e da atividade humana; toda a vida humana, individual ou social, deveria ser guiada por ele.

A Escola Histórica do Direito se expande, e a elaboração dos códigos acabou por apressar a decadência do direito natural que, numa relação lógica, cedeu lugar ao positivismo jurídico. Nesse compasso, os princípios entraram nos códigos como fonte normativa subsidiária, podendo ser utilizados como forma de impedir vazios normativos. Bobbio (1991) noticia que com a promulgação dos códigos, principalmente o Napoleônico, o jusnaturalismo exauria a sua função.

Importa destacar que, ainda nessa fase, a função dos princípios era tão somente subsidiária, ou seja, sem qualquer força normativa; eles eram utilizados como elemento integrador ou forma de suprimento de lacunas do ordenamento jurídico; utilizados na ausência da lei e aplicáveis às espécies tipificadas. Para Gordilho Cañas, citado por Bonavides (2009):

Os princípios entram nos códigos unicamente como “válvulas de segurança” para garantir o reinado absoluto da lei e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo. (BONAVIDES, 2009, p. 262)

Essa característica marcante do positivismo pode ser constatada no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro na disposição do artigo 4º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 1942)

Segundo, pelo que dispõe o artigo 126 do Código de Processo Civil:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (BRASIL, 1973)

Assim sendo, o que se pode inferir é que os princípios ocupavam no ordenamento jurídico a *última ratio*; deveriam ser aplicados nos casos em que os juízes não tivessem à disposição mecanismos legais capazes de suprir a plena eficácia da norma positivada como forma de se garantir a máxima efetividade; sendo que em primeiro lugar deveria utilizar-se da analogia, dos costumes e por fim dos princípios. Veja-se que ainda no positivismo, os princípios não gozavam de eficácia normativa. Bobbio citado por Bonavides (2009, p. 263) ressalta que “o *juspositivismo ao fazer dos princípios, na ordem constitucional, meras pautas programáticas supralegais assinalou a carência de normatividade dos princípios e os estabeleceu com nenhuma relevância jurídica*”.

Para os positivistas a função dos princípios era de garantir a inteireza dos textos legais, serviam para suprir as lacunas e vácuos normativos que a lei propriamente dita não perfazia. O caráter subsidiário de sua aplicação é visível sendo que a utilização somente se dava como forma de solução de lacunas, essa era a função primeira; não havia, portanto, reconhecimento de normatividade relacionado à utilização dos princípios.

Rocha (1999), nesse sentido, afirma que:

[...] nos casos de lacunas da lei os princípios atuam como elemento integrador do direito. A função de fonte subsidiária exercida pelos princípios não está em contradição com sua função fundamentadora. Ao contrário, é decorrência dela. De fato, a fonte formal do direito é a lei. Como, porém, a lei funda-se nos princípios, estes servem seja como guia para a compreensão de seu sentido (interpretação), sejam como guia para o juiz suprir a lacuna da lei, isto é, como critério para o juiz formular a norma ao caso concreto. (ROCHA, 1999, p. 261)

Todavia, a ideia que se tinha acerca dos princípios, sua aplicação e nenhuma força normativa, ruiu-se dando lugar a um novo tempo de pensamento esclarecido,

em que o homem passou a se preocupar mais com os direitos sociais, constatando que nem sempre a norma corresponde à vontade social, ou seja, que a lei é legítima; analisando sob esse parâmetro. A letra fria da lei, seu legalismo exacerbado e um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos já não tinha mais aceitação; para se ter uma idéia disso, Barroso (2011) menciona que os principais acusados no Tribunal de Nuremberg invocaram em defesa o cumprimento da lei e a necessária obediência às ordens advindas da autoridade competente.

No mesmo sentido, afirma o citado autor, que a superação e o fracasso político do positivismo é que abriram caminho para um conjunto amplo e inacabado acerca do direito, sua função social e interpretação. O pós-positivismo é responsável pela designação provisória e genérica de um ideário difuso em que se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras; oriundos e pertencentes à chamada nova Hermenêutica Constitucional. Sem dúvida, nesse ínterim, o princípio da dignidade da pessoa humana é que alicerça a teoria dos direitos fundamentais e que dá força também a reaproximação entre Direito e Ética responsável, em seguida, pela valorização dos princípios bem como o reconhecimento pela ordem jurídica, de sua normatividade; estejam eles explícitos ou implícitos nos textos constitucionais.

O pós-positivismo surge e relaciona-se com aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX; Bonavides (2009) enfatiza que as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, que os convertem em um pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. A nova e atual fase passa a atribuir maior importância não somente às leis, mas também aos princípios de direito que passam a ser analisados como espécies de normas com campo de abrangência mais amplo do que até mesmo as regras, por se tratar de preceitos que devem intervir nas demais normas, inferiores; para então obter delas o real sentido de alcance com fins a garantir os direitos sociais do homem.

Os princípios jurídicos conquistam o *status* de normas jurídicas vinculantes e deixaram de possuir apenas função integratória e subsidiária característica do positivismo. Ronald Dworkin, jurista de Harvard, é autor de obra valiosa que contribuiu para traçar e caracterizar o ângulo novo da normatividade definitiva que se reconheceu nos princípios; foi líder de um grupo de estudiosos cujas críticas

foram decididamente responsáveis por golpear a antiga noção prevalente na fase positivista.

Em Dworkin (2002), a distinção entre os princípios, no sentido genérico, e as regras é de natureza lógica. As últimas são aplicáveis, via de regra, de forma disjuntiva, à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), presentes os pressupostos de fato previstos, então ou a regra é válida, e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão; podem conter exceções, casos em que devem ser arroladas da forma mais completa, sob pena de ser inexata. Os princípios funcionam de outra forma, pois não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, possuem uma dimensão de peso ou importância (*dimension of weight*).

Quando os princípios se inter cruzam (colidem) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um (ponderação), e, como essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, deve ser feita a pergunta no sentido de quão importante ele é? Quando as regras colidem devem ser aplicadas as regras de antinomia.

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (DWORKIN, 2002, p. 43).

Os princípios, como são uma aproximação entre o direito e a moral, teriam lugar na resolução dos casos difíceis (*hard cases*) (DWORKIN, 2002).

No tocante às normas, ensina que existem dois sentidos da expressão lei, no sentido formal como uma entidade física ou um documento; e, materialmente "*para descrever o direito criado ao se promulgar o documento*" (DWORKIN, 2001, p. 21). Distinção utilizada para separar o conteúdo do continente.

Na visão de Leal (2002), no chamado pós-positivismo, os princípios, mormente quando elevados ao plano constitucional, passam a atuar como normas estruturantes do sistema e como referencial hermenêutico dos textos infraconstitucionais. Nesse sentido, sua completude dentro do direito autoriza a afirmação de que o princípio não se confunde com valor. O princípio é mais do que

valor na medida em que é regra cogente por excelência diferentemente do valor que é relativo e que sofre influência de tempo e espaço.

É o que observa Nunes:

O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afastá-lo, portanto. O valor sofre toda a influência de componente histórico, geográfico, pessoal, social, local etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação – jurídicas ou não. Por isso, há muitos valores e são indeterminadas as possibilidades de deles falar. Eles variarão na proporção da variação do tempo e do espaço, na relação com a própria história corriqueira dos indivíduos. O princípio, não. Uma vez constatado, impõem-se sem alternativa de variação. (NUNES, 2002, p. 75)

A ideia que se tem dos princípios na atual conjectura jurídico-normativa autoriza-nos a destacar que o maior postulado do Direito é, sem dúvida, a primazia do princípio que, tido como valor positivado a enésima potência, transforma-se em valor tão forte que transcende a própria natureza e assume a qualidade de regra do ordenamento jurídico.

Para Dinamarco (2002, p. 191), “*a grande relevância institucional do método denominado Direito Processual Constitucional consiste em revelar o significado dos princípios constitucionais que atuam sobre a ordem processual*” na medida em que todo o conhecimento só é cientificamente verdadeiro quando tiver por apoio a consciência dos princípios que o regem. Segundo o autor, sem essa consciência há grande risco de perder a necessária coerência unitária entre conceitos que compõem a matéria; sem os princípios, um conhecimento é desorganizado e só pode ser empírico porque faltam os elos responsáveis pela interligação desses resultados.

A importância dos princípios para o direito e aplicação das normas no caso concreto é transparente como água; não se pode negar que na atual fase em que nos encontramos, os princípios tiveram reconhecido seu forte grau de juridicidade. É relevante informar que os princípios deixaram de desempenhar aquele papel secundário do positivismo jurídico e passaram a ocupar o lugar de protagonistas do ordenamento jurídico na medida em que o reconhecimento de caráter como norma jurídica se elevou e é predominante. Nesse sentido, Dworkin observou que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal.

Nesse mesmo diapasão, outro expoente do tema, Crisafuli (1984) anotou que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém. (CRISAFULI, 1984, p. 17)

Diante disso, pode-se concluir que os princípios, na atualidade, possuem positividade sendo que isso lhes confere a qualidade de normas que obrigam e possuem eficácia positiva e negativa sobre os comportamentos da sociedade, e da mesma maneira, auxiliam e exercem muita influência sobre a aplicação de outras normas, regras, ou mesmo princípios derivados de outros princípios mais abstratos. Importante destacar, entretanto, que essa normatividade característica atual dos princípios é resultante dos vários confrontos e reflexão doutrinaria especialmente entre os ideais do jusnaturalismo e do positivismo dos séculos anteriores, já tratados acima.

Hoje, a posição de normas que ocupam dentro do ordenamento jurídico é fruto da evolução histórica por que passou o estudo dos princípios. Bonavides (2009), citando Esser, Dworkin, Alexy e Crisafuli, afirma de igual modo, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras. Joseph Esser, citado por Bonavides (2009, p. 272) ressalta que o princípio atua normativamente sendo parte jurídica e dogmática do sistema de normas, é ponto de partida, ou seja, *starting point* como o afirma e se abre ao desdobramento judicial de um problema. E se não são normas pelo caráter técnico da palavra, continua o autor, são certamente Direito Positivo que pelo fenômeno da interpretação se exprimem e se transformam numa esfera concreta cuja normatividade é inerente - os princípios, ao contrário das normas jurídicas, não contém diretamente comandos (ordens), mas apenas critérios para justificar uma ordem.

Crisafuli, professor italiano, com grande contribuição para consolidar a doutrina da normatividade dos princípios; ressalta que os princípios têm dupla eficácia: eficácia imediata e mediata (programática) sendo que estes podem estar tanto expressos numa formulação legislativa como implícitos, o que de uma forma

ou de outra não lhes tiram o caráter de norma, aplicável como regra de certos comportamentos públicos ou privados. O preclaro jurista continua sua explanação acerca da normatividade dos princípios acentuando que:

A eficácia dos princípios constitucionais não se exaure na sua aplicabilidade às relações que formam o respectivo objeto. Um lugar de particular importância diz respeito indubitavelmente à sua eficácia interpretativa, consequência direta da função construtiva que os caracteriza dinamicamente entre as normas do sistema. (CRISAFULI, 1952, p.17)

Nessa linha, não resta dúvida acerca do poder normativo que o princípio ganhou ao longo de todo processo histórico de maturidade. Não há como não reconhecer a importância da juridicidade dos princípios.

Alexy (2011), por sua vez, é responsável pelo estudo de distinção entre regras e princípios numa temática em que direitos fundamentais são materializados em bases normativas. Nesse sentido, afirma que princípios e regras são espécies do gênero norma; na essência acabou por fazer a mesma distinção anunciada por Dworkin, ou seja, relacionou duas modalidades abaixo do conceito de normas. Segundo o autor o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Isso faz com que os princípios possam ser qualificados como mandados de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas como também das jurídicas.

Ao contrário disso, contrasta o jurista alemão, as regras se denominam como normas que só podem ser cumpridas ou não, e ainda assim, da maneira como estiver delimitada já que contém determinações acerca de uma conduta devida. A esse critério de distinção dá-se o nome de generalidade e é o mais frequente, segundo ele.

Todavia, importante destacar que vários são os outros critérios que podem ser utilizados como forma de distinção entre princípios e regras. Nesse passo, Alexy (2011) parte para descoberta de três possíveis teses para distinção válida dos dois institutos. A primeira, carregada de alto nível de ceticismo, revela que não há nenhuma forma unilateral que sirva para distinguir princípios de regras, o que poderia ocorrer, entretanto, é a colocação do mesmo alvo dentro de uma mesma

classe de normas; a segunda, seguida por aqueles que admitem que as normas se dividem entre princípios e regras ressalta que a distinção se faz de forma gradual, os seguidores dessa tese se apegam no grau de generalidade dos princípios. A terceira tese levantada pelo autor é a que ele julga como correta e consiste em afirmar que entre os princípios e as regras não existe tão somente uma distinção de grau, mas também de qualidade.

Para Bobbio (1991), quando duas normas entram em conflito, isto é, são contraditórias ou antinômica, uma delas deve ser excluída do ordenamento jurídico. Conflito de normas é resolvido, assim, mediante a utilização dos critérios cronológico (*lex posterior derogat priori*), hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e de especialidade (*lex specialis derogat generali*); entre princípios inexistente antinomia em sentido próprio: em caso de conflito entre dois ou mais princípios, nenhum deles é excluído do ordenamento jurídico. Ocorre uma conjugação dos valores neles contidos, ou, quando isso não for possível, deve ser feita uma opção sobre qual deverá ser o princípio aplicável ao caso concreto; nesses casos, a fundamentação é de ordem predominantemente política e social, em detrimento da jurídica.

Já o jus-filósofo alemão Robert Alexy, defende que nem princípios nem regras regulam a própria aplicação. Não seriam os princípios que possuiriam uma dimensão de peso, mas as razões e os fins aos quais fazem referência é que deve ser atribuído um peso, isto é, uma dimensão de importância. A dimensão de peso não é atributo abstrato dos princípios – isto é atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica em relação às regras – e sim, resultado de juízo valorativo do aplicador. No confronto entre dois princípios, busca-se qual é o melhor, não determinando eles um dever-ser, um comando obrigatório; os conflitos entre regras, portanto, situam-se no plano da validade; os conflitos entre princípios verificam-se na dimensão do peso. (ALEXY, 2008)

Bonavides, arrazoando com certa sagacidade, esclarece que o critério gradualista-qualitativo de Alexy não se acha contido, conforme ele mesmo declara, na lista dos critérios estudados. Na verdade, como mencionado alhures, o ponto determinante do último critério é o fato de os princípios serem entendidos como mandados de otimização e serem reconhecidos como normas.

Assim, não resta dúvida de que toda norma é regra ou princípio; as regras por seu turno são estipulações que devem ser cumpridas ou não sempre no espaço fático e jurídico possível; sendo que ao princípio é dado maior campo de

abrangência devido as possibilidades jurídicas. Isso serve para demonstrar que a distinção entre um e outro não é meramente de grau, mas de qualidade, ou distinção qualitativa; como prefere Alexy (2011), que defende que nem princípios nem regras regulam a própria aplicação. Não seriam os princípios que possuiriam uma dimensão de peso, mas as razões e os fins aos quais fazem referência é que deve ser atribuído um peso, isto é, uma dimensão de importância. A dimensão de peso não é atributo abstrato dos princípios – isto é atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica em relação às regras – e sim, resultado de juízo valorativo do aplicador. No confronto entre dois princípios, busca-se qual é o melhor, não determinando eles um dever-ser, um comando obrigatório; os conflitos entre regras, portanto, situam-se no plano da validade; os conflitos entre princípios verificam-se na dimensão do peso.

3.3 O Devido Processo Legal: Das origens históricas ao reconhecimento do seu conteúdo substancial. A garantia constitucional do acesso ao Judiciário.

A raiz histórica do devido processo legal, pode ser buscada em João "Sem Terra" (*John Lackland*), Rei da Inglaterra, um dos soberanos mais poderosos da Europa na virada do século XIII que, após sucessivos reveses político-militares, dentre os quais se destacam sua falta de legitimidade sucessória, não estava na linha sucessória do antecessor Ricardo "Coração-de-Leão" e, ao que parece, para assumir o poder, teria mandado aprisionar e liquidar o seu sobrinho e co-pretendente, legítimo ao trono, Artur da Bretanha, causando a rebelião da Normandia e da Bretanha contra o rei inglês. Some-se a isso sua falha na tentativa de reconquistar os territórios ingleses tomados por Filipe Augusto de França (Batalha de Bouvines, 1214) e na tentativa frustrada de impor a taxaço das propriedades eclesiásticas e na recusa à indicação Papal do Arcebispo da Cantuária e ainda a elevação dos impostos cobrados da população), pelo que, para evitar sua deposição, viu-se forçado por barões ingleses insatisfeitos, a impor limites ao poder real.

A adjetivação "Sem Terra" (*Lackland*), se deve ao fato de, sendo o filho mais novo, não recebera terras em herança, ao contrário de seus irmãos mais velhos.

Em 10 de junho de 1215, os barões, revoltados com os fracassos do rei, tomaram Londres e forçaram João a aceitar um documento conhecido como os "Artigos dos Barões". O diploma formal, preparado pela chancelaria para registrar o acordo entre o Rei João e os barões, ao qual o selo real foi aposto em Runnymede, em 15 de junho do mesmo ano, ficou conhecido como *Magna Carta (Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês)*⁴.

A primeira cláusula do documento histórico revela a situação política que a formatou:

1. Primeiramente, o que a nos foi concedido por Deus, e por esta presente Carta têm confirmado perpetuamente para nós e nossos herdeiros, que a Igreja Inglesa será livre e que todos os seus direitos e liberdades serão invioláveis. Isso é tudo o que desejamos que seja observado e resulta do nosso próprio desejo de liberdade, antes do início da presente disputa entre nós e os nossos barões, nós concedemos e confirmamos através da carta de liberdade das eleições da Igreja - um direito reconhecido como o de maior necessidade e importância para liberdade - e por isso foi confirmado pelo Papa Inocêncio III. Esta liberdade deve ser observada por nós mesmos, da mesma forma desejamos que seja observada perpetuamente com boa-fé pelos nossos herdeiros. Concedemos também a todos os homens livres do nosso reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades escritas abaixo, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros. (BRITANNIA, 2011) (tradução livre)⁵.

No documento, talvez a cláusula mais importante para *John Lackland*, naquela oportunidade, era a nº 61^a, conhecida como "cláusula de segurança" e a mais extensa do documento. Estabelecia um comitê de 25 barões, o Grande Conselho (integrado por representantes do clero e da nobreza) que, entre outras atribuições, tinha a prerrogativa de limitar o poder real de criar impostos ou alterar as leis sem antes consultar o órgão, o qual tinha ainda poderes para reformar qualquer decisão real, até mesmo pela força, se necessário.

⁴ *Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*

⁵ 1. First, that we have granted to God, and by this present charter have confirmed for us and our heirs in perpetuity, that the English Church shall be free, and shall have its rights undiminished, and its liberties unimpaired. That we wish this so to be observed, appears from the fact that of our own free will, before the outbreak of the present dispute between us and our barons, we granted and confirmed by charter the freedom of the Church's elections - a right reckoned to be of the greatest necessity and importance to it - and caused this to be confirmed by Pope Innocent III. This freedom we shall observe ourselves, and desire to be observed in good faith by our heirs in perpetuity. We have also granted to all free men of our realm, for us and our heirs for ever, all the liberties written out below, to have and to keep for them and their heirs, of us and our heirs: (BRITANNIA, 2011)

Na medida em que, pelo amor de Deus, para melhoria de nosso reino e para cura da discórdia que se levantou entre nós e nossos barões; e desde que desejamos que elas sejam desfrutadas em sua integridade, com eficácia duradoura e para sempre – conferimos e afiançamos aos barões a seguinte garantia: Os barões elegerão, entre si, vinte e cinco do reino, para guardar, e obrigar a observar, com todo o seu poder, a paz e as liberdades concedidas e confirmadas para eles por esta carta. Se nós, nosso Grande Justiceiro, nossos meirinhos, ou qualquer de nossos funcionários, praticar um delito, a qualquer respeito e contra qualquer pessoa, ou transgredir qualquer dos artigos da paz ou desta provisão e o delito foi notificado a quatro dos ditos vinte e cinco barões, eles deverão vir a nós – ou, em nossa ausência do reino, ao Grande Justiceiro – para declará-lo e requerer imediata reparação. Se nós ou, em nossa ausência, o Grande Justiceiro não proceder à reparação dentro de quarenta dias a contar do dia em que o delito foi declarado a nós ou a ele, os quatro barões referirão a matéria ao restante dos vinte e cinco barões que, com o apoio de toda a comunidade da terra, poderão assaltar-nos e deter-nos por todos os meios possíveis, apossando-se de nossos castelos, terras, domínios ou qualquer outra coisa, ressalvada apenas nossa própria pessoa, a pessoa da rainha e de nossos filhos, até que tenham assegurado a reparação tal como haviam determinado. Assegurada a reparação, renovarão sua regular obediência para conosco.

Qualquer homem que assim o desejo pode jurar obediência às ordens dos vinte e cinco barões para a consecução destes fins, e juntar-se a eles para assaltar-nos com o máximo de seu poder. Concedemos, pública e livremente, permissão a qualquer homem que o desejo, para prestar este juramento e, em tempo algum, proibiremos qualquer homem de prestá-lo. Na verdade, compeliaremos por nossa ordem a prestar tal juramento qualquer de nossos súditos que não estiver inclinado a fazê-lo. Se qualquer um dos vinte e cinco barões morrer ou deixar o país, ou estiver impedido, por qualquer outro motivo, de desempenhar suas obrigações, os demais escolherão outro barão em seu lugar, que imediatamente prestará juramento como os outros fizeram. Na eventualidade da controvérsia entre os vinte e cinco barões a propósito de qualquer matéria atribuída à sua decisão, o veredito da maioria presente terá a mesma validade que o veredito unânime dos vinte e cinco, quer estejam todos presentes, quer alguns dentre eles, intimados, não quiserem ou não puderem comparecer. Os vinte e cinco barões jurarão observar fielmente todos os artigos acima, e obrigação à sua observância, com todo o seu poder. Não procuraremos conseguir de ninguém, tanto por nossos próprios esforços quanto pelos de outra pessoa, qualquer coisa pela qual alguma parte destas concessões ou liberdades possa ser revogada ou diminuída. Se, entretanto, tal coisa foi conseguida, que seja nula e sem eficácia, e dela jamais faremos uso, tanto pessoalmente quanto por intermédio de terceiro. (BRITANNIA, 2011) (tradução livre)⁶

⁶ Clausula nº 61: *Inasmuch as, for the sake of God, and for the bettering of our realm, and for the more ready healing of the discord which has arisen between us and our barons, we have made all these aforesaid concessions,--wishing them to enjoy for ever entire and firm stability, we make and grant to them the following security: that the baron, namely, may elect at their pleasure twenty five barons from the realm, who ought, with all their strength, to observe, maintain and cause to be observed, the peace and privileges which we have granted to them and confirmed by this our present charter. In such wise, namely, that if we, or our justice, or our bailiffs, or any one of our servants shall have transgressed against any one in any respect, or shall have broken one of the articles of peace or security, and our transgression shall have been shown to four barons of the aforesaid twenty five: those four barons shall come to us, or, if we are abroad, to our justice, showing to us our error; and they shall ask us to cause that error to be amended without delay. And if we do not amend that error, or, we being abroad, if our justice do not amend it within a term of forty days from the time when it was shown to us or, we being abroad, to our justice: the aforesaid*

O passamento de *John Lackland*, pouco mais de um ano depois (outubro de 1216), com a ascensão ao trono de Henrique III, pela regência (Henrique era menor de idade), a carta foi repristinada em novembro daquele ano, com a supressão de algumas cláusulas, entre elas a mencionada cláusula 61. No ano de 1225, após atingir a maioridade, Henrique III, republicou o documento, numa versão com 37 artigos.

Na altura da morte de Henrique III, em 1272, a Magna Carta já se tinha incorporado ao direito inglês, o que tornaria difícil a um futuro soberano tentar anulá-la. O Parlamento de Eduardo I, filho e sucessor de Henrique, republicou o documento uma última vez, em 12 de outubro de 1297, como parte de um estatuto conhecido como *Confirmatio cartarum* e que confirmava a versão curta de 1225.

O grande mérito do documento foi o de limitar o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do Rei João, que o assinou, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do Rei estaria sujeita à lei.

Uma das cláusulas que maior importância teve ao longo do tempo é a de número 39:

four barons shall refer the matter to the remainder of the twenty five barons, and those twenty five barons, with the whole land in common, shall distrain and oppress us in every way in their power,-- namely, by taking our castles, lands and possessions, and in every other way that they can, until amends shall have been made according to their judgment. Saving the persons of ourselves, our queen and our children. And when amends shall have been made they shall be in accord with us as they had been previously. And whoever of the land wishes to do so, shall swear that in carrying out all the aforesaid measures he will obey the mandates of the aforesaid twenty five barons, and that, with them, he will oppress us to the extent of his power. And, to any one who wishes to do so, we publicly and freely give permission to swear; and we will never prevent any one from swearing. Moreover, all those in the land who shall be unwilling, themselves and of their own accord, to swear to the twenty five barons as to distraining and oppressing us with them: such ones we shall make to wear by our mandate, as has been said. And if any one of the twenty five barons shall die, or leave the country, or in any other way be prevented from carrying out the aforesaid measures,--the remainder of the aforesaid twenty five barons shall choose another in his place, according to their judgment, who shall be sworn in the same way as the others. Moreover, in all things entrusted to those twenty five barons to be carried out, if those twenty five shall be present and chance to disagree among themselves with regard to some matter, or if some of them, having been summoned, shall be unwilling or unable to be present: that which the majority of those present shall decide or decree shall be considered binding and valid, just as if all the twenty five had consented to it. And the aforesaid twenty five shall swear that they will faithfully observe all the foregoing, and will cause them be observed to the extent of their power. And we shall obtain nothing from any one, either through ourselves or through another, by which any of those concessions and liberties may be revoked or diminished. And if any such thing shall have been obtained, it shall be vain and invalid, and we shall never make use of it either through ourselves or through another.
(BRITANNIA, 2011)

Nenhum homem livre será detido, ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou exilado, ou declarado fora da lei, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra. (BRITANNIA, 2011) (tradução livre)⁷

Significa que o rei devia julgar os indivíduos conforme a lei, seguindo o devido processo legal e observado o princípio da legalidade, e não segundo a sua vontade, até então absoluta. A cláusula assegurava aos indivíduos a inviolabilidade do direito à vida, liberdade e propriedade, que somente poderiam ser limitados ou suprimidos de acordo com a lei da terra, entendidas como aquelas elaboradas pelos representantes do povo.

O documento garantia certas liberdades políticas inglesas e continha disposições que tornavam a Igreja Católica livre da ingerência da monarquia, reformavam o direito e a justiça e regulavam o comportamento dos funcionários reais. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levou à monarquia constitucional e ao constitucionalismo.

O princípio do devido processo legal, que inicialmente cuidava de garantias processuais asseguradas aos cidadãos, como o julgamento popular e igualdade de tratamento processual, trazia insito nessas disposições, a limitação do poder estatal, objetivando impedir a execução de arbitrariedades pelo Chefe de Governo.

O *procedural due process*, em momento histórico posterior, foi incorporado ao constitucionalismo dos Estados Unidos da América, através das emendas V e XIV (aprovada em 09 de julho de 1868), que previam:

Emenda V: Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada

⁷ *No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseized, or outlawed, or exiled, or in any way harmed--nor will we go upon or send upon him--save by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.* ((tradução livre a partir de uma versão em inglês): "Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra." (BRITANNIA, 2011)

para uso público, sem justa indenização. (Aprovada pelo Congresso, Março, 04, 1789, Ratificada 15 dez 1791) (THE CHARTERS OF FREEDOM, 2011) (tradução livre)⁸

Emenda XIV: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. (Aprovada pelo Congresso 13 de junho, 1866. Ratificada 9 de julho de 1868). (THE CHARTERS OF FREEDOM, 2011) (tradução livre)⁹

A origem do *substantive due process* está intimamente ligada à questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Nos precedentes *Calder v. Bull*, de 1798 e no multicitado caso *Marbury v. Madison* (1803), marca-se o início da doutrina do *judicial review* (poder de julgar a constitucionalidade de qualquer ato ou lei do poder executivo ou legislativo), tendo firmado o entendimento de que os atos normativos, originados do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, que ferirem os direitos fundamentais ofendem, *ipso facto*, o devido processo legal, devendo ser declarados nulos pelo Poder Judiciário.

Em *Cohens v. Virgínia*, de 1821, o Chief Justice John Marshall, pronunciou: O povo fez a Constituição, e o povo pode desfazê-la. É a criatura de sua vontade, e vive apenas por sua vontade. Mas este poder supremo e irresistível de fazer ou de desfazer reside apenas em todo o corpo do povo, não em qualquer subdivisão dele. A tentativa de qualquer das partes de exercê-la é uma usurpação e deve ser

⁸ Amendment V

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. (Passed by Congress, March, 04, 1789, Ratified December 15, 1791)

⁹ Amendment XIV

Passed by Congress June 13, 1866. Ratified July 9, 1868.

Note: Article I, section 2, of the Constitution was modified by section 2 of the 14th amendment.

Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws (The Charters of Freedom, USA, 2011).

repelido por aqueles a quem o povo delegou o seu poder de repelir-lo (tradução livre)¹⁰.

Através do *judicial review*, o Poder Judiciário norte-americano alçou *status* constitucional, aceito por todos, de ser um poder político, de igual força e dignidade dos demais ramos do governo, com função primordial de controlar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público e os limites constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, através da real aplicação do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), delineado por Montesquieu.

Já o substantivo devido processo legal, constitui a evolução do *judicial review*. Enquanto neste a função julgadora é limitada pelo confronto da lei com a Constituição, expurgando do ordenamento jurídico normas que são incompatíveis com a Carta Política, no substantivo devido processo legal, almeja-se a limitação ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas para a satisfação do interesse público e com justiça, devendo ser dotadas de razoabilidade e de racionalidade, de modo a assegurar as garantias individuais básicas. O Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições constitucionais, passa a ter a missão de controlar a própria essência da lei – sua justiça. Partindo-se do postulado de que a Constituição é, em si mesmo, justa, a lei injusta deve ser declarada inconstitucional.

A evolução do princípio alcançou todas as esferas do Governo, e alcançou tal amplitude, que se torna fastidiosa a definição de sua natureza jurídica. A jurisprudência constitucional norte-americana teve papel relevante no desenvolvimento e aplicação do princípio do devido processo legal, segundo a qual, o princípio se manifesta no direito e é percebido pelo senso comum, pela própria carga positiva e destacada que possui. Neste sentido, pontuou o Presidente da Suprema Corte norte-americana (*Chief Justice*), citado por Silveira (2001):

O conceito de devido processo legal abraçado em nossa Constituição, remonta diretamente, há 600 anos atrás, a Runnymede. É mais que um conceito técnico legal, pois ele permeia nossa Constituição, nossas leis, nosso sistema e nosso próprio modo de vida – que a toda pessoa deverá ser concedido o que é devido. (Burger, Warren Earl. *Magna Carta*

¹⁰ *The people made the Constitution, and the people can unmake it. It is the creature of their will, and lives only by their will. But this supreme and irresistible power to make or to unmake resides only in the whole body of the people, not in any subdivision of them. The attempt of any of the parts to exercise it is usurpation and ought to be repelled by those to whom the people have delegated their power of repelling it*

and the tradition of liberty. US Capitol Society, 1976, preface)
(tradução livre) (SILVEIRA, 2001, p. 236)

De conceito amplo, busca-se extremar o princípio do devido processo legal, sendo no Direito norte-americano a princípio circunscrito pelo *Associate Justice Harlan*, em *Hurtado v. Califórnia* (1884), citado por Silveira (2001), quando asseverou:

Os governos devem ser confinados dentro dos limites daqueles princípios fundamentais da liberdade e justiça, deitados na fundação de nossas instituições civis e políticas, os quais nenhum Estado pode violar consistentemente com o princípio do devido processo legal requerido pela Emenda nº 14 nos procedimentos envolvendo a vida, liberdade ou propriedade. (SILVEIRA, 2001, p. 237)

(...)

O conceito do princípio do devido processo legal e sua aplicação a todos os níveis de Governo, é lastreado em um extenso rol de limitações constitucionais, expressos e implícitos, sobre a legitimação do poder, essencialmente decidido pelo processo Judiciário, de encontro à consciência elementar de decência e lisura que, idealmente, devem influenciar as ações entre o legislador e o povo.

(ABRAHAM; PERRY, 1994, p. 94-95). (tradução livre)

Nesse caso, discutiu-se a aplicação do princípio do devido processo legal, no caso do indiciamento e posterior condenação à pena de morte de Joseph Hurtado pelo assassinato de José Antonio Estuardo, então amante de Susie, esposa do agressor, em virtude da prescrição contida na Constituição do Estado da Califórnia na época:

Crimes que até agora eram necessário acusação para ser processado, será processado pela informação, após exame e apreciação de um magistrado, ou pela acusação, com ou sem esse exame e apreciação desde que prescritos por lei. Um grande júri será elaborado e convocou pelo menos uma vez por ano em cada município. (BRITANNIA, 2011) (tradução livre)¹¹

Para MACIEL (1994), a locução “devido processo legal”, é utilizada para explicitar e ampliar os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger esses bens jurídicos contra legislação opressiva ou desarrazoada, de modo a garantir ao indivíduo o pleno direito ao uso, gozo, fruição e disposição de seus bens.

¹¹ *"Offenses heretofore required to be prosecuted by indictment, shall be prosecuted by information, after examination and commitment by a magistrate, or by indictment, with or without such examination and commitment, as may be prescribed by law. A grand jury shall be drawn and summoned at least once a year in each county.*

A amplitude, fluidez e insuperável dificuldade de definição do princípio do devido processo legal impedem sua aplicação, no caso concreto, pelo Poder Judiciário. A dinâmica imprimida a esta cláusula é reafirmada pela Suprema Corte Norte-Americana em diversos precedentes, onde se buscou delinear o princípio, sem a pretensão de exaurir sua conceituação e aplicação.

Holden v. Hardy, (1898), é um caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou uma lei estadual de Utah limitando o número de horas de trabalho para os mineiros e fundidores como um exercício legítimo do poder de polícia. A maioria considerou que tal lei é legítima, desde que de fato há uma base racional, apoiada pelos fatos, para a legislatura de acreditar que condições de trabalho em particular são perigosos. O tribunal foi rápido para distinguir esse de outros casos da época, que impôs regras universais hora máxima, que é considerada inconstitucional sob a cláusula do devido processo da Emenda 14.

Naquele julgamento, restou assentado que: *“este Tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras due process of law [...]. Basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça aos quais é inerente a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer”*. (SILVEIRA, 2001, p. 239)

Pouco tempo depois, em *Twining v. New Jersey*, 1908, a discussão girou em torno da aplicação do devido processo legal e aos Privilégios e Imunidades asseguradas nas cláusulas da Décima Quarta Emenda – proteção contra a auto-incriminação no processo penal. Isso porque o diretor *Monmouth Trust and Safe Deposit Company* fora condenado por fornecer documentos falsos para um examinador do Departamento Bancário do Estado com a intenção de enganar a respeito da condição financeira do banco e, durante a instrução, o Juiz teria orientado os jurados a fazer inferências desfavoráveis contra Twining por este se recusar a depor.

Nesse caso, a Suprema Corte, decidiu que a Quinta Emenda não foi incorporada à cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda e, portanto, não se aplica aos estados, restando assentado que:

Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa [...]. Esta Corte se tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo. (SILVEIRA, 2001, p. 239)

As palavras "o devido processo legal" na Décima Quarta Emenda se destinam a proteger o indivíduo do exercício arbitrário dos poderes do governo. A cláusula do devido processo no entanto só se aplica aos tribunais federais e não se estende aos tribunais de estados que não adotaram o direito por suas próprias leis. (BRITANNIA, 2011).¹²

Adiante, em *Solesbee v. Balkcom*, julgado de 1950, no voto divergente do JUSTICE FRANKFURTER, declarou-se que:

Acha-se assentada a doutrina por esta Corte que a cláusula do *due process* enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimentos de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda a nossa história. *Due process* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo.

A mais fundamental das crenças, menos provável é que eles devem ser explicitamente declarado. Mas respeito por eles é da própria essência da cláusula do devido processo. Em aplicá-las, este Tribunal não se traduz em visões pessoais limitações constitucionais. Na aplicação de um conceito tão grande e atécnico como "devido processo legal," o Tribunal reforça esses sentimentos permanente e generalizada da nossa sociedade como a que há evidências convincentes do tipo relevante para julgamentos sobre instituições sociais

A regra contra matar uma pessoa insana tão profundamente incorporada em nosso direito a ser protegido por aspectos substantivos do devido processo legal exige, como parte do devido processo legal processual, que a vítima ser dada uma oportunidade através de advogado ou o parente mais próximo para invocar o substantivo princípio do devido processo legal.

(USA, 1950))¹³

No Brasil, a garantia do devido processo legal foi positivada no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal/1988, trazendo o comando de que: "*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*" (BRASIL, 1988).

¹² *The words "due process of law" in the Fourteenth Amendment are intended to protect the individual from the arbitrary exercise of powers of government. The Due Process Clause however only applies to federal courts and does not extend to the courts of states that have not adopted the right by their own laws.*

¹³ *It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply embedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history.*

Due Process is that which comports with the deepest notions of what is fair and right and just.

The more fundamental the beliefs are, the less likely they are to be explicitly stated.

But respect for them is of the very essence of the Due Process Clause.

In enforcing them, this Court does not translate personal views into constitutional limitations.

In applying such a large, untechnical concept as "due process," the Court enforces those permanent and pervasive feelings of our society as to which there is compelling evidence of the kind relevant to judgments on social institutions.

The rule against killing an insane person embedded so deeply in our law as to be protected by substantive aspects of due process requires, as part of procedural due process, that the victim be given an opportunity through counsel or the next of kin to invoke the substantive principle of due process.

De pronto, constata-se a extensão que o constituinte pretendeu imprimir ao comando: fez referência explícita à proteção contra privação de bens, como matéria a beneficiar-se dos princípios historicamente assegurados apenas ao Processo Penal – a garantia passa a ser vista como mecanismo de proteção total do indivíduo, em sentido amplo de assegurar a liberdade humana, nas diversas acepções prescritas no Título II, da Constituição Federal, garantindo ainda a propriedade privada dos bens, corpóreos e incorpóreos.

Para Figueiredo (1994):

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, LV, vez primeira, vai trazer a garantia do 'devido processo legal' tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos. Com efeito, na literalidade do mencionado inciso LV, 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'. O respeito ao devido processo legal deverá informar todos os procedimentos judiciais e também administrativos, não apenas o penal. Antes da atual Constituição era no processo penal, por estar em jogo bem de vida supremo, a liberdade do indivíduo, que se verificava, com maior facilidade, o respeito ao devido processo legal. A processo judicial, claro está, compreende o cível e o penal. A grande novidade, como dissemos, ficou por conta da inclusão do processo administrativo, lado a lado com o judicial. (FIGUEIREDO, 1994, p. 280).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a cláusula do devido processo legal tem ampla aplicação, como se pode observar em, pelo menos, quatro de suas súmulas:

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. (Supremo Tribunal Federal, SÚMULA nº 70)
 É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. (Supremo Tribunal Federal, SÚMULA nº 323)
 Ao contribuinte em débito, não é lícito à autoridade proibir que adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. (Supremo Tribunal Federal, SÚMULA nº 547)
 Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados. (BRASIL, 2003a)

A Suprema Corte brasileira, em outra oportunidade, deixou fixada importante lição acerca da aplicação concreta da garantia do devido processo legal, quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.511-7 – DF, que questionava a lei que instituiu o exame nacional obrigatório e periódico das instituições e dos cursos de nível superior.

Ementa: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. PROVÃO. Lei 9.131, de 24.XI.95, artigo 3º e parágrafos, C.F., art. 5º. LIV; art. 84, IV/ art. 207.

I. Avaliação periódica das instituições e dos cursos de nível superior. Mediante exames nacionais: Lei 9.131/95, art. 3º e parágrafos. Arguição de inconstitucionalidade de tais dispositivos: alegação de que tais normas são ofensivas ao princípio da razoabilidade, assim ofensivas ao *substantive due process* inscrito no art. 5º, LIV, da C.F., à autonomia universitária – CF, art. 207 – e que teria sido ela regulamentada pelo Ministro de Estado, assim com ofensa ao art. 84, IV, C.F.

II. Irrelevância da arguição de inconstitucionalidade.

III. Cautelar Indeferida (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar 1511-7, DF, Relator: Ministro Carlos Velloso, Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B e outros. Requerido: Presidente da República, Julgado em 16/10/1996) (BRASIL, 1996).

Naquele julgamento, o Ministro Relator Carlos Velloso, deixou assentado que *“Due process of law, com conteúdo substantivo, viu-se incluído na Constituição de 1988, em razão do trabalho desenvolvido, no âmbito da Assembléia Constituinte, pelo professor Carlos Roberto de Siqueira Castro, constitucionalista eminente, conforme dá notícia o prof. José Afonso da Silva no prefácio do livro de Siqueira Castro – “O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil”, Forense, 1989.*

Para Velloso (1996), a Constituição de 1988 consagrou o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do artigo 5º, respectivamente, e, constituindo garantia libertária, passou por três fases: a primeira, que marcou seu surgimento, na *Magna Carta Libertatum*, de 1215, como garantia processual penal, como *“Law of the land”*, consistindo em garantia de julgamento por tribunal formado entre seus pares e segundo as leis da terra, onde se delineavam dois princípios: do juiz natural e o da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. No estatuto de Eduardo III, de 1354, *“Law of the land”* foi substituída por *“due process of law”*.

Na segunda fase, *“due process of law”*, passa a ser garantia processual penal, constituindo requisito de validade da atividade jurisdicional o processo regularmente ordenado. A terceira fase do princípio é considerada a mais fecunda. Mediante a interpretação das Emendas V e XIV da Constituição pela Suprema Corte norte-americana, o devido processo legal passou a adquirir postura substantiva ao lado do caráter processual até então empregado, passando a limitar o mérito das ações de governo, e foi marcante a partir da Corte Warren (1953/1969), em que se tornou realidade a defesa das minorias étnicas e econômicas.

Paralelamente, o devido processo legal com caráter processual ou procedimental, garante às pessoas um procedimento judicial justo, com amplo direito de defesa. O devido processo legal procedimental se refere ao modo pela qual a lei, os regulamentos, os atos administrativos ou as ordens judiciais são executadas - análise limitada da verificação da regularidade do procedimento, sem adentrar no mérito do ato. No devido processo legal substantivo, evolução do limitado *judicial review* (invalidação de leis inconstitucionais), a análise da norma legal deve ser examinada em sua concepção negativa, qual seja, no sentido de que o governo não pode interferir em determinadas áreas sensíveis do direito, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais, sem a comprovação prévia, real e concreta, da existência de um sobrepujante interesse público, que o compele, coativamente, a agir, restringindo direitos, sem, contudo, os anular completamente. (SILVEIRA, 2001)

Arrimado na mencionada decisão da Suprema Corte Brasileira, Silveira (2001), propõe estudar o devido processo legal em duas dimensões: processual ou procedimental e substantiva.

Na dimensão processual, a cláusula do devido processo legal alcança significado mais restrito. No direito processual brasileiro, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “o *procedural due process, em matéria criminal, significa o dever de propiciar ao litigante: (a) Direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova e (m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial próprio e dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes”.* (Supremo Tribunal Federal, Hábeas Corpus n. 94.601-1/CE, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julg. 04/08/2009) (BRASIL, 2009).

No Direito Processual Civil, a cláusula *procedural due process*, deve propiciar aos litigantes: (a) igualdade das partes; (b) garantia do *jus actionis*; (c) respeito ao direito de defesa e (d) o contraditório judicial.

Em síntese, a cláusula *procedural due process*, deve ser entendida como a possibilidade efetiva de acesso à justiça, com a observância de procedimento realizado em contraditório entre as partes (FAZZALARI, 2006).

Silveira (2001), discorre ainda, que a garantia do devido processo legal pode ser aplicada na dimensão substantiva (substantivo devido processo) que, para ele, está intimamente ligada à questão dos limites do poder governamental: Limitação ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo HOLMES, um real e um substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Limitação às ações do Poder Executivo, podendo julgar a constitucionalidade de qualquer de seus atos normativos.

A lei deixa de ser instrumento afirmativo, positivista, modeladora da sociedade (norma de injunção futurista), para ser encarada pela sua concepção negativa, ou seja, no sentido de que o governo não pode interferir em determinadas áreas sensíveis do direito, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais, sem a comprovação prévia, real e concreta, da existência de um sobrepujante interesse público, que o compele, coativamente, a agir, restringindo direitos, sem contudo, os anular completamente. (SILVEIRA, 2001, p. 245)

Mendes (2003), discorre que haveria sinonímia entre o princípio da proporcionalidade e o princípio do devido processo legal em sentido substantivo, entendido ainda, como proibição do excesso, que constitui uma exigência positiva e material relativa ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a impor limites a tais direitos. Discorre que a máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide com o denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo, pelo que o princípio ou máxima da proporcionalidade extremaria a possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

Em síntese, a garantia do devido processo legal na dimensão substantiva (substantivo devido processo) deve ser entendida como a possibilidade de controle das funções do Estado pelo Poder Judiciário, e vista ainda como a salvaguarda da própria garantia individual contra a opressão de qualquer das funções do governo.

3.4 A inafastabilidade do controle jurisdicional na história constitucional brasileira - A garantia constitucional do acesso ao Judiciário.

Este capítulo trata do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, também denominado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio da reserva jurisdicional, princípio da proteção judiciária, princípio da proteção jurisdicional, princípio da tutela jurisdicional, princípio da irrecusabilidade da jurisdição, princípio do acesso à jurisdição, princípio do direito à jurisdição, princípio da universalidade e necessidade da jurisdição ou ainda princípio do direito de ação, considerado uma das mais importantes garantias constitucionais do processo.

O marco inicial é a análise histórica e dogmática desta garantia constitucional da reserva jurisdicional, que confere ao Poder Judiciário a possibilidade de ampla atuação, especialmente no exercício da chamada jurisdição constitucional. A partir daí, pretende-se investigar em que medida esta garantia se coaduna com a exigência de interesse processual para a propositura de demanda jurisdicional.

Como já mencionado anteriormente, da passagem do império da força ao Estado de Direito, nasce a jurisdição, entendida como a atividade mediante a qual o Estado, substituindo-se à vontade das partes, toma para si o monopólio de dirimir conflitos e pacificar pessoas, efetivando a distribuição da justiça.

No Brasil, a atribulada experiência constitucional produziu, desde a independência, em 1822, nada menos que oito cartas políticas (considerando a EC-01/69), o que evidencia a instabilidade do projeto institucional brasileiro e o fracasso dos diversos Textos Dirigentes, no objetivo de refletir a realidade política e social do país.

No regime constitucional brasileiro, a partir da Carta de 1946, garantiu-se expressamente ao cidadão a garantia do princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo a subtrair do legislador a possibilidade de exclusão, através de elaboração legislativa e ao administrador, através de atos normativos, da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo. Indica ainda, como pontua Grinover (2007, p. 13), o “*monopólio estatal na distribuição da justiça (ex parte principis) e o amplo acesso de todos à referida justiça (ex parte populi)*”.

Antes disso, parte da doutrina admitia como implicitamente prevista no Direito Constitucional Brasileiro, desde a primeira Constituição Republicana de 1891,

quando se passou a adotar expressamente a teoria da tripartição de Poderes, inspirada na Constituição dos Estados Unidos da América, em que o monopólio jurisdicional é do Estado, através da função específica exercida pelo Poder Judiciário; e se reconheceu no artigo 72 os princípios da legalidade (§1º), da igualdade (§2º), do juiz natural (§15º) e da ampla defesa (§16º). (BRASIL, 1981).

Em Bonavides (2009, p. 550), tem-se o princípio da reserva jurisdicional, “*de alguma ancianidade, já em nosso Direito Constitucional desde a Constituição de 1946 (art. 141, §4º)*”, constitui uma das “*novas garantias que a Constituição, em forma de meios ou instrumentos processuais, trouxe para reforçar no constitucionalismo do Estado social a defesa e o amparo dos direitos subjetivos*”.

O princípio de acesso ao Judiciário, após a queda do *ancien régime* no século XVIII é enfatizado como a garantia contra os abusos e violações de direitos e liberdades fundamentais pelos agentes do Estado, também garantidas na vetusta cláusula do *due process of law* nos conflitos entre indivíduos e o Estado.

A doutrina brasileira registra que a norma “*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”, prevista no § 4º do artigo 141 da Constituição Federal de 1946, e seguida por todos os textos constitucionais subsequentes, erigiu em garantia constitucional expressa que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída pela lei à apreciação do Poder Judiciário e constituiu *a priori*, verdadeiro escudo contra eventual reiteração de práticas do Governo Vargas, quando inquéritos policiais e de outra natureza eram instaurados contra pessoas a quem, de ordinário, não se propiciava garantias comezinhas como a do contraditório e a da ampla defesa, pronunciando-se, afinal, contra elas, decisões sumárias, finais e impositivas, insusceptíveis de reexame pelo Judiciário.

A intenção do constituinte de 1946, portanto, teria sido a de proibir que a lei pudesse determinar que alguma questão fosse excluída de apreciação pelo Poder Judiciário. Na Carta Constitucional de 1937 havia previsão expressa de vedação de conhecimento de atos praticados pelo governo, quando praticados durante estado de emergência ou estado de guerra, (artigo 170) sendo que durante este, havia ainda textualmente a previsão de hipertrofia do Poder Executivo, a quem incumbia indicar partes da Constituição que ficariam suspensas (artigo 171):

Art. 170 - Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais.
Art. 171 - Na vigência do estado de guerra deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República. (BRASIL, 1946)

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, editadas na tentativa de emprestar legitimidade ao regime antidemocrático, que representavam como *soi* acontecer nestes casos, também se caracterizam pela hipergênese do Poder Executivo, em detrimento das funções legislativas e jurisdicionais; dessa retirando até mesmo garantias fundamentais ao exercício da função jurisdicional: Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, artigo 108, § 2º - “O Tribunal competente poderá, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto, pelo voto de dois terços de seus Juízes efetivos, determinar a remoção ou a disponibilidade do Juiz de categoria inferior, assegurando-lhe defesa. Os Tribunais poderão proceder da mesma forma, em relação a seus Juízes, regra repetida no artigo 113, parágrafo 2º da EC-01/1969”.

Não bastasse isso, o Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964, trouxe previsão expressa de supressão da garantia constitucional da vitaliciedade, atingindo um dos pilares da independência do Poder Judiciário: “Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade”.

Nos Textos Constitucionais promulgados durante a “Revolução Vitoriosa”, embora tenham trazido expressa a garantia da irrecusabilidade da jurisdição, os próprios atos institucionais baixados pelo “Regime”, tratavam de solapar esse compromisso, fazendo com que a Carta Política não passasse daquilo que Lassale (2010, p. 44) definiu como Constituição escrita como “*mera folha de papel*”, em contraste com a constituição real, formada pelo conjunto de forças políticas, sociais e econômicas que dominam uma sociedade, os chamados fatores reais do poder.

Isto porque dos 17 Atos Institucionais (AI), editados pela “Revolução Vitoriosa”, como se auto-intitulavam aqueles que tomaram o poder através do golpe militar de 1964, com a finalidade de preservar os ideais e princípios da Revolução de 31 de março de 1964 e assegurar a continuidade da obra revolucionária, no período de 09/04/1964 a 14/10/1969, apenas três não continham previsão expressa de exclusão da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos

Complementares decorrentes (AI nº 8, AI nº 9 e AI nº 10, embora neste contenha previsão de sanção, cuja natureza o torna incompatível com a correção judicial).

Dessa forma, embora mantido da Carta de 1946, a garantia do direito de ação não era formalmente reconhecida pela “*Revolução Vitoriosa*”, tendo função meramente retórica, não implicando consequências jurídicas ou resultando uma efetiva garantia constitucional, nos termos em que foi institucionalizado anteriormente.

Nas Disposições Gerais e Transitórias da Emenda Constitucional de 1969, foi expressamente consignado que ficariam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964 (artigo 181, caput) e que continuaria em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados (artigo 182):

Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1966;

II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

Art. 182. Continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados. (BRASIL, 2011-4)

A revogação formal do Ato Institucional nº 5, transformado em símbolo da ditadura militar no Brasil (1964-1985), pela Emenda Constitucional nº 11 de 13/10/1978, propiciou a abertura política necessária para a instauração de novo regime político no País, que sobreveio com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, cujos trabalhos se estenderam por dezoito meses, culminando com a promulgação da “Carta Cidadã”, expressão cunhada pelo Presidente da Câmara dos Deputados à época, Deputado Ulysses Guimarães, em 5 de outubro de 1988.

A Constituição de 1988, ao longo de 250 artigos alguns desdobrados em diversos parágrafos, incisos e alíneas, em seu núcleo permanente e outros 94 artigos, também subdivididos na parte referente às disposições transitórias, tem o inegável mérito, em muitos dispositivos, de afugentar os malefícios do chamado

“*período de chumbo*”, capitaneado pela “*Revolução Vitoriosa*”, inserindo formalmente no seu texto, disposições para a efetivação de direitos e garantias antes negadas ao povo brasileiro.

Com relevância para o tema deste trabalho, a Constituição atual, trouxe expressa a norma que garante acesso à prestação jurisdicional, inclusive ampliando-lhe o conceito originário.

Enquanto na origem do direito de acessibilidade ao Judiciário, introduzido no Direito Constitucional brasileiro, na Constituição de 1946, havia a previsão de que: “*a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”, no texto da atual Carta Política, além da ampliação desta garantia, para salvaguarda não só da lesão a direito, mas também da prevenção de ofensa ao bem jurídico, garantindo a instauração da jurisdição para os casos de ameaça a direito, a supressão do adjetivo individual, que qualificava o direito resguardado, dá lugar à possibilidade de tutela jurisdicional de interesses difusos e coletivos, de que a Carta é extremamente rica (artigo 5º, XXI e LXX, artigo 8º, III, artigo 129, III e §1º e artigo 232).

Discorrendo sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, Dinamarco (2002) pontua que:

O inc. XXXV do art. 5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da *ação*, tem o significado político de por sob controle dos órgãos da jurisdição todas as *crises jurídicas* capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida. Esse dispositivo não se traduz em garantia do mero ingresso em juízo ou somente do *juízo* das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão. A garantia da *ação*, como tal, contenta-se em abrir caminho para que as pretensões sejam deduzidas em juízo e a seu respeito seja depois emitido um pronunciamento judicial, mas em si mesma nada diz quanto à efetividade da tutela jurisdicional. (DINAMARCO, 2002, p. 198)

Para o Ministro Nelson Jobim, no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, Reino da Espanha (DJU, 30/04/2004, p. 29), o destinatário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a princípio, seria o legislador, a quem é vedado pela Carta Constitucional a edição de norma legal que exclua determinada matéria da apreciação através do Poder Judiciário. Naquele julgamento restou assentado que:

Diz o texto da Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em primeiro lugar, examinando o dispositivo constitucional através da perspectiva de seu núcleo normativo, e verificando o caráter desse dispositivo, vemos, desde logo, que o dispositivo é proibitivo da existência ou da criação de mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito ou ameaça a direito; em segundo, o destinatário da norma não é o cidadão, mas sim, o sistema legal, ou seja, é proibido ao sistema legal criar mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. [...] vetou-se ao legislador que impedisse o exercício pelo cidadão da faculdade de recorrer ao Poder Judiciário. [...] O que é proibido é impedir essa faculdade. É por isso que foi assegurado o direito de opção ao cidadão através da possibilidade de optar pelo Poder Judiciário ou não. Como se assegurou essa faculdade, esse direito do cidadão? Assegurou-se essa faculdade proibindo constitucionalmente a lei que vede o exercício da alternativa. A partir desse raciocínio, dessa leitura, através do núcleo normativo da norma, eu aqui estaria usando, com a permissão dos Senhores, a técnica de Von Liszt, no que diz respeito aos mecanismos de lógica deôntica e dos âmbitos de validez ou aquilo que se chamaria o conteúdo normativo. O caráter da norma é proibitivo, vedatório. No que diz respeito ao seu conteúdo, ao problema da composição de conflitos e não a exclusão do Poder Judiciário desse universo, o destinatário da norma não é o cidadão, mas, sim, o próprio Poder Legislativo, o próprio sistema legal para evitar essa exclusão. (BRASIL, 2004, p. 29)

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em última instância, tem como destinatário o Poder Legislativo, como técnica de proteger a liberdade da sociedade civil. A norma que garante o acesso à justiça, assim, é de ser vista como constituindo uma garantia de proteção ao direito subjetivo.

Para a Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206, Reino da Espanha, a leitura que se faz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, é de garantia do cidadão, principalmente contra o arbítrio e o abuso do poder, típico de regimes de exceção:

“[...] é de que a inserção da cláusula assecuratória de acesso ao Judiciário, em nosso ordenamento constitucional, tem origem e se explica pela necessidade de precatarem-se os direitos dos cidadãos contra a atuação de órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários. A arqueologia da garantia da via judiciária leva-nos a verificar que a cláusula sempre teve em mira, preponderantemente, o direito de defesa ante os tribunais, contra atos dos poderes públicos. Por isso mesmo é, ineludivelmente, o legislador o destinatário da norma que reza: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Creio que essa leitura é coerente com as anteriores manifestações do Supremo Tribunal Federal, pois verifico que a Corte já se posicionou no sentido de inadmitir que barreiras econômicas se anteponham ao exercício do direito de acesso ao judiciário, quando, por exemplo, eliminou a obrigatoriedade de depósito preparatório nas ações que tenham por objeto discutir o débito para com o INSS, suspendendo a vigência do artigo 19, caput, da Lei nº 8.807/94 (ADIN 1.074-3/DF, Medida Cautelar, Rel. Min. Francisco Rezek, in DJU de 23/9/94, p. 25.314). Da mesma forma, quando, ao suspender a eficácia da lei estadual, considerou

que ‘a exigência de taxa judiciária ilimitada (incidente sobre o valor da causa ou da condenação), ode inviabilizar, em certos casos, o próprio acesso ao Poder Judiciário, o que não é permitido pela Constituição (art. 5º, XXXV)’ (BRASIL, 1988, p. 2)

[...]

“Entendo que a garantia de acesso ao judiciário é daqueles direitos fundamentais nos quais se reconhece maior peso ao que Canotilho (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Coimbra, Livraria Almedina, 4ª ed., p . 401 e seguintes) denomina de função de *direitos de defesa* dos cidadãos. Ou seja, no plano jurídico-objetivo, representa a impossibilidade, para o Estado-legislador, de excluir da apreciação judicial determinadas matérias e, no plano jurídico-subjetivo, ‘o poder de exercer positivamente o direito de ação”.

A mesma garantia, em sua função de *prestação social*, corresponde à obrigação estatal de instituir e manter mecanismos judiciários equipados e suficientes ao atendimento dos litígios judicializáveis.

E, por ultimo, em sua função de *não discriminação*, obriga o Estado a prestar jurisdição a todos, assegurando a gratuidade a quem não possa enfrentar as custas do processo, garantindo o concurso de defensor dativo ao criminoso pobre e, mesmo, os serviços de consultoria e advocacia gratuita no cível, como forma de equalizar os cidadãos em suas condições de efetivo acesso à Justiça. (BRASIL, 2004, p. 29)

Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de reafirmar o alcance do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, deixando assentado, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 158.655, relatado pelo Ministro Marco Aurélio e publicado no Diário da Justiça de 02/05/1997, que a entrega da prestação jurisdicional, garantia prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, deve ser feita “*da forma mais completa e convincente possível*”. A garantia constitucional da proteção jurisdicional, assegura o acesso à ordem jurídica justa, compreendida como a admissão da postulação em juízo, a participação adequada do juiz natural, a participação igualitária das partes, e o direito ao recebimento de provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade (DIAMARCO, 2002, p. 115).

3.5 Distinções fundamentais entre a inafastabilidade do controle jurisdicional e as condições do exercício legítimo do direito de ação.

A atual leitura que se faz da garantia prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é no sentido de que a norma não garante somente o acesso a uma prestação jurisdicional, entendida como serviço judiciário que se operacionaliza

através do processo para a solução da lide, mas principalmente a uma tutela jurisdicional justa e adequada, compreendida essencialmente como a efetiva proteção e satisfação do direito (aptidão para alcançar, se for o caso, o resultado desejado).

Na lição de Theodoro Júnior (2001), deve-se assegurar ao litigante a solução definitiva do litígio, mediante a dicção da lei pelo Poder Judiciário:

[...] urge não confundir tutela com prestação jurisdicional; uma vez que se tem como substrato o direito de ação, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução do litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do direito à composição do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste a prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a defesa do Direito Subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbe à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada (salvo excepcionalíssimas exceções) pelo sistema de Direito Objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda *in concreto* o Direito Subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 2)

Discorrendo sobre a eficácia e utilidade da prestação jurisdicional, Theodoro Júnior (1978) pontua ainda que, enquanto titular do monopólio da jurisdição, não basta ao Estado garantir a tutela jurídica, instituindo o processo e assegurando o socorro a ele por meio da ação. Deve primar em garantir o acesso à ordem jurídica justa, equivalente ao provimento jurisdicional adequado com o direito invocado:

Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução justa da lide.

Não basta ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente *justa*, isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

Em outras palavras, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada. (THEODORO JÚNIOR, 1978, p. 41).

Para Nery Júnior (2001, p. 132), por sua vez o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional garante a todos “o direito de obter do Poder Judiciário a tutela

jurisdicional adequada”, entendida como aquela apta a assegurar o bem da vida garantido pelo direito objetivo e perseguido em juízo, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Exemplifica a adequação do provimento jurisdicional: “Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente”.

E prossegue: “*Nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação*”. (NERY JÚNIOR, 2001, p. 133).

Já se disse neste trabalho que o objetivo básico do processo é desvendar e gerar certeza jurídica sobre a incerteza da relação jurídica litigiosa, daí seu caráter instrumental, trazendo segurança e normalização às relações individuais e estatais, no sentido de alcançar a justiça objetiva e o bem-estar social prometido pelo Direito, de forma efetiva e célere, como garantido no princípio expresso no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. É o direito de acesso à ordem jurídica justa a que se refere Theodoro Junior.

A garantia expressa no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não exclui a exigência do preenchimento de certos requisitos formais e substanciais para a formação do processo judicial, como os pressupostos processuais e as condições da ação.

Neste sentido, é a lição de Moraes (2002), para quem a observância das condições de existência e validade do processo judicial não implica limitação à garantia de acesso ao Judiciário, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição:

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.

O fato de a Constituição Federal reconhecer a todas as pessoas o direito a obter a tutela judicial efetiva por parte dos juízes ou Tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos não a desobriga ao cumprimento às condições da ação e dos pressupostos processuais legalmente estabelecidos. Dessa forma, essas previsões não encontram nenhuma incompatibilidade com a norma constitucional, uma vez que se trata de

requisitos objetivos genéricos, que não limitam o acesso à Justiça, mas regulamentam-no. (MORAES, 2002, p. 291).

Em Nery Junior, tem-se que: “o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. [...]”

Para ele, ainda se voltando ao aspecto da garantia constitucional do direito de ação, deve-se verificar que, se não estiverem preenchidas as condições da ação (art. 267, nº VI, do CPC), a causa não receberá sentença de mérito, sem que isto implique ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. A necessidade de serem preenchidas as condições da ação (CPC, art. 267, nº VI) e os pressupostos processuais (CPC, art. 267, nº IV), serem observados os prazos para o exercício do direito de ação, bem como de serem obedecidas as formas dos atos processuais significam limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação (BRASIL, 1973).

Cintra, Grinover e Dinamarco (2003), discorrendo sobre as condições da ação, reconhecem que a garantia do provimento jurisdicional pode ser condicionada pelo legislador infraconstitucional, pela criação de requisitos de constituição e desenvolvimento do processo judicial:

Embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas *condições da ação* (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação *ad causam*), ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional. Mas ainda, que a resposta do juiz de exaurir na pronúncia de carência da ação. (porque não se configuraram as *condições da ação*), terá havido exercício da função jurisdicional. Para uma corrente, as condições da ação são condições de existência da própria ação; para outra, condições para o seu exercício. (CINTRA, GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 258)

Explica Carreira Alvim (2003) que a instrumentalidade do processo, implica na noção de que é independente da existência ou não do direito material que se pretende, através dela, tutelar:

A ação é um direito de caráter instrumental, porque é ‘direito a um provimento jurisdicional’, isto é, o meio de se procurar a tutela e não a tutela em si mesma. Se bem que seja um direito abstrato, a ação não é genérica, em caráter absoluto, mas, ao contrário, refere-se a um caso concreto (*fattispecie*), determinado e individualizado, idôneo para tornar-se objeto de atividade jurisdicional, assim, é direito a que o juiz proveja (emita provimento, sentença) a respeito de uma determinada situação (prejudicial,

danosa), para que seja removida ou reparada mediante a aplicação da lei. (ALVIM, 2003, p. 136)

Discorrendo sobre os requisitos de constituição e existência da ação, que o Código de Processo Civil denomina as condições da ação, Carreira Alvim (2003) relata:

A ação depende, por isso, para existir, de alguns requisitos constitutivos, chamados *condições da ação*, que são: o interesse de agir, a legitimação e a possibilidade jurídica. São estes os requisitos de existência da ação, e, portanto, preliminares ao exame do mérito. Somente quando concorrerem estas condições, considera-se existente a ação e surge para o juiz o dever de prover (decidir) sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la. Por isso, podem ser definidos como 'condições de admissibilidade do provimento sobre a demanda, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional, em face de um caso concreto deduzido em juízo. (ALVIM, 2003, p. 136)

Os requisitos da existência da ação, enquanto condicionantes para se alcançar determinado fim, são estabelecidos na legislação processual infraconstitucional, os requisitos do fundamento do pedido dependem do direito substancial que regula a relação ou o estado que constitui objeto da demanda. O direito à tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente.

Em Dinamarco (2004, p. 198), o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional "*tem o significado político de por sob controle dos órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas*".

Para o autor, o princípio constitucional da proteção judiciária não se traduz apenas na garantia do ingresso em juízo ou somente do julgamento das pretensões deduzidas, mas da própria tutela jurisdicional, oferecida pelo Estado-Juiz, àquele que detém o direito invocado, "*e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo, com vista à pacificação dos litigantes e objetivando dar razão a quem o tiver. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social*" (DINAMARCO, 2004, p. 198).

Todo esse feixe de aberturas propiciado pelo princípio da inafastabilidade sujeita-se às restrições legitimamente postas pelas regras técnicas do processo e mesmo pelo convívio com outras normas vigentes no próprio plano constitucional. Isso explica por que certas pretensões em face do Estado encontram a barreira representada pelas fórmulas de independência

dos Poderes e equilíbrio entre eles; por que a propositura de uma demanda em juízo é sempre sujeita a uma série de requisitos técnico-processuais, inclusive de forma; por que as pretensões só poderão ser afinal julgadas se presentes os chamados *pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, etc.* Tais são óbices legitimamente postos à plena universalização da tutela jurisdicional, de cuja presença no sistema se infere a legítima *relatividade* da garantia da inafastabilidade dessa tutela. Essa relatividade não significa debilidade da garantia e não pode conotar-se por um nefasto, *conformismo* diante de situações não jurisdionalizáveis, sob pena de inutilidade da garantia. (DINAMARCO, 2004, p. 199).

3.6 Antinomias ou conflitos entre princípios jurídicos.

Antinomias ou conflitos entre princípios jurídicos podem ser definidos como a situação fática sobre a qual incidem duas normas jurídicas de mesma hierarquia e tem o mesmo âmbito de validade (material, espacial e temporal), com previsão de comportamento opostos.

Dworkin (2002, p. 127) denomina como casos difíceis (*hard cases*) aqueles nos quais o ordenamento jurídico não parece apontar solução através de regra de direito, clara, estabelecida de antemão ou naqueles casos em que o ordenamento jurídico parece apontar soluções em direção contrária.

Nos casos em que se busca solucionar as chamadas antinomias ou conflitos, reais ou aparentes, nas expressões do direito, de pronto, verifica-se a inadequação da adoção de formulações simples e objetivas encontradas no ordenamento jurídico, através da aplicação da antiga fórmula da subsunção ou da adoção dos critérios tradicionalmente utilizados: cronologia, especialidade e hierarquia, mais adequadas aos casos envolvendo conflito de regras positivadas no ordenamento jurídico.

Naqueles casos envolvendo antinomia entre princípios constitucionais fundamentais, é exigida do aplicador/intérprete, a busca da harmonização possível entre comandos que tutelam valores ou interesses potencialmente contrapostos (BARROSO, 2011, p. 347), no caso concreto, tendo como ponto crucial o princípio instrumental da unidade da Constituição (inexistência de hierarquia entre as normas da Constituição). Porque, segundo Habermas (2003, p. 210), a unidade do direito precisa ser resguardada, por razões de sua própria segurança.

Nestes casos, cabe ao aplicador do direito a adoção de um dos princípios em detrimento do outro, sem que aquele princípio que foi preterido no caso concreto,

seja suprimido do ordenamento jurídico, como ocorre no conflito entre regras do direito positivo.

Nos casos de tensão aparente ou real, entre regras legais, a adoção do critério “*tudo ou nada*”, preconizado por Dworkin, pode ser resolvida pela aplicação do critério cronológico, pelo qual entre duas normas inconciliáveis, deve prevalecer a norma posterior: *lex posterior derogat priori (lat.)*. Critério já proposto por Maximiliano (2010), na segunda década do século passado e positivado na Lei de Introdução do Código Civil de 1916, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, artigo 2º, parágrafo 1º: “*A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*”. (BRASIL, 1942)

A antinomia entre regras pode ser solvida ainda pelo critério hierárquico, no qual a lei de hierarquia superior prevalece quando confrontada com aquela que lhe é hierarquicamente inferior, como expresso no brocardo latino *lex superior derogat inferiori (lat)*. A solução da antinomia entre regras pode resolver-se também pelo critério da especialidade, quando a lei especial prevalece e derroga a geral: *Lex specialis derogat generali (lat)*.

Entretanto, quando se trata de colisão ou antinomia entre princípios legais, as questões de harmonização de interesses contrapostos, segundo a doutrina, resolvem-se ou por meio de uma ponderação de valores traduzidos em ambos os princípios colidentes (Alexy, Barroso) ou pela determinação de uma norma mais adequada ao caso concreto (Günther e Habermas).

Como já mencionado em outra parte deste trabalho, Alexy (2009), trata os princípios como ‘mandamentos de otimização’. Algo que determina a concreção na máxima medida, dentro das possibilidades reais e jurídicas, significando que elas podem ser realizadas em diferentes graus, cuja mensuração dependem da conjugação das possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas tanto pelas regras, quanto pelos princípios colidentes, sendo a forma característica de solução a adoção da ponderação.

Os princípios constituem ordem, não deixando margem para descumprimento. Nos casos onde ocorrer colisão ou antinomia entre princípios, deve-se interpretá-los para se alcançar a solução do caso concreto, mas jamais desatendê-los. Portanto, havendo conflito entre regras, o problema será resolvido no campo da validade, enquanto que ocorrendo colisão entre princípios, a solução envolverá cada caso

concreto, considerando a necessidade de preponderância de um sobre o outro dentro de um juízo de ponderação (TERAN, 1985, p. 146).

Alexy pretende que, diante de um caso concreto, sejam colocadas as normas que colidem e, em face disso, verificar-se qual delas, na medida do possível (considerando a sua natureza enquanto princípio), deve prevalecer, diante da concreção dos fatos trazidos a juízo.

Segundo Alexy (2009), a questão dos limites dos direitos fundamentais se resolve delimitando tais direitos a partir de uma teoria dos princípios, cuja base é a tese de que os direitos fundamentais, enquanto normas, possuem a estrutura de mandatos de otimização, como já se comentou, o que leva a situar a máxima da proporcionalidade no centro da dogmática dos direitos fundamentais. A principal consequência disto é a ponderação axiológica (via critérios de adequação, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito) na limitação de tais normas.

Para o jusfilósofo alemão, citado por Barroso (2011):

Quando dois princípios entram em colisão, um dos dois princípios tem que ceder ao outro. O que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. É o que se queremos dizer quando afirmamos que nos casos concretos os princípios tem diferentes pesos e que se prefere o princípio com maior peso. (BARROSO, 2011, p. 330, tradução nossa)¹⁴

Barroso (2011, p. 329-336), ao tratar da colisão entre princípios constitucionais, discorre que, não havendo hierarquia em abstrato entre princípios jurídicos, a precedência relativa de um sobre o outro deve ser analisada à luz do caso concreto, não sendo próprios para esse tipo de situação, “*os critérios tradicionais de solução dos conflitos entre normas infraconstitucionais, uma vez que tais antinomias se colocam quer no plano da validade, quer no da vigência das proposições normativas*”. Propõe como solução a adoção de critérios dotados de racionalidade e controlabilidade, através de um raciocínio capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que irá reger a espécie, considerando-se os múltiplos elementos em jogo, na medida de sua importância e

¹⁴ Cuando dos principios entran en colisión, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.

pertinência para o caso concreto, observada a técnica da ponderação e tendo como pedra de toque o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

A adoção do critério da ponderação, sem a adoção de *vetores interpretativos*, é criticada por Barroso (2011) porquanto, ainda que se atribua pesos diferentes às situações jurídicas do caso concreto, a ausência de referências materiais e axiológicas para a própria valoração a ser realizada, aumenta o risco de *voluntarismo* e *soluções ad hoc*.

Para o autor, a legitimidade e racionalidade das decisões, produzidas mediante o critério da ponderação, deve o aplicador observar:

- a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador;
- b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado em casos equiparáveis, que tenham pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas
- c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos. (BARROSO, 2011, p. 338)

O chamado princípio da proporcionalidade não consistiria num princípio, mas num postulado normativo aplicativo, o que implicaria em que ele não pode ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, resultando, antes, por implicação lógica, da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição Federal e da própria atributividade do direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis.

Os princípios, devem ser entendidos como aqueles que estabelecem prescrições ligadas indiretamente a valores, fins, ideias e *topoi* (interesse público, bem comum, etc.) a serem institucionalmente determinadas, e ainda como “*deveres de otimização*”, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Quando colidem, os princípios tem sua realização normativa limitada reciprocamente, por instituírem obrigações *prima facie*, podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.

Hard case, clássico e não incomum, é citado por Barroso (2009, p. 347), onde há aparente antinomia entre direitos e garantias assegurados constitucionalmente: de um lado o direito de imprensa (artigo 5º, IX, XIV e 220), a garantia da liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, IV) e a garantia de vedação de censura

prévia de matérias jornalísticas (artigo 139, III) e de outro, com a garantia prevista na mesma Carta Política, de proteção dos direitos da personalidade à intimidade, a vida privada, a honra e imagem, no artigo 5º, X.

Para a solução de casos difíceis, como este, envolvendo antinomia de preceitos constitucionais, para a solução justa do conflito, Alexy, Ávila, Barroso, dentre outros, propõe aceitar-se a validade de ambos os princípios, porém, diante das condições fáticas e normativas concretas, estabelecer uma relação de preferência condicionada, mediante a qual um dos dois, devido a seu maior peso, *cede* perante o outro, na situação posta a julgamento.

Para Ávila (1999), o dever de proporcionalidade é induzido a partir da solução dada à colisão de princípios, quando seria necessário verificar qual deles teria maior peso diante das circunstâncias concretas, a depender de uma ponderação a ser feita pelo operador do direito (dimensão de peso), isto porque os princípios também possuem uma consequência normativa: a *ratio* (razão, fim, tarefa) à qual se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto.

O dever de proporcionalidade, que a doutrina e jurisprudência identificam como “*princípio da proporcionalidade*”, consiste num postulado normativo aplicativo, impondo uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. É ele uma condição normativa, instituída pelo próprio Direito para sua devida aplicação, pelo que, sem a obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados - está ele contido nas dobras do próprio ordenamento jurídico.

Ávila (2009), propõe que a adoção do critério da ponderação deve ser realizada com a observância de requisitos ou fases, sem as quais a decisão careceria de legitimação e juridicidade.

O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deve indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), efetuar a ponderação (ponderação) e fundamentar a ponderação feita. E, nessa fundamentação, deverão ser utilizados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre o outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios foram juridicamente avaliados. (ÁVILA, 2009, p. 121-122)

Canotilho (1999) faz uma distinção muito interessante quando ressalta que há concorrência de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais sendo que a concorrência acontece quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Já a colisão autêntica de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Nesse caso para o citado autor está-se perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um 'choque', um autêntico *conflito* de direitos.

Evidentemente que a opção pela aplicação de uma delas não exclui a validade da outra em face de outros casos que porventura surgirem.

As teorias de Günther (1995) e Habermas (2003) por sua vez, exigem que todos os fatos do caso concreto sejam analisados em profundidade para se verificar qual a norma adequada a ser aplicada no caso sob análise.

Para Günther (1995), é preciso distinguir entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação, porquanto os critérios que servem para elucidar a validade de uma norma não coincidem com aqueles utilizados para indicar a adequação de uma norma válida a uma determinada situação.

Para ele, o princípio da universalidade, característico no âmbito da fundamentação e justificação de normas, é equivalente ao princípio da adequação, quando passamos para o terreno da aplicação das normas. O juízo de aplicação é o produto de uma argumentação dirigida por uma exigência de imparcialidade, que se traduz em um princípio processual segundo o qual não se pode estabelecer que uma norma possa ser aplicada legitimamente em uma situação sem que se tomem antes em consideração todas as características de cada situação que são relevantes para garantir uma interpretação coerente de todas as normas aplicáveis.

Uma determinada norma jurídica somente estaria perfeita se fosse baseada em regras válidas, adequadamente aplicadas, de modo que a norma jurídica aplicada aparece como a melhor utilização de um sistema de normas válidas, isto é, já fundamentadas em um processo discursivo com a participação de todos os potencialmente afetados, observadas todas as circunstâncias do caso.

Para Günther (1995):

Uma fundamentação discursiva de normas válidas deve garantir que uma norma expresse um interesse válido em seu segmento geral. Esse interesse válido decorre da consideração mútua de interesses de cada um. A consideração recíproca de interesses é proporcional à força de convicção dos motivos que são introduzidos para o acompanhamento geral da norma. Uma norma estará, pois, fundamentada, se cada indivíduo puder aprová-la racionalmente. Para que realmente só a força das razões e nenhum outro fundamento alcance validade, há de ser assegurado o cumprimento de determinadas condições idealizadas de argumentação. Essas condições são, além das regras de consistência semântica e da lógica que se aplicam a todos os tipos de fundamentação, também certas regras para ordenar as contribuições dos interlocutores, a possibilidade de participação livre e igualitária de todos os interessados. Somente sob esse pressuposto é que se pode admitir um consenso motivado racionalmente de uma forma não-coercitiva. Através desta condição de reciprocidade é garantida a validade universal da norma. [...]

Gostaria de defender a tese de que com uma fundamentação imparcial de validade de uma norma, pensamos algo diferente de sua aplicação em um caso concreto. Deve-se notar que nossa compreensão pragmática de uma norma válida não prescinde da adequação de sua aplicação em qualquer caso concreto, tampouco seriam necessárias aquelas hipóteses irrealistas de que devêssemos estar em condição de prever todas as possíveis colisões de interesses possíveis de todos os casos concretos.

Para a adequação da aplicação de uma norma válida haveria de se pensar a possibilidade de destacar de outra maneira, o aspecto da razão prática.

[...]

Por este meio, alcançamos o ideal de uma norma perfeita: analisando em dois passos a exigência de considerar todas as circunstâncias do caso concreto. Não antecipamos em um dado momento todas as circunstâncias de cada situação de aplicação em particular, mas para cada caso concreto, antecipamos em um momento predeterminado, todas as circunstâncias aplicáveis.

Com isso, se resolve o problema de que reconhecemos algumas normas como válidas, apesar de saber que em algumas situações colidirão com outras normas igualmente válidas.

Se delimitarmos o conceito de validade às circunstâncias pressupostas pela norma como inalterado, se torna compreensível que os casos de colisão mais interessantes não são resolvidos no campo de validade mas de adequação da norma aplicável *prima facie*. O ideal de uma norma perfeita O ideal de uma norma perfeita subsume, por engano, o conceito de adequação naquele outro de validade.

Essa distinção conceitual entre validade e adequação tem o efeito colateral buscado de poder renunciar no discurso de validade os requisitos irrealistas de saber ilimitado e tempo infinito. As consequências e efeitos paralelos que são derivados de um seguimento geral da norma sob circunstâncias que permanecem iguais podem determinar-se quase sempre com base no saber disponível em um espaço de tempo limitado. As consequências e os efeitos colaterais resultantes da observância geral da norma em circunstâncias que permanecem as mesmas, quase sempre podem ser determinadas com base no conhecimento disponível em um período de tempo delimitado. (Gunther, 1995, tradução nossa).¹⁵

¹⁵ [...] *una fundamentación discursiva de normas válidas debe asegurar que una norma exprese un interés general en su seguimiento general. Este interés general procede de la consideración recíproca de los intereses de cada uno. La reciprocidad de la consideración de intereses es proporcional a la fuerza de convicción de las razones que se introducen para un seguimiento general de la norma. Una norma estará pues fundamentada si cada individuo puede aprobarla con razones. Para que realmente solo la fuerza de las razones y ningún otro motivo logre validez, se tiene que poder suportar que se cumplen determinadas condiciones idealizadas de la argumentación. A estas condiciones pertenecen,*

Para Günther, ainda que existam situações hipotéticas de conflitos entre princípios, nenhum deles deixa de ser válido, simplesmente porque existirão situações de antinomia. Por isso, para a validade de uma norma não se deve considerar uma incompatibilidade empírica. A colisão de princípios, então, não existiria faticamente, porquanto, quando se desvenda a norma adequada, verifica-se que as demais permanecem igualmente válidas, apenas não eram adequadas (cabíveis) para a solução do caso proposto – a solução da antinomia não seria de validade do princípio, mas a adequação de um padrão, *prima facie* aplicável.

E mais, a decisão justa extrai seu fundamento de validade pressuposta nas normas democraticamente estabelecidas pelo legislador. Entretanto, o julgador não pode se eximir de uma avaliação reconstrutiva das normas consideradas como válidas, só podendo solucionar antinomias entre elas se reconhecer “que todas as normas válidas formam, em última instância, um sistema ideal e coerente, que permite apenas uma resposta correta para a situação de aplicação” (GÜNTHER apud HABERMAS, 2003, p. 290).

aparte de las reglas de consistencia semántica y lógica que valen para todos los tipos de fundamentaciones, así como ciertas reglas para ordenar las contribuciones de los interlocutores, la posibilidad de participación libre e igual de todos los afectados. Sólo bajo este presupuesto mencionado anteriormente ha de esperarse un consenso motivado racionalmente de modo no coactivo. Por medio de esta condición se asegura la reciprocidad universal de la validez de la norma.
[...]

deseo defender la tesis de que con la fundamentación imparcial de validez de una norma pensamos algo diferente a su aplicación imparcial en un caso particular. Debería señalarse que a nuestra comprensión pragmática de una norma válida no pertenece la adecuación de su aplicación en cualquier caso particular, por lo que tampoco sería necesaria aquella hipótesis irrealista de que debamos estar en la situación de prever todas las colisiones pensables de intereses en todos los posibles casos particulares. Para la adecuación de la aplicación de una norma válida habría que reflexionar si se puede destacar de otra manera el aspecto de razón práctica.

[...]
Por esta vía alcanzamos el ideal de una norma perfecta: analizando en dos pasos la exigencia de considerar todas las circunstancias de cada situación de aplicación particular. No anticipamos en un momento dado todas las circunstancias de cada situación de aplicación particular, sino que en cada situación correspondiente anticipamos en un momento determinado todas las circunstancias. Con esto se resuelve el problema de que reconocemos algunas normas como válidas a pesar de saber que en algunas situaciones colisionan con otras normas válidas. Si uno delimita el concepto de validez a las circunstancias presupuestas por la norma como inalteradas, se torna comprensible que en los casos de colisión más interesantes no se trata de la validez sino de la adecuación de una norma aplicable prima facie. El ideal de una norma perfecta subsume por error el concepto de adecuación en aquel otro de validez. Esta diferenciación conceptual entre validez y adecuación tiene aquel otro efecto lateral buscado de poder renunciar en el discurso de validez a los requisitos irrealistas de saber ilimitado y tiempo infinito. Las consecuencias y efectos laterales que se derivan de un seguimiento general de la norma bajo circunstancias que permanecen iguales pueden determinarse casi siempre en base del saber disponible en un espacio de tiempo limitado.
(GÜNTHER, 1995, p. 278; 283-284).

A solução apontada por Günther, para a solução dos casos difíceis, colisão ou antinomia de princípios é oposta àquela defendida por Alexy. Günther contesta a oposição “estrutural” entre normas definitivas e *prima facie* como o resultado de uma compreensão equivocada de duas formas distintas de juízos sobre normas. Para ele é um equívoco afirmar que princípios estabelecem comandos *prima facie* e regras estabelecem comandos definitivos - todas as normas são *prima facie* válidas e comandos definitivos são sempre o resultado de juízos de aplicação de normas a casos concretos.

Enquanto Günther torna mais preciso o problema da colisão de princípios, pela distinção entre aplicação e fundamentação (HABERMAS, 2003, p. 269), de tal forma que “a validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular” (HABERMAS, 2003, p. 270). Uma vez que, para se garantir a justiça, no caso concreto, é necessário que todo o conjunto de normas seja avaliado, a fim de se saber como ele vai configurar-se para resolver o caso específico, para Habermas (2003), se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo de interpretação como uma contradição no sistema de normas, estaríamos confundindo a validade de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a adequação de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação.

Habermas (2003, p. 272) objeta esse entendimento sob o fundamento de que ela simplesmente desloca o sentido da coerência do sistema de direitos. Ele afirma uma concepção de coerência que se modifica “*dependendo da constelação de características relevantes de um caso a ser decidido*”, o que maltrata a segurança jurídica. Em outras palavras, a teoria de Günther resolve a tensão entre faticidade e validade da decisão judicial de maneira muito desfavorável à faticidade própria do direito.

O ponto crucial para Habermas, nas palavras do próprio Günther, é que, os juizes só podem solucionar colisões de normas, a partir de uma avaliação reconstrutiva das normas tidas como válidas, se assumirem “*que todas as normas válidas formam, em ultima instância, um sistema ideal e coerente*”, que permite apenas uma resposta correta para a situação de aplicação, (HABERMAS, 2003, p. 289-290).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, enfrentamento um *hard case* envolvendo aparente colisão de princípios, em caso que se discutia a obrigatoriedade de submissão de um pai à retirada de material genético para

comprovação da paternidade que a ele era imputada, estando ele amparado pelas garantias à intangibilidade do próprio corpo e pelo direito a não ser obrigado a produzir prova contra ele mesmo, assegurados constitucionalmente, em rota de colisão com o direito da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, decidiu-se que, havendo colisão entre princípios constitucionalmente assegurados, resolve-se pela aplicação da máxima da ponderação de valores, restando um princípio constitucional afastado pela aplicação do outro. (BRASIL, 1996).

Em outro *leading case*, envolvendo requerimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, por não haver honrado o pagamento de precatórios, entendeu-se que estariam em antinomia os princípios do devido processo legal (Constituição Federal, art. 5º LIV) que, para o Ministro Marco Aurélio, representaria, no caso, a supremacia da Constituição, na observância dos parâmetros próprios a um Estado Democrático de Direito, no qual não há como deixar de ter o primado do Judiciário, a eficácia, a partir de medidas coercitivas, das decisões prolatadas e, de outro, o princípio que garante a autonomia dos Estados federados, somente se cogitando em intervenção federal, excepcionalmente, em caso como aquele do julgado, para prover a execução de ordem ou decisão judicial (Constituição Federal, art. 34, VI). Além disso, existiria conflito entre a posição da União Federal, como garantidora da eficácia dos princípios enumerados no artigo 34 da Carta Política e, de outro, dos Estados-membros, aos quais a Constituição assegura a autonomia, através da garantia da não-intervenção. (BRASIL, 2003).

A solução encontrada no voto condutor do julgamento, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, propôs resolver a antinomia a partir do princípio constitucional da proporcionalidade, que alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. No voto, Mendes (BRASIL, 2003) aponta que as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios que, diferentemente do conflito entre regras, resolvido pela revogação ou redução teleológica, conforma-se com a ponderação, através do sopesamento de cada um dos princípios em tese aplicáveis e aptos a fundamentar decisões em sentidos contrários. Nesse caso, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos valores constitucionais.

Sinteticamente, a adoção do princípio da proporcionalidade deve ocorrer quando se verificar restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre

distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo, de cada um dos direitos, por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade, há de ser ponderado se em virtude do conflito entre dois bens ou valores constitucionais contrapostos, o ato impugnado se mostra adequado, entendido como a aptidão para produzir o resultado desejado; necessário, visto como insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e ainda, proporcional em sentido estrito, ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto.

O princípio ou máxima da proporcionalidade, como lembrado por Canotilho (1993), aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o próprio Poder Judiciário, ao qual se impõe a análise dos contextos factual e normativo na qual se insere a discussão.

Em casos envolvendo colisão aparente de princípios, busca-se uma ponderação dos objetivos previstos em cada princípio, escolhendo-se qual será prevalente em determinado caso concreto. Esta análise não impede que, em outra hipótese, o princípio a ter maior peso será o que, no caso anterior, foi afastado, considerando a ocorrência do chamado jogo de princípios.

Quando da tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional vigente, o de menor peso, segundo circunstâncias e condições particulares do caso concreto, cede aplicabilidade ao de maior valor, em uma "relação de precedência condicionada". Não são estipuladas cláusulas de exceção, como nos casos entre conflitos de regras, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais colida. Busca-se, pela máxima da ponderação, avaliar, ante as condições do caso, qual valor detém maior peso, devendo prevalecer na ocasião.

A ponderação entre princípios constitucionais é tarefa das mais árduas e significativas à manutenção da ordem constitucional coesa. Daí a enorme responsabilidade do Poder Judiciário, em todos os graus de jurisdição e, sobretudo das Cortes Supremas, seja no exercício do controle concentrado da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões

entre princípios reveladores de direitos fundamentais amparados pela Constituição, aparentemente em rota de colisão, nos casos concretos.

Sintetizando, pode ser entendido que, nos casos envolvendo antinomias ou conflitos aparentes entre princípios jurídicos, como critérios para a seleção do princípio adequado ao caso concreto, é fundamental sua avaliação no critério do peso (dimensão, critério, força) e de importância de cada princípio colidente, sendo fundamental o emprego dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, este - mais utilizado e desenvolvido pelo direito anglo-americano - “*reasonableness*”, e aquele, de origem e utilização na Europa Continental e também no Brasil - destinados a controlar a relação entre os fins objetivados e os meios efetivamente utilizados, nas ações do Poder Público, limitadas a essa justa proporção - o sacrifício de um dos princípios em detrimento do outro deve ser razoável e proporcionalmente mais intenso do que o benefício obtido pelo outro, em no caso concreto.

4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO: A PONDERAÇÃO DOS VALORES NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.

4.1 Considerações gerais

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o julgamento das ações cautelares de exibição, é matéria afetada às Câmaras Cíveis isoladas, numeradas ordinalmente de 9ª a 18ª. Nestas, verificam-se, pelo menos dois entendimentos, totalmente contrapostos, acerca da mesma matéria. Para a maioria dos Desembargadores, a garantia expressa no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, impede a exigência de verificação material do interesse processual, como condição obrigatória da ação, ao fundamento de não existir a chamada “jurisdição condicionada” ou “instância administrativa de curso forçado”, de triste memória no Direito Constitucional. Outros, em sentido diametralmente oposto, defendem que o ingresso em juízo para a exibição, pode ser condicionada à comprovação de que teria havido direito ameaçado por conduta comissiva ou omissiva do réu, comprovável por prévia solicitação administrativa ao requerido para que apresentasse o documento pleiteado, sem a qual a parte careceria de interesse processual. Para esses, embora o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, não obrigue o autor a percorrer previamente a esfera administrativa para ingressar em juízo, sua aplicabilidade no caso específico de provimento cautelar na *Ação de Exibição (CPC, art. 844)* é inadequada, uma vez que sequer se pode vislumbrar ameaça de lesão a seu direito e, muito menos, lesão que necessitasse ser evitada, ou reparada, por meio da prestação jurisdicional.

Comentando o artigo 844 do Código de Processo Penal, Nery Junior (1997), conceitua a Ação de Exibição como procedimento acessório e, eventualmente, satisfativo, quando o interesse do autor se cingir ao mero *facere (lat)* da exibição. Seria acessório, quando:

Aquele que entender deve mover ação contra outrem e necessitar, para instruir o pedido, de conhecer teor de documento ou coisa a que não tenha acesso poderá valer-se deste procedimento preparatório para obter os

dados que necessita e armar-se contra o futuro e eventual adversário judicial que tiver. O interesse do autor na obtenção da sentença cautelar há de ser a urgência e necessidade prévia da providência cautelar, necessária e indispensável à obtenção do desiderato que pretende. (NERY JÚNIOR, 1997, p. 927)

A Ação Cautelar de Exibição, prevista no artigo 844 do Código de Processo Civil, é conceituada por Ulpiano, citado por Theodoro Junior (1990):

Exibir, na definição de Ulpiano, é trazer a público, submeter a faculdade de ver e tocar (*est in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praeberere*). Tirar a coisa do segredo em que se encontra, em mãos do possuidor (*proprie extra secretum habere*) (*Digesto, de libero homine exhibendo*) (THEODORO JUNIOR, 1990, p. 1235)

Para Marinoni e Mitidiero (2008, p. 787), “*trata-se de tutela que visa à proteção do direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, CRFB), que tem como elementos indissociáveis o direito de ação (art. 5º, XXXV, CRFB), o direito de defesa (art. 5º, LV, CRFB), o direito à prova (art. 5º, LIV, CRFB, contrario sensu)*”, cuja finalidade é a proteção à prova, seu conhecimento e preservação, e cabível se caracterizado o objetivo instrutório da tutela.

No artigo 801 do Código de Processo Civil são elencados os requisitos da petição inicial da ação cautelar, prevendo expressamente nos incisos III e IV, a exigência da demonstração da lide e seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão. (BRASIL, 1973).

A demonstração da existência de lide (resistência a uma pretensão) é pressuposto para toda e qualquer intervenção judicial. Somente quando houver resistência à pretensão de direito, é que se legitima o Estado a intervir, através da prestação jurisdicional, entendida como serviço judiciário que se operacionaliza através do processo para a solução justa, adequada e eficaz da lide, para dar o direito àquele que o detém. Demonstração esta que o Código de Processo Civil denomina de *interesse*, na regra expressa no seu artigo 3º (a necessidade da tutela jurisdicional para a obtenção do bem da vida pretendido).

Para Gonçalves (1992), o exercício do Poder Jurisdicional somente é apto a se manifestar em situações que envolvam conflitos litigiosos não resolvidos na esfera particular, ou ainda naquelas situações em que, não obstante inexistir divergências, o Estado avocou para si a administração dos atos relativos a negócio

ou ato jurídico, que o Código de Processo Civil denominou de procedimentos especiais de jurisdição voluntária.

Para o exercício do direito de ação, a lei exige o preenchimento de três condições: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e qualidade para agir, já mencionados anteriormente.

Não se mostra dificultosa a compreensão do interesse na obtenção da prestação jurisdicional, no caso de um credor que possua um título de crédito por vencer, contra devedor solvente. A falta de liquidez do título, a solvência do devedor e a ausência de violação ou ameaça a direito, descaracterizam a necessidade e/ou utilidade da intervenção jurisdicional. É o que o Código de Processo Civil conceitua como requisitos necessários para realizar qualquer execução:

Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.

Art. 581. O credor não poderá iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação; (...) (BRASIL, 1973)

Nos casos de arrendamento rural, é indispensável a notificação prévia, que decorre de lei, para certificar o arrendatário da vontade do proprietário de não mais renovar o arrendamento. A propositura de ação judicial pleiteando a rescisão do contrato de arrendamento rural é condicionada à comprovação da notificação premonitória válida, sem que essa exigência afronte a garantia do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional:

Artigo 95, IV - em igualdade de condições com estranhos, o arrendatário terá preferência à renovação do arrendamento, devendo o proprietário, até 6 (seis) meses antes do vencimento do contrato, fazer-lhe a competente notificação extrajudicial das propostas existentes. Não se verificando a notificação extrajudicial, o contrato considera-se automaticamente renovado, desde que o arrendador, nos 30 (trinta) dias seguintes, não manifeste sua desistência ou formule nova proposta, tudo mediante simples registro de suas declarações no competente Registro de Títulos e Documentos; (BRASIL, 1964)

A lei do inquilinato, nos casos de locação por prazo indeterminado, prevê expressamente nos artigos 6º, 46, §2º e 59, §1º, VIII, a exigência de notificação premonitória para a retomada do imóvel, condição que demonstra o interesse processual. Vale dizer, somente após o descumprimento do prazo fixado na notificação premonitória, é que é possível acionar o Poder Judiciário, para forçar o

despejo compulsório do renitente (BRASIL, 1991), sem que, tal exigência seja limitadora da garantia do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Art. 6º O locatário poderá denunciar a locação por prazo indeterminado mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta dias.

Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

§ 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir - se - á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato.

§ 2º Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação.

Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§ 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

VIII – o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada; (BRASIL, 1991)

Os exemplos citados dão conta de que a legislação infraconstitucional pode estipular condicionantes para a entrega do provimento jurisdicional, enfrentando o litígio e compondo solução definitiva ao conflito de interesses, sem que isso implique em limitação ou malferimento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

4.2 Entendimento da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A 9ª Câmara Cível, decide, à unanimidade, que a ação de exibição não está condicionada ao prévio pedido administrativo, sob pena de comprometer o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No julgamento do processo nº 1.0433.09.306284-5/001, da Comarca de Montes Claros/MG, julgado em 19/04/2011, o Desembargador Osmando Almeida entendeu que:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - BUSCA DA VIA ADMINISTRATIVA - INEXIGIBILIDADE - FALTA DE

INTERESSE DE AGIR - INOCORRÊNCIA. - O interesse processual se consubstancia na necessidade demonstrada pela parte autora de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida. - A ação cautelar de exibição de documentos não está condicionada ao prévio pedido administrativo, sob pena de comprometer o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (MINAS GERAIS, 2011aa)

O Desembargador Tarcísio Martins Costa, no processo nº 0098353-49.2010.8.13.0079, da Comarca de Contagem/MG, julgado em 26/04/2011 decidiu:

Não há falar em ausência de individualização de documentos (art. 356, inciso I, do CPC), se a inicial contém a menção do contrato e firmado e foram juntados à exordial boleto com numeração correspondente ao documento. - Segundo o conceito sugerido pelo Código Processual Civil, o interesse de agir surge da necessidade de se obter a proteção ao direito material perante o Poder Judiciário, ao fito de evitar um possível prejuízo.- Na ação cautelar de exibição de documentos ou coisa a parte não precisa comprovar que houve recusa daquele que detém a documentação ou objeto comum em seu poder, não estando a medida condicionada ao prévio pedido administrativo, consoante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante a todos o amplo acesso à Justiça (CF. art. 5º, inc. XXXV). - Pelo princípio da causalidade, a parte obrigada a recorrer à via judicial, para fazer valer o seu direito, não responde pelos ônus sucumbenciais, mas sim quem deu causa à ação, no caso a instituição financeira que se manteve inerte, mesmo diante de solicitação na esfera administrativa e da notificação extrajudicial, objetivando a exibição do contrato, formado entre as partes. (MINAS GERAIS, 2011ee)

Em 19/10/2010, o Desembargador Pedro Bernardes, no julgamento do processo nº 1.0707.09.190865-7/001, Comarca de Varginha/MG, decidiu que:

EMENTA: 1. Para que reste atendida a condição da ação "interesse de agir" é preciso que a parte demonstre que o provimento jurisdicional é realmente necessário e útil. 2 - Se o autor demonstra que não dispõe do contrato firmado com a ré, tem interesse de agir para a ação de exibição de documentos, principalmente porque não se faz necessário o esgotamento da via administrativa para ajuizamento da demanda. 3- Se a parte não apresentar resistência à pretensão do autor quanto à exibição do documento e não for comprovado o pedido administrativo, não deverá haver condenação em honorários advocatícios, em razão do princípio da causalidade. O interesse processual surge da necessidade de procurar solução na via judicial, direito constitucionalmente garantido, independentemente de requerimento extra-judicial (MINAS GERAIS, 2011ff)

Para o Desembargador José Antonio Braga, no julgamento do processo nº 1.0707.09.187860-3/001, Comarca de Varginha/MG, julgado em 23/03/2010:

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - INTERESSE PROCESSUAL - REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - IRRELEVÂNCIA - ASTREINTES AFASTADAS - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - HONORÁRIOS -

PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - PRAZO PARA EXIBIÇÃO - DILAÇÃO - POSSIBILIDADE. O interesse de agir surge da necessidade de se obter a proteção ao direito material perante o Poder Judiciário, para o deslinde de um conflito de interesses, ao visio de evitar eventual prejuízo. Assim, necessitando o autor da providência jurisdicional pleiteada, presente o interesse processual. A instituição bancária tem o dever de fornecer aos seus clientes informações e documentos relativos à relação jurídica com eles estabelecida, competindo-lhe arcar com os ônus necessários para tanto. Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas custas e honorários daí decorrentes. Mostra-se razoável a dilação do prazo pretendido pela instituição financeira para a exibição dos documentos, mormente por não importar em prejuízo às partes. (MINAS GERAIS, 2010b)

Atuando como vogal, o Desembargador Generoso Filho, tem decidido seguindo o posicionamento do Desembargador Tarcísio Martins Costa, como no julgamento do processo nº 0098353-49.2010.8.12.0079, da Comarca de Contagem/MG, de 26/04/2011 (MINAS GERAIS, 2011ee).

Nestes julgamentos da 9ª Câmara Cível, parte-se do pressuposto de que o interesse processual, enquanto da condição da ação cautelar, se exaure na vontade da parte em acionar o Poder Judiciário para a obtenção do bem da vida, independentemente da própria existência de lide, enquanto pretensão resistida, e legitimadora da atuação jurisdicional para compor o conflito. Vale dizer, em nome de uma interpretação, *data vênia* (lat), equivocada, de que princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não poderia ser limitado pela exigência infraconstitucional de demonstração do litígio, como condicionante da atuação estatal.

Não é esse o entendimento expressado por Theodoro Júnior (1992), para quem, independentemente do provimento jurisdicional pleiteado, é necessário que as partes atentem para as condições de existência e validade da relação jurídico-processual:

Muito embora a ação cautelar não vise à solução da lide, objeto do processo principal, o certo é que, em se tratando de medida contenciosa, lícito é falar-se numa "lide cautelar", ou seja, numa pretensão à segurança, que encontrou resistência ou contestação.

Assim, quando se exerce a ação cautelar, o autor deduz em juízo um *pedido*, em face do réu, que expressa a *pretensão* de uma providência de ordem jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 1992, p. 48)

Como todo ato postulatório, a medida cautelar, sujeita-se a exame sob o ângulo do juízo de admissibilidade, que é aquele em que se declara a presença ou ausência dos requisitos que legitimam o exercício da atividade do órgão jurisdicional

pleiteada pelo requerente, sem que tal avaliação afronte qualquer dos princípios constitucionais.

4.3 Entendimento da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Todos os Desembargadores da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmaram entendimento de que no julgamento das ações de exibição, é desnecessário o esgotamento da via administrativa.

No julgamento do processo nº 1.0433.09.304728-3/001, Comarca de Montes Claros/MG, julgado em 21/09/2010, o Desembargador Alberto Aluizio Pacheco de Andrade entendeu que:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - CABIMENTO - ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - INEXIGIBILIDADE. O requerimento administrativo não é condição para o exercício do direito de ação de exibição de documentos. (MINAS GERAIS, 2010c)

No mesmo sentido, é a orientação do Desembargador Pereira da Silva, expresso no julgamento do processo nº 1.0707.09.180395-7/001, Comarca de Varginha/MG, de 01/02/2011:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - ARTIGO 5º, XXXV DA CF/1988 - INTERESSE DE AGIR - DEVER DE EXIBIR - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. Ao jurisdicionado cabe a escolha do procedimento a ser adotado, não sendo obrigado a esgotar a via administrativa para buscar tutela jurisdicional. Face ao dever de exhibir, cominado legalmente às instituições bancárias, o consumidor tem direito de acesso aos documentos comuns tidos com o banco, independentemente do pagamento de tarifa. Se a medida cautelar é proposta em razão da recusa do recorrente em fornecer cópia dos documentos requeridos em Juízo, a ele incumbem os ônus da sucumbência (MINAS GERAIS, 2011f)

Para o desembargador Cabral da Silva, no julgamento do processo nº 0532390-80.2010.8.13.0000, Comarca de Varginha/MG, de 09/11/2010, o fato de o documento requerido não ter sido vindicado em seara extrajudicial não caracterizaria a carência de ação da parte autora, pois o Jurisdicionado poderia acionar,

diretamente, ao Poder Judiciário, consoante o princípio da inafastabilidade, art. 5º, XXXV da Constituição Federal (MINAS GERAIS, 2011u).

Ainda na 10ª Câmara Cível, o Desembargador Gutemberg da Mota e Silva, ao relatar o processo nº 5718681-56.2010.8.13.0145, Comarca de Juiz de Fora/MG, em 05/04/2011, decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL - MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ART. 844, II, DO CPC - INTERESSE DE AGIR - VIA ADEQUADA - DEVER DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE EXIBIR OS DOCUMENTOS - DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS. -O interesse de agir do correntista decorre da necessidade de ajuizamento da ação para obter do banco documentos comuns. Se a parte não possui os documentos que lhe dizem respeito, tem interesse jurídico de pleitear judicialmente a sua exibição. - Aparência do bom direito e perigo da demora são requisitos para concessão de liminar, não para ajuizamento de medida cautelar. - Prévio requerimento administrativo não é pressuposto processual nem condição da ação de exibição de documentos. - Medida cautelar de exibição de documentos é a via processual adequada para obter documentos que estão em poder de instituição financeira. - Comprovada a relação jurídica entre as partes, cabe à instituição financeira a exibição de documento comum, sobre os quais tem o dever de manutenção e guarda. (MINAS GERAIS, 2011v)

Nesses julgamentos, é possível verificar que a premissa é de que, na ação de exibição, não seria necessário o esgotamento da via administrativa, não sendo sequer exigido o prévio requerimento administrativo, delineador do interesse processual. Ao contrário, parte-se da noção de que, o simples fato da parte não possuir os documentos comuns e da parte requerida não tê-los exibido junto com a defesa, haveria presunção de litígio e, conseqüentemente, interesse processual em demandar judicialmente a faculdade de ver e tocar o documento comum. Observa-se ainda nos julgados analisados, que a existência do processo exhibitório, com a presunção de litígio, onera o requerido com os ônus da sucumbência.

A Constituição Federal garante a apreciação pelo Poder Judiciário de toda violação de direito, mediante lesão ou ameaça (artigo 5º, XXXV). Não obstante essa garantia, não se pode olvidar que o direito à tutela jurisdicional efetiva não desobriga ao cumprimento das condições da ação e dos pressupostos processuais legalmente estabelecidos, os quais não encontram nenhuma incompatibilidade com a norma constitucional, uma vez que se trata de requisitos objetivos genéricos, que não limitam o acesso à Justiça, mas regulamentam-no (MORAES, 2002, p. 291).

Ressaltamos que a jurisdição só se legitima ante a presença de litígio, o qual não se presume, como na jurisprudência consultada. Ao contrário do que restou assentado, entendemos que somente a comprovação de resistência à pretensão da parte autora, faz nascer o litígio, o que legitima a dedução da pretensão em juízo.

Em relação ao tema, oportuna a lição de Greco Filho (1996):

O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão. Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?

Não se indaga, pois, ainda, se o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral. Basta que seja necessário, isto é, que o Autor não possa obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. Faltarão o interesse de agir se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do judiciário. (GRECO FILHO, 1996, p. 80-81).

No caso analisado, a resposta negativa à proposição do doutrinador implica na demonstração clara, inequívoca, da desnecessidade de intervenção do Poder Judiciário para dirimir conflito inexistente, baseado em meras ilações, sem qualquer suporte probatório mínimo.

4.4 Entendimento da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Para os integrantes da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na mesma linha, a ação de exibição não está condicionada ao prévio pedido administrativo, sob pena de comprometer o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A posição da Desembargadora Selma Marques - Presidente da 11ª Câmara Cível, no julgamento do processo nº 1.0027.09.208480-8/001, Comarca de Betim/MG, julgado em 11/05/2011:

EMENTA: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS-ESTABELECIMENTO BANCÁRIO- POSSIBILIDADE- PEDIDO VIA ADMINISTRATIVA- DESNECESSIDADE- SENTENÇA MANTIDA Nos termos do artigo 5º, XXXV, da CR-88, que assegura o acesso incondicionado ao Poder Judiciário, desnecessário se mostra o esgotamento da via administrativa

para ajuizamento da ação. Comprovada nos autos a relação jurídica entre cliente e instituição financeira, forte no princípio da boa fé objetiva que impõe a observância de deveres anexos de conduta relacionados, por exemplo, ao dever de informação, e no fato de se tratar de documento cujo conteúdo é comum às partes, tem o primeiro o direito de exigir a documentação pertinente ao contrato celebrado e o segundo o dever de apresentá-lo. (MINAS GERAIS, 2011x)

O entendimento do Desembargador Fernando Caldeira Brant, revelado no julgamento do processo nº 0003089-31.2010.8.13.0329, de 27/04/2011, Comarca de Itamoji/MG, é no sentido de que seria desnecessário o prévio requerimento administrativo para a propositura da ação cautelar exhibitória:

EMENTA: PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXTRATOS VINCULADOS À CONTA POUPANÇA - CORRENTISTA - INTERESSE DE AGIR - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - OBRIGAÇÃO DE EXIGIR. Restando demonstrado nos autos o interesse daquele que figura como correntista na exibição dos extratos que se encontram sob a guarda da instituição financeira, não há como esta se eximir de sua obrigação de exibir os documentos, ao argumento de que não houve requerimento administrativo (MINAS GERAIS, 2011u)

O Desembargador Marcelo Rodrigues, deixou expresso seu entendimento, no julgamento do Processo nº: 1.0433.09.308433-6/002, Comarca de Montes Claros/MG, em 23/02/2011, segundo o qual, a simples existência de documento comum, em poder de uma das partes, preencheria a condição da ação do interesse processual.

EMENTA: APELAÇÃO - CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - CAUTELAR PREPARATÓRIA - SENTENÇA ANULADA. O procedimento cautelar de exibição de documentos, preparatória para ação principal, encontra previsão no Código de Processo Civil, não havendo inadequação da via, mormente quando demonstrada a existência de documentos comuns entre as partes, ainda que não provocada a via administrativa. Ante o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, impõe-se anular a sentença que extingue a ação cautelar de exibição de documento por ausência de comprovação de pedido administrativo pelo demandante. (MINAS GERAIS, 2011aa)

Para o Desembargador Marcos Lincoln, cujo entendimento deixou assentado no julgamento do processo nº 0107051-15.2010.8.13.0024, Comarca de Belo Horizonte/MG, de 16/03/2011, o ajuizamento da ação cautelar de exibição, independe da prévia inauguração da via administrativa e, mesmo que não se tenha

comprovado a existência de litígio em torno do objeto do processo, a parte requerida deveria suportar os ônus da sucumbência.

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PEDIDO ADMINISTRATIVO. IRRELEVÂNCIA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. Tendo a parte sido obrigada a constituir advogado para ingressar em juízo, a fim de ver satisfeito o seu direito, é perfeitamente possível a condenação do réu ao pagamento dos ônus sucumbenciais, sendo irrelevante o fato de o autor não ter pleiteado a exibição dos documentos na esfera administrativa. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados pelo Julgador tomando por base os critérios estabelecidos no artigo 20 do CPC (MINAS GERAIS, 2011bb)

O quinto integrante da 11ª Câmara Cível, Desembargador Wanderley Paiva, também defende a ausência de necessidade de prévio requerimento administrativo, como requisito para a comprovação do interesse processual, nas ações de exibição, posição expressa no julgamento do processo nº 3159011-90.2010.8.13.0433, Comarca de Montes Claros/MG, de 09/02/2011:

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - COMPROVAÇÃO DO PEDIDO PELA VIA ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE - PRESENTE O INTERESSE DE AGIR - EXTINÇÃO DO FEITO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA CASSADA. -Para o ajuizamento de ação de exibição de documento não se faz necessário à prova do pedido administrativo ou até mesmo prova da recusa da instituição financeira em apresentar tais documentos (MINAS GERAIS, 2011cc)

Ao que denotam os julgamentos da 11ª Câmara Cível colacionados, parte-se da premissa de que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional asseguraria o acesso incondicionado ao Poder Judiciário, para concluir que a condição do interesse processual seria implícita na simples comprovação da relação jurídica entre a parte autora e a instituição financeira, pelo que seria desarrazoada a exigência de comprovação da negativa desta em fornecer o documento na esfera privada. E conclui ainda, que a simples propositura da ação, ensejaria a condenação do requerido nos ônus sucumbenciais, ainda que o documento fosse exibido na via jurisdicional.

A conclusão não é a mais apropriada para o caso em comento. Primeiro porque a premissa é falha: o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não tem o condão de assegurar o acesso incondicionado a deduzir pretensões de direito perante o Poder Judiciário como afirmado. Basta recordar que não se admite a propositura de processo judicial sem os requisitos do artigo 282 do Código de

Processo Civil, sem a necessária outorga uxória em processo que verse sobre direitos reais imobiliários, previsto no artigo 10 do citado Código, é exigido, no processo comum, a capacidade postulatória, previsto no artigo 36, também do Código de Processo Civil, sem que tais condicionantes para a apreciação do pedido sejam consideradas afrontosas ao princípio da proteção judiciária.

De outro lado, a simples existência de relação contratual entre a parte autora e a instituição financeira, ainda que se considere o primeiro como hipossuficiente, como prevê a legislação consumerista, não faz presumir a ocorrência de litígio quanto ao direito de exibição de documento em poder de uma das partes. O litígio, neste e em qualquer relação contratual, deve ser comprovado no momento do ajuizamento do pedido, sob pena de faltar à parte o interesse processual e legitimidade ao Poder Judiciário para pacificar a situação gravosa. Para o caso de exibição de documento, a lide se comprovaria com a negativa ou inércia da parte requerida em fornecer ou exibir o documento, o que só pode ser feito, se houver o prévio requerimento diretamente à instituição financeira.

Neste sentido, ainda que se adote como premissa a presunção de litígio, como parece fazer a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não se mostra razoável onerar a parte que tem a posse do documento comum, quando o apresenta no prazo de defesa, justamente por faltar resistência à pretensão inicial, e porque não se pode falar em vencedor e vencido, hipótese expressamente prevista no artigo 20, *caput*, do Código de Processo Civil, como aperfeiçoadora do dever de suportar os ônus da sucumbência.

Marinoni e Mitidiero (2010, p. 118), defendem que *“a condenação do vencido nas despesas processuais decorre do fato objetivo da sucumbência e encontra fundamento na necessidade de a propositura de ação processual não representar uma diminuição patrimonial para a parte que necessitou do processo para vencer uma crise de colaboração para realização do direito material”*.

O conceito de *vencido* para os fins de condenação nos ônus da sucumbência é expresso por Nery Júnior (1997, p. 296): *“Conceito de vencido. Os honorários de advogado e as despesas do processo deverão ser pagas, a final, pelo perdedor da demanda. Vencido é o que deixou de obter do processo tudo o que poderia ter conseguido”*.

4.5 Entendimento da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Os integrantes da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento das ações de exibição, revelam entendimento semelhante àqueles que compõem as 9ª, 10ª e 11ª Câmaras Cíveis do Tribunal mineiro.

O Desembargador Alvimar de Ávila, no julgamento do processo nº 3174291-04.2010.8.13.0433, da Comarca de Montes Claros/MG, em 30/06/2010, decidiu que a garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, “assegura o acesso incondicionado ao Poder Judiciário, sendo desnecessário o trâmite administrativo, ou seu esgotamento, para propositura da ação”. O mencionado julgamento restou assim ementado:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE - PROSSEGUIMENTO DO FEITO. A ação de exibição de documentos com a finalidade de obter cópia de contrato bancário que não está em poder do autor não exige a comprovação da recusa da instituição financeira na apresentação administrativa do documento. (MINAS GERAIS, 2010d)

Para o Desembargador Saldanha da Fonseca, no julgamento do processo nº 3164383-20.2010.8.13.0433, da Comarca de Montes Claros/MG, em 15/12/2010, a pretensão exhibitória, por força do princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, não estaria condicionada ao prévio esgotamento da via administrativa.

EMENTA: CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. - A pretensão exhibitória, por força do princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, não está condicionada ao prévio esgotamento da via administrativa. (MINAS GERAIS, 2011a)

O Desembargador Domingos Coelho, no julgamento da apelação nº 1557460-10.2010.8.13.0024, da Comarca de Belo Horizonte/MG, decidido em 11/05/2011, após reconhecer que o interesse processual não estaria apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto. E de revelar-se filiado às definições do conceito de interesse processual de Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, de que essa condição da ação seria resultante do binômio necessidade-adequação e da necessidade de que o processo aponte para um resultado capaz de ser útil ao

demandante, removendo o óbice posto ao exercício do seu suposto direito, e útil também segundo o critério do Estado, estando presentes os requisitos da necessidade e da adequação, conclui que: “*Analisando os autos, verifico que in casu encontram-se presentes a necessidade e a adequação do pedido referente à apresentação do contrato de financiamento e demais documentos a ele vinculados, não havendo falar-se em falta de interesse da agir*” (MINAS GERAIS, 2011b).

A premissa adotada não poderia ser mais adequada. Entretanto, a conclusão não encontra justificativa jurídica. Não houve no voto condutor do julgamento, a necessária demonstração da necessidade e da adequação do pedido. Vale dizer, não se demonstrou onde e como teria havido a resistência da parte contrária, fator determinante da formação da lide e da necessidade de intervenção jurisdicional.

Outro integrante da 12ª Câmara Cível, Desembargador José Flávio de Almeida, no julgamento do Processo nº: 0087691-82.2010.8.13.0707, da Comarca de Varginha/MG, em acórdão de 13/04/2011, adota como premissa do voto condutor do acórdão, que a comprovação do requerimento administrativo como condição para a propositura da ação de exibição seria dispensável, por força do princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), bastando o interesse do autor do pedido em examinar os documentos, para ser-lhe franqueado o acesso ao Judiciário (MINAS GERAIS, 2011c).

O relator adota como fundamento do *decisum*, o conceito defendido por Dinamarco, para quem:

Como conceito geral interesse é utilidade. Consiste em uma relação de complementariedade entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a satisfação de uma necessidade e sendo o bem capaz de satisfazer a necessidade da pessoa (Carnelutti). Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum - ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional (supra, nn.39/40). O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão. (DINAMARCO, 2004, p. 302-303).

A mesma crítica se faz, quando se verifica que a decisão não esclarece precisamente a legitimação da atuação estatal, ante a ausência da demonstração efetiva da existência de resistência à pretensão do autor, optando por aplicar o conceito do doutrinador, sem a necessária adequação ao caso analisado.

Na mesma linha, o acórdão relatado pelo Desembargador Nilo Lacerda, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0236267-04.2010.8.12.000, da Comarca de Varginha/MG, em 14/07/2010:

EMENTA: EXIBIÇÃO DOCUMENTO - INTERESSE PROCESSUAL - EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE. Desnecessário o prévio exaurimento da instância administrativa, seja quanto ao pedido ou mesmo no que se refere a qualquer resposta, como condição para o exercício do direito de ação, diante do direito fundamental à ação e do princípio do amplo acesso à justiça. (MINAS GERAIS, 2010e)

Naquele julgamento, o relator adotou como fundamento do voto, a desnecessidade do prévio exaurimento da instância administrativa, seja quanto ao pedido ou mesmo no que se refere a qualquer resposta, como condição para o exercício do direito de ação, diante do direito fundamental à ação e do princípio do amplo acesso há justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” artigo 5º, inciso XXXV da CR/88).

No voto há citação de Humberto Theodoro Júnior, no sentido de que o interesse processual residiria na necessidade que leva à procura de “*solução judicial, sob pena de, se não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)*” (Curso de Processo Civil, vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 1990, pág. 59).

4.6 Entendimento da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento das ações de exibição, revela entendimento semelhante às que lhe antecedem ordinalmente 9ª, 10ª, 11ª e 12ª Câmaras Cíveis do Tribunal Estadual.

O Desembargador Francisco Kupidilowski, no julgamento do processo nº 1.0433.09.304650-9/001 (1), da Comarca de Montes Claros/MG, datado de 07/04/2011, deixou assentado que:

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. AJG. CONCESSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. DIREITO DE ACESSO À DOCUMENTAÇÃO QUE SE RECONHECE. INTERESSE PARA AGIR INCONTROVERSO. EXTINÇÃO INDEVIDA. 1 - Em se tratando de pessoa

natural basta o pedido e a declaração de insuficiência de recursos para a concessão do benefício de gratuidade judiciária, cabendo à parte contrária a impugnação, através de incidente processual. 2 - O pedido administrativo para a exibição de documentos não é condição necessária e essencial à propositura da ação cautelar. 3 - Tratando-se de documentos comuns às partes, que refletem a relação jurídica existente entre elas, é dever da instituição financeira exibi-los para conferência e exame. (MINAS GERAIS, 2011d)

Naquele julgamento, a premissa adotada é de que a existência ou a falta de pedido administrativo para a exibição do documento pleiteado pelo autor não obstará a rogativa judicial, porque a providência extrajudicial desmerece ser esgotada, já que não seria condição necessária e essencial à propositura da ação cautelar de exibição. Para a propositura da ação judicial bastaria a alegação de que o autor não possuiria a cópia do contrato de financiamento celebrado com a instituição financeira, para revelar-se presente o binômio necessidade/utilidade da prestação jurisdicional.

A Desembargadora Cláudia Maia, no julgamento da apelação cível nº 1.0024.09.739812-7/001 (1), da Comarca de Belo Horizonte/MG, de 17/03/2011, deixou assentado que não seria condição para a propositura da ação de exibição a comprovação de que fora buscado administrativamente o recebimento dos documentos, nem tampouco a recusa em entregá-los. Para a relatora, sequer se cogitaria em outra condição da ação, que não a existência de "*documento próprio ou comum*", e que este esteja em poder de uma das pessoas elencadas no art. 844, inciso II, do Código de Processo Civil.

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. OBRIGAÇÃO DE EXIBIR. DOCUMENTO COMUM. INTELIGÊNCIA DO ART. 844, INCISO II, DO CPC. MULTA COMINATÓRIA. DESCABIMENTO. PRETENSÃO RESISTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. - De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, é cediço que o esgotamento da via administrativa não constitui pressuposto para o exercício do direito de ação. - Tratando-se de documentos comuns às partes, que refletem a relação jurídica existente entre elas, é dever da demandada exibi-los para conferência e exame. - Aplicável ao caso o verbete da Súmula 372/STJ, que afasta a possibilidade de aplicação de multa ao pleito de exibição de documento formulado em uma ação de natureza cautelar. - Resistida a pretensão inicial, que acabou julgada procedente, impõe-se a condenação do vencido ao pagamento das custas e honorários advocatícios, em observância ao princípio da sucumbência estatuído no artigo 20, CPC. (MINAS GERAIS, 2011e)

O Desembargador Nicolau Masseli, quando do julgamento da apelação nº 3164995-55.2010.8.13.0433, da Comarca de Montes Claros/MG, decidido em 07/04/2011, embora tenha reconhecido a exigência da observância, de que tanto em toda ação judicial - cautelar, de conhecimento ou de execução, devem ser observadas as condições da ação, quais sejam, legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, não vislumbrou “qualquer impedimento do apelante de ir buscar junto ao apelado o contrato de financiamento firmado entre as partes”, porquanto a instituição financeira seria a guardiã do documento, pelo que existiria clara existência de interesse e legitimidade quanto ao fornecimento da informação pleiteada.

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXIGÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE PREVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO - DESNECESSIDADE - DOCUMENTOS COMUNS ÀS PARTES - OBRIGAÇÃO DE EXIBIR - RECURSO PROVIDO. A instauração do procedimento administrativo não constitui requisito essencial à propositura da ação de exibição de documentos, conforme princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido no art.5º, inciso XXXV, da CR/88. O processo cautelar visa assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outro processo, conhecido como principal. O provimento cautelar não visa satisfazer o direito substancial, mas garante que o mesmo possa ser realizado em momento futuro. A simples previsão do procedimento, aliada à plausibilidade do direito invocado, autoriza o ajuizamento da cautelar, desde que haja documento próprio ou comum em poder de uma das pessoas enumeradas no art. 844, inciso II, do Código de Processo Civil. (MINAS GERAIS, 2011t)

O Desembargador Alberto Henrique, no julgamento da apelação cível 1.0433.09.310348-2/001 (1), da Comarca de Montes Claros/MG, datado de 24/02/2011, assentou que, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, preconizado no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, que assegura que a lei não criará restrições ao direito de se ingressar em juízo, não seria exigível a comprovação da negativa da parte demandada em fornecer o documento pleiteado judicialmente. Mais adiante no julgado, paradoxalmente, condena a instituição financeira nos ônus da sucumbência, mesmo tendo o contrato sido apresentado no prazo da defesa, sem a necessária demonstração da resistência inicial à pretensão.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. DOCUMENTOS APRESENTADOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECONHECIMENTO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. I - Não é

condição de propositura da ação cautelar preparatória de exibição de documentos o esgotamento de sua busca, na via administrativa, sob pena de violação do princípio de livre acesso à justiça, o que não se admite. II - A apresentação, no curso do processo de exibição, dos documentos objeto do pedido inicial, não acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito, mas sim a procedência do pedido pelo reconhecimento do direito postulado pela parte autora, nos termos do art. 269, ii, do código de processo civil. III - Pelo princípio da causalidade ou do ressarcimento, aquele que, de algum modo, dá causa à demanda deve suportar os ônus da sucumbência. (MINAS GERAIS, 2011g)

O Desembargador Luis Carlos Gomes da Mata, relator da apelação cível nº 3159607-74.2010.8.13.0433, da Comarca de Montes Claros/MG, em 24/02/2011, arrimado no entendimento de que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não previu necessidade de exaurir o procedimento administrativo para que, se reconheça determinado direito previsto em lei, concluiu que não seria exigível do autor da ação, a demonstração de resistência da parte contrária, assim ementado:

EMENTA: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - INEXIGIBILIDADE - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - INOCORRÊNCIA. Não é condição para a propositura da ação de exibição de documentos a comprovação de que tenha sido feito requerimento administrativo para o recebimento dos mesmos e que tenha ocorrido a recusa em entregá-los. Constatando que existem, no pedido inicial, fundamentos coerentes para a interposição da presente demanda e tendo a petição inicial atendido aos requisitos legais, resta confirmado o interesse processual do Apelante, não podendo o feito ser julgado extinto nos termos do artigo 284, parágrafo único do CPC. (MINAS GERAIS, 2011h)

Nas ementas selecionadas, verifica-se que os Desembargadores integrantes da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, partem da premissa de que a inexistência de jurisdição condicionada no País, por força do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que trata da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, implica em rechaçar a tese esposada no julgado recorrido, que determinava a comprovação da resistência da parte contrária, como comprovação da condição da ação referente ao interesse processual.

A “jurisdição condicionada” ou “instância administrativa de curso forçado” ingressou no Direito Constitucional Brasileiro por força da Emenda Constitucional nº 7 de 13 de abril de 1977, que acrescentou ao parágrafo 4º do artigo 153 da EC-01/69 o seguinte dispositivo: “*O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o*

pedido”, e permaneceu aplicável até a promulgação da atual Carta Política em 05 de outubro de 1988. Antes disso, como já mencionamos, desde a edição do Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964, a “*Revolução Vitoriosa*”, como se auto-intitulavam aqueles que tomaram o poder através do golpe militar de 1964, já havia minado a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Não restam dúvidas acerca do desacerto da limitação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional outorgada durante o regime de exceção de 1964 e do retrocesso que implicou, não podendo ser admitida em um sistema de Estado de Direito, nem foi criada para tal.

Entretanto, o que se pode observar é que o fundamento das decisões da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no caso analisado, parte de premissa equivocada. Isto porque, a exigência de comprovação do interesse processual neste caso, não tem qualquer relação ou busca reprimir a falida “*jurisdição condicionada*” ou “*instância administrativa de curso forçado*” do regime constitucional antidemocrático de 1964. Ao contrário, a comprovação de uma das condições da ação (que, em última análise, legitima a própria atuação do Poder Judiciário), no caso concreto, somente pode ser feita através da demonstração, por parte do interessado, de que não conseguiu a satisfação administrativa da pretensão.

A exigência de comprovação, *initio litis* (lat), do interesse processual, decorre de expressa disposição legal e, constitui, na precisa lição de Dinamarco: em “*óbice legalmente posto à plena universalização da tutela jurisdicional*” (DINAMARCO, 2004, p. 1999). A exigência das condições da ação, como pressuposto para a análise do mérito da pretensão, não viola a garantia constitucional do direito de ação, constituindo, na síntese de Nery Junior, “*limitações naturais legítimas ao exercício do direito de ação*” (NERY JUNIOR, 2004, p. 137)

4.7 Entendimento da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Como as Câmaras Cíveis precedentes ordinalmente, os integrantes da 14ª Câmara Cível, decidem, à unanimidade, que a ação de exibição não está condicionada ao prévio pedido administrativo, sob pena de comprometer o princípio

da inafastabilidade da jurisdição, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

O Desembargador Valdez Leite Machado, no julgamento da apelação nº 1.0433.09.304584-0/001 (1), da Comarca de Montes Claros/MG, julgado em 24/03/2011, decidiu, com arrimo na doutrina de Nelson Nery Junior e no princípio da inafastabilidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que existiria interesse processual, quando o individuo tiver necessidade de acionar o Poder Judiciário para alcançar a tutela pretendida, e ainda quando essa tutela lhe for útil, do ponto de vista prático. E que essa necessidade, fundamentadora do interesse processual, deveria ser buscada na descrição fática da inicial.

EMENTA: Tem interesse processual para ajuizar ação de cautelar de exibição de documentos quem pretende averiguar através da documentação em poder da parte contrária o cabimento de ação ordinária posterior, não sendo premente o exaurimento da via administrativa para o acesso ao Judiciário. Aliás, o princípio da inafastabilidade está inserto entre os princípios fundamentais constitucionalmente garantidos, a teor do que preceitua o art. 5º, inciso XXXV, da CF/88. (MINAS GERAIS, 2011i)

Para a Desembargadora Evangelina Castilho Duarte, no julgamento da apelação nº 1.0707.09.195883-5/001 (1), da Comarca de Varginha, julgado em 05/08/2010, com fundamento nas lições de Humberto Theodoro Júnior e Nelson Nery Junior, assentou que, nas ações de exibição, o direito à exibição destina-se à constituição ou assecuração de prova, ou ainda o direito de conhecer e fiscalizar o objeto comum, em poder de terceiro, não visando a ação privar o demandado da posse de bem exibido, mas apenas a propiciar ao promovente o contato físico direto, visual, sobre a coisa comum.

O interesse processual seria satisfeito apenas com a comprovação da relação jurídica entre as partes e a existência dos documentos que se pretende exhibir.

EMENTA: Comprovadas a existência de relações negociais entre as partes e a existência dos alegados documentos, é legítimo o direito de requerer sua exibição para possibilitar a um dos contratantes sua análise, a ele correspondendo o dever do contratado de os exhibir. O pedido de exibição funda-se na necessidade de apurar a regularidade dos encargos cobrados pelo Apelante. O Apelante apresentou recurso, alegando não ser necessário o exaurimento das vias administrativas para a propositura da demanda judicial, por aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição. (MINAS GERAIS, 2010f)

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 0465883-40.2010.8.13.0000, da Comarca de Varginha/MG, de 24/03/2011, relatado pelo Desembargador Antônio de Pádua, decidiu-se, arrimado nas lições de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, que O princípio do controle jurisdicional, expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, ao qual seria vedado deixar de atender a quem ingresse em juízo para a defesa de uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela, não podendo a lei ou o julgador, negarem a prestação jurisdicional.

EMENTA: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - SOLICITAÇÃO ADMINISTRATIVA ANTERIORMENTE À EXIBIÇÃO ação de exibição de documentos não está condicionada ao prévio esgotamento da via administrativa. Inteligência do artigo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. (MINAS GERAIS, 2011j)

Ainda na 14ª Câmara Cível, o Desembargador Rogério Medeiros, quando relatou a apelação cível nº 3174143-90.2010.8.13.0433, julgado em 02/12/2010, decidiu que não existiria no ordenamento jurídico pátrio qualquer disposição legal condicionando o pedido judicial de exibição de documentos ao prévio requerimento nas vias administrativas, sob pena de violação dos princípios do livre acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição preconizados no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

EMENTA: AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO - DESNECESSIDADE - ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - SENTENÇA MONOCRÁTICA CASSADA. Na conformidade do princípio constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, não há que se falar de obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo junto à instituição financeira para a exibição de avença requerida por um dos contratantes" (MINAS GERAIS, 2011k)

Nas ementas selecionadas, verifica-se que os Desembargadores integrantes da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, partem da premissa de que não existiria no ordenamento jurídico pátrio qualquer disposição legal condicionando o pedido judicial de exibição de documentos ao prévio requerimento nas vias administrativas. E a exigência de comprovação da mora acabaria por violar os princípios do livre acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição

preconizados no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, o que não seria admissível.

O ajuizamento de qualquer processo civil é, segundo o Código de Processo Civil, condicionado ao preenchimento de diversos requisitos. Grosso modo, é exigível do interessado na via judicial, atender às três condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse processual. Além disso, traz a legislação processual, outros requisitos, específicos para cada tipo de provimento jurisdicional pleiteado. Sendo pressuposto básico para a intervenção estatal, dizendo o direito, que haja litígio a dirimir ou provimento administrativo a suprir, estes nos casos de jurisdição voluntária e aqueles em caso de jurisdição contenciosa.

Nos casos específicos de provimento cautelar na *Ação de Exibição*, o Código de Processo Civil exige o preenchimento das três condicionantes da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse processual, válidas para todo provimento de jurisdição contenciosa, e ainda deve indicar a lide e seu fundamento, expor sumariamente o direito ameaçado e o receio da lesão e ainda a propriedade da coisa móvel, documento próprio ou comum, em poder de outrem.

Não é difícil visualizar, no pedido judicial de exibição de documentos, o preenchimento de duas das condições da ação: a possibilidade jurídica e a legitimação, pela alegação da existência de documento comum em poder de outrem e aqui, abre-se um parêntese, no sentido de se satisfazer com a menção da existência do bem da vida perseguido em juízo, ante a impossibilidade de se fazer prova negativa.

Entretanto, a existência da lide e seu fundamento, que o artigo 801, III, do Código de Processo Civil, exige para a oferta da prestação jurisdicional, somente se satisfaz através da comprovação material de que o bem da vida foi negado àquele que o busca através da jurisdição. Com relação a esta condição da ação – interesse no provimento do pedido, não se pode contentar com a simples alegação do interessado, porque é demonstrável materialmente.

Neste sentido, inclusive, é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, em julgado deste ano de 2011, deixando expresso que: “*Carece de interesse de agir o autor que nos autos da Ação de Exibição não comprova a recusa da administração em apresentar a documentação pretendida*” (Agravo Regimental no Recurso

Especial n. 1079235/PR, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19 de Maio de 2011).

4.8 Entendimento da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Para os componentes da 15ª Câmara Cível, composta pelos Desembargadores José Affonso da Costa Côrtes, Maurílio Gabriel, Tibúrcio Marques, Tiago Pinto e Antônio Bispo, há consenso em torno da consideração de que a ação de exibição não está condicionada ao prévio pedido administrativo, sob pena de comprometer o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Para o Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, entendimento expresso no julgamento da apelação nº 1.0024.07.795863-5/001, julgado em 21/05/2009, da Comarca de Belo Horizonte/MG, o interesse processual se resumiria na utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, colhido das alegações do requerente da existência de documento comum.

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - DOCUMENTO COMUM ÀS PARTES - DEVER DE EXIBIÇÃO CONFIGURADO. Por serem os contratos relativos ao seguro de vida em grupo de interesse das partes contratantes, bem como, da parte beneficiária, a seguradora tem o dever de exibi-los quando instada a fazê-lo. (MINAS GERAIS, 2009c)

Para o Desembargador Maurílio Gabriel, no julgamento da apelação nº 1.0702.09.633233-4/001 (1), da Comarca de Uberlândia, de 14/04/2011, a ação cautelar exibiria, pelo caráter satisfativo da pretensão, dispensaria inclusive a análise dos requisitos da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e do perigo na demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*), exigência legal das ações cautelares, sendo que o interesse processual seria daquele que não tiver a posse do documento comum, independente da análise acerca da negativa da parte contrária em exibir o que é demandado.

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ESGOTAMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS -

DESNECESSIDADE - CONTRATO BANCÁRIO E EXTRATOS - OBRIGAÇÃO DE EXIBIR - RESISTÊNCIA DA PARTE REQUERIDA - BUSCA E APREENSÃO DO DOCUMENTO - MEDIDA CABÍVEL - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - MULTA - IMPOSSIBILIDADE. 1. Não é necessário o esgotamento das vias administrativas para se ajuizar ação cautelar de exibição de documentos. 2. A instituição bancária tem a obrigação de apresentar ao correntista o contrato por eles firmado e os extratos a ele vinculados. 3. Na ação cautelar de exibição, havendo resistência da parte requerida, cabe ao juiz determinar a busca e apreensão do documento, não podendo, pois, ser imposta multa ou ser considerado verdadeiro o fato que, por meio do documento, a parte pretendia provar. (MINAS GERAIS, 2011)

O Desembargador Tibúrcio Marques, no julgamento de apelação da Comarca de Montes Claros/MG, processo nº 1.0433.09.308423-7/001 (1), de 27/01/2011, asseverou que a ação cautelar de exibição de documentos não estaria condicionada ao prévio pedido administrativo, conforme princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante a todos o acesso à Justiça. Para ele, o conceito do interesse de agir sugerido pelo Código de Processo Civil, surge da necessidade de se obter a proteção ao direito material perante o Poder Judiciário, com o objetivo de evitar um possível prejuízo, e ainda que na ação cautelar de exibição de documentos a parte não precisa comprovar que houve recusa daquele que detém a documentação comum em seu poder. E conclui, “como a via administrativa não é requisito para o ajuizamento da ação cautelar de exibição de documentos, a apelante não é carecedora de ação”:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MEDIDA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS -REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO- DESNECESSIDADE- CAUSA MADURA RECUSA NÃO CONFIGURADA- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONDENAÇÃO DO RÉU-IMPOSSIBILIDADE. A cautelar de exibição de documentos não está condicionada ao prévio pedido administrativo, conforme princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Assim sendo, não há carência de ação. O presente Tribunal pode julgar o mérito da demanda, nos termos do art. 515 § 3º do CPC. Como o documento, objeto da lide possui conteúdo comum as partes, o mesmo deve ser exibido pela instituição financeira. A exibição de documentos sem qualquer resistência do requerido afasta sua condenação nos ônus da sucumbência, mormente se não houve comprovação de negativa na esfera extrajudicial. (MINAS GERAIS, 2011m)

Para o Desembargador Tiago Pinto, relator da Apelação nº 1.0433.09.306237-3/001 (1), da comarca de Montes Claros/MG, julgado em 05/05/2011, o interesse de agir na *Ação de Exibição (CPC, art. 844)*, representa a utilidade do provimento

judicial ao demandante que, neste caso, resume-se no desejo do autor ter acesso aos documentos relativos ao contrato firmado entre as partes.

EMENTA: CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. FORNECIMENTO DE CONTRATO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INOCORRÊNCIA. O interesse de agir representa a utilidade do provimento judicial ao demandante. É patente o interesse do autor, que deseja ter acesso a um contrato por ele firmado. É desnecessário o requerimento na via administrativa para configurar o interesse de agir. Precedentes do STJ. (MINAS GERAIS, 2011n)

Já o Desembargador Antonio Bispo, relator da Apelação nº 1.0145.09.545464-4/001 (1), da comarca de Juiz de Fora/MG, decidido em 24/02/2011, asseverou que não se sustenta a preliminar arguida, por não ser pressuposto legal para o ajuizamento da cautelar de exibição de documentos o esgotamento prévio da via administrativa, sendo certa a incidência, *in casu*, do princípio da inafastabilidade da jurisdição, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e que a opção pela via administrativa seria faculdade da parte, que teria direito incondicional à prestação jurisdicional.

EMENTA: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - VIA ADMINISTRATIVA - ESGOTAMENTO - NECESSIDADE - INEXISTÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE. O ajuizamento de ação cautelar de exibição de documentos comum as parte não tem como pressuposto o esgotamento da via administrativa pelo requerente. Cabível se afigura a condenação em honorários advocatícios do banco que resiste ao requerimento que lhe é apresentado, uma vez que não há óbice ao pedido formulado pelo apelado quanto à exibição dos documentos, pois tem o banco o dever de apresentar toda a documentação que lhe for solicitada, mormente quando referente à relação de consumo, por ser ele o produtor e detentor dos documentos em questão. (MINAS GERAIS, 2011o)

Para os membros da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a ação de exibição de documento, por ter caráter satisfativo, dispensaria inclusive a demonstração dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora, tradicionalmente exigidos para as ações cautelares, e ainda seria desnecessário que o interessado comprovasse a recusa da parte contrária, em atender ao desejo de exibição, convertido em pretensão judicial.

Embora satisfativo o direito de ver exibido documento comum em poder de outrem, não se pode olvidar, sob pena de, aí, sim, malferir princípios básicos do direito, a observância das condições da ação, principalmente aquela que diz respeito

à necessidade do provimento jurisdicional, que revela o interesse na formulação do processo judicial.

Talvez porque na maioria dos casos a exigência do interesse processual se contente com a simples alegação do interessado, no caso específico deste provimento cautelar específico da Ação de Exibição (CPC, art. 844), haja tão grande resistência da maioria dos julgadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em admitir a possibilidade de comprovação material do interesse processual.

Já relatei alhures, que não é difícil verificar a ausência de interesse, por exemplo, no ajuizamento de ações sem a notificação premonitória, nos casos exigidos por lei, ou na falta de certeza, liquidez e exigibilidade, nas ações de execução de título executivo. Da mesma forma, quando a lei confere a alguém o direito de ver exibido documento comum, mostra-se imprescindível e é materialmente possível, que se comprove o requisito mínimo, que é o da negativa da outra parte em entregar ou exibir o que é de direito.

Assim, entendemos que a jurisprudência analisada peca ao vincular a comprovação do interesse processual, através da exigência da solicitação direta a quem de direito, com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, cuja finalidade e existência, não se encontra limitada pela exigência legal de limites à atuação da função jurisdicional do Estado.

4.9 Entendimento da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A partir da 16ª Câmara Cível, tem-se assentada a divergência apontada neste trabalho, no sentido de que o interesse processual deve ser demonstrado *ab initio*, para fundamentar o acionamento do Judiciário, sem que se tenha qualquer risco de malferimento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Há divergência entre os membros da 16ª Câmara Cível. Os desembargadores Batista de Abreu e Wagner Wilson são da vertente que entende pela necessidade de instruir a petição inicial com a solicitação feita à instituição financeira, na via administrativa, para a caracterização do interesse processual no ajuizamento da demanda. Não consideram que tal providência ofenda o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois não houve lesão ou ameaça ao direito. Entretanto, os

desembargadores Sebastião Pereira de Souza, Otávio Portes e José Marcos Vieira defendem ser desnecessária a demonstração de que o autor tentou por meios extrajudiciais a obtenção dos documentos pretendidos, pois, para eles, o princípio da inafastabilidade da jurisdição impediria que qualquer lesão ou ameaça de lesão fossem condicionados à apreciação administrativa e subtraídos da apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República).

O desembargador Batista de Abreu, no julgamento da apelação cível nº 1.0145.09.559692-3/001 (1), da Comarca de Juiz de Fora/MG, registrou que o interesse de agir repousa sobre o binômio *necessidade* e *adequação*. A parte tem *necessidade* quando seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do juiz. Contudo, além da *necessidade*, exige-se a *adequação*. Se a parte requer providência jurisdicional incapaz de remediar a situação por ela narrada na fundamentação do seu pedido, também falta o interesse de agir (MINAS GERAIS, 2011p).

Para ele, é preciso ter interesse na utilidade do provimento e necessidade de atuação do judiciário para solucionar a controvérsia, caso contrário, não tem a parte interesse de agir e, no caso específico da Cautelar de Exibição de Documentos, não há utilidade na manifestação do judiciário, sem que antes haja o requerimento administrativo para a exibição dos documentos.

A lide é uma pretensão resistida, portanto, na ausência de pedido administrativo, entende-se que ainda não houve resistência do réu à pretensão do autor, não havendo que se falar na existência do interesse de agir. Até porque, se a necessidade repousa na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado - ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial.

E acrescenta: A verdade se faz necessário coibir os excessos que têm ocorrido atualmente em nosso sistema. O judiciário só deve ser invocado quando, verdadeiramente, houver lesão ou ameaça de lesão ao seu direito. E isto, que fique claro, não importa em ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CR/88). Muito pelo contrário, serve como garantia de que o judiciário não servirá a ações infundadas ou de pouca utilidade. Sendo assim, se a autora não fez a solicitação dos documentos por via administrativa, a instituição recorrida ainda não lesionou ou ameaçou lesionar o seu direito em ter acesso aos documentos que

comprovam a relação havida entre eles, caracterizando assim, a inexistência de conflito de interesses.

(EMENTA DO REVISOR) AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - INTERESSE DE AGIR - INEXISTÊNCIA. - No caso das Ações Cautelares de exibição de documentos não há utilidade na manifestação do judiciário, sem que antes haja o requerimento administrativo para a exibição dos documentos. A lide, como todos sabem, é uma pretensão resistida, portanto, na ausência de pedido administrativo, entende-se que ainda não houve resistência do réu à pretensão do autor. (MINAS GERAIS, 2011p)

No mesmo julgamento, o Desembargador Sebastião Pereira de Souza, Revisor, divergiu do Relator, após reconhecer que toda e qualquer providência de natureza cautelar demanda a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pressupostos previstos no inciso IV do art. 801 do CPC, que impõe ao requerente a indicação sumária do direito ameaçado e o receio de lesão, parece contentar-se, com relação ao pressuposto do *periculum in mora*, com a simples alegação da parte, no sentido de que o direito estaria ameaçado ou lesionado, sob o fundamento de que, neste caso de Ação de Exibição (CPC, art. 844), os requisitos seriam apenas “no direito garantido ao consumidor em ter acesso aos documentos comuns que pretende examinar, bem como eventual prejuízo decorrente da impossibilidade do acesso e possível questionamento”

Conclui que, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, restaria impedido que qualquer lesão ou ameaça de lesão fossem condicionados à apreciação administrativa e subtraídos da apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República), pelo que seria desnecessária a demonstração de que o autor tentou por meios extrajudiciais a obtenção dos documentos pretendidos.

No mesmo sentido, decidiu o Vogal, Desembargador Otávio Portes, para quem a demanda cautelar de exibição de documentos não estaria condicionada ao prévio pedido administrativo, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, materializado no artigo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A posição defendida por PORTES tem fincas na doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra:

'O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não

pode a lei 'excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126)'. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2003, p. 147).

E de Fábio Alexandre Coelho:

'A idéia de acesso à justiça liga-se, em especial, à garantia constitucional que assegura o direito de acionar, movimentar o Poder Judiciário - direito de ação - prevista no inciso XXXV, do art. 5º da CF, que apresenta a seguinte redação: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Este dispositivo, no entanto, ressalta apenas o aspecto positivo, analisando o tema sob a ótica do autor. De fato, há também o aspecto negativo, referente à possibilidade do réu se defender. Assim, temos que o direito de ação liga-se às garantias da ação e da defesa. A propósito, estes dois direitos são colocados no mesmo patamar, já que a Constituição prevê que todos são iguais (art. 5º). Por isso, as partes - autor e réu - devem ser tratadas em igualdade de condições também no processo.

(...)

Em todas as situações descritas, que envolvem a formulação de uma pretensão ou a contestação à pretensão apresentada, está presente o exercício do direito de ação'. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2003, p. 145).

Esse entendimento não se mostra suficientemente forte, quando confrontado com a posição dos mesmos doutrinadores, em outra parte da obra consultada. Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2003), o processo jurisdicional deve ser entendido como algo indispensável, e exercido com objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. E mais, defendem que a garantia do provimento jurisdicional pode ser condicionada pelo legislador infraconstitucional, pela criação de requisitos de constituição e desenvolvimento do processo judicial, não deixando de haver pronunciamento jurisdicional a decisão que reconhece a carência da ação (porque não se configuraram as *condições da ação*):

Embora abstrato e ainda que até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas *condições da ação* (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação *ad causam*), ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional. (...) Para uma corrente, as condições da ação são condições de existência da própria ação; para outra, condições para o seu exercício. (CINTRA, GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 277)

Na Mesma 16ª Câmara Cível, o Desembargador Wagner Wilson, no julgamento da apelação nº 3162171-26.2010.8.13.0433, da Comarca de Montes Claros/MG, defende que o ingresso em juízo para a exibição de documento, pode

ser condicionado à comprovação de que teria havido direito ameaçado por conduta comissiva ou omissiva do réu, comprovável por prévia solicitação administrativa ao requerido para que apresentasse o documento pleiteado, sem a qual a parte careceria de interesse processual, na esteira de reiteradas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que carece de interesse de agir, em ação cautelar de exibição de documentos, a parte que não demonstra ter apresentado requerimento administrativo para a obtenção dos documentos pretendidos.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SOLICITAÇÃO ADMINISTRATIVA. 1. Na ação cautelar de exibição de documentos a parte autora deve instruir a petição inicial com a solicitação feita à instituição financeira, na via administrativa, para a caracterização do interesse processual no ajuizamento da demanda. 2. A ausência de conflito de interesses entre as partes torna desnecessário o ajuizamento da ação, devendo o feito ser extinto, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Vv. AGRAVO. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XXXV, CR/88. Não carece de interesse de agir a parte que não faz prévio requerimento administrativo dos documentos que pretende obter judicialmente. Preliminar de extinção do processo rejeitada. (MINAS GERAIS, 2011q)

4.10 Entendimento da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Os integrantes da 17ª Câmara Cível decidem, à unanimidade que, se não tendo a parte requerido na via administrativa os documentos e não tendo obtido a recusa, ou ausência de resposta em prazo razoável, não tem ela interesse de agir para propositura da ação de exibição de documentos. Defendem ainda que, embora o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, não obrigue o autor a palmilhar a esfera administrativa para ingressar em juízo, sua aplicabilidade no caso em tela é inadequada, uma vez que sequer há ameaça de lesão a seu direito e, muito menos, lesão que necessitasse ser evitada, ou reparada, por meio da prestação jurisdicional.

O Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, no julgamento da apelação nº 1.0433.09.302013-2/002 (1), da Comarca de Montes Claros/MG, em 07/04/2011, assentou que, ainda que o princípio do acesso à jurisdição, previsto no art. 5º,

XXXV, da Constituição Federal, não condicione o indivíduo a percorrer a esfera administrativa antes de ingressar em juízo, sua aplicabilidade no caso da *Ação de Exibição (CPC, art. 844)*, é inadequada, uma vez que sequer se vislumbra ameaça de lesão a direito do indivíduo, ou lesão que necessitasse ser evitada, ou conjurada, por meio da prestação jurisdicional.

EMENTA: AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - DECLARAÇÃO DE POBREZA - INEXISTÊNCIA DE PROVA DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO AUTOR - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - INTERESSE PROCESSUAL - NECESSIDADE DA AÇÃO PARA A SATISFAÇÃO DA PRETENSÃO - NÃO OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PEDIDO EXTRAJUDICIAL DE EXIBIÇÃO - INEXISTÊNCIA DE LITÍGIO - PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO - MITIGAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.- A inexistência de conflito de interesses entre as partes, evidenciada pela inexistência de solicitação à ré, na via administrativa, do contrato de arrendamento mercantil indicado pela autora na petição inicial, traz à lume a desnecessidade do ajuizamento da ação cautelar de exibição de documentos e, via de conseqüência, caracteriza a carência de ação, por falta de interesse processual.- Ainda que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantido pelo art. 5º, XXXV, da CR/88, não obrigue a autora a palmilhar a esfera administrativa para ingressar em juízo, sua aplicabilidade no caso em tela é inadequada, uma vez que sequer há ameaça de lesão a seu direito e muito menos lesão que necessitasse ser evitada, ou conjurada, por meio da prestação jurisdicional.- Para a caracterização do interesse processual no ajuizamento da ação cautelar de exibição de documentos, é indispensável que o contratante instrua a petição inicial com a solicitação feita à instituição financeira, na via administrativa, de entrega da cópia do contrato. Ressalte-se que sequer a negativa ao pedido é necessária para verificação daquela condição da ação, mas o mero transcurso de prazo razoável para a manifestação da instituição financeira, visto que, nessa hipótese, já se poderia vislumbrar ameaça de lesão ao direito do consumidor.Recurso parcialmente provido, apenas para deferir a justiça gratuita. (MINAS GERAIS, 2011r)

Para o Desembargador Mariné da Cunha, forte na doutrina da Humberto Theodoro Junior e de Vicente Grecco Filho, para a caracterização do interesse processual no ajuizamento da ação cautelar de exibição de documentos, é indispensável que o autor instrua a petição inicial com a solicitação feita à operadora do serviço, na via administrativa.

"O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais. Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem necessidade, como adverte Allorio. Essa

necessidade se encontra naquela situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares). Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto." (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 65-66).

Dos Santos acrescenta que "*a ausência de conflito de interesses e a falta de adequação do pedido do autor revelam falta de interesse processual, que é a terceira condição da ação.*" (SANTOS, 2007, p. 54).

Em Grecco Filho (2008), tem-se que:

O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário pra a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão. Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?

Aplicando, pela primeira vez, a Lei nº 11.672/08 ("Lei dos Recursos Repetitivos"), o Superior Tribunal de Justiça consignou que, a partir de 10 de setembro, de 2008.

Não devem chegar ao tribunal recursos que questionem a possibilidade de empresa telefônica cobrar pelo fornecimento de certidões sobre dados de livros societários [...].

Por unanimidade, a 2ª Seção decidiu que, além de pagar o valor correspondente ao custo do serviço de fornecimento de certidões, o interessado deve requerer formalmente os documentos à empresa por via administrativa. [...] (GRECCO FILHO, 2008, p. 5)

A posição do Desembargador Luciano Pinto, foi expressa no julgamento da apelação nº 1.0145.07.423355-5/001 (1), da Comarca de Juiz de Fora/MG, em 25/06/2009:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - AUSÊNCIA DE PEDIDO EXTRAJUDICIAL DE EXIBIÇÃO - NECESSIDADE - Acompanhando a evolução da jurisprudência e o atual posicionamento do STJ, sou de aviso de que, não tendo a parte requerido na via administrativa os documentos e não tendo obtido a recusa, ou ausência de resposta em prazo razoável, não tem ela interesse de agir para propositura da ação de exibição de documentos. Antes de se adentrar ao cerne da questão, ressalto que em julgamentos anteriores, em processos outros, já me posicionei no sentido de que não

seria necessário o anterior requerimento da exibição dos documentos na via administrativa, podendo a parte requerer judicialmente tal exibição, tendo em vista o disposto no artigo 5º, XXXV da CF/88. Ainda que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantido pelo art. 5º, XXXV, da CR/88, não obrigue o autor a palmilhar a esfera administrativa para ingressar em juízo, sua aplicabilidade no caso em tela é inadequada, uma vez que sequer há ameaça de lesão a seu direito e muito menos lesão que necessitasse ser evitada, ou reparada, por meio da prestação jurisdicional. (MINAS GERAIS, 2009b)

No julgamento referenciado, o Desembargador Luciano Pinto, deixou assentado que, acolhia e acompanhava a evolução da jurisprudência e o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, não tendo a parte requerido na via administrativa os documentos e não tendo obtido a recusa, ou ausência de resposta em prazo razoável, não teria ela interesse de agir para propositura da ação de exibição de documentos, sem qualquer violação ao disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

No mesmo julgamento, o Desembargador Lucas Pereira, assentou que, não havendo provas, ou mesmo indícios, de que a instituição financeira ré se tenha recusado a exhibir os documentos pleiteados pelo autor, falece-lhe interesse processual.

Arrima seu entendimento em decisão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS COM DADOS SOCIETÁRIOS. RECUSA. RECURSO À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. LEI N. 6.404/1976, ART. 100, § 1º. AUSÊNCIA DO COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DA "TAXA DE SERVIÇO". (...) I. Falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar:
a) haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido;
b) o pagamento pelo custo do serviço respectivo, quando a empresa lhe exigir, legitimamente respaldada no art. 100, parágrafo, 1º da Lei 6.404/1976. (...)
(STJ; 2008)

O Desembargador Lucas Pereira, atuando como Relator do Agravo de Instrumento nº 0622023-05.2010.8.13.0000, da Comarca de Varginha, julgado em 28/04/2011, reafirmou que a formulação de pedido administrativo, por parte da postulante, é indispensável para a configuração do interesse processual no

ajuizamento da ação cautelar de exibição de documentos, posto que, somente assim, se vislumbra a resistência à pretensão exercida (MINAS GERAIS, 2011s).

Para a caracterização do interesse processual no ajuizamento da ação cautelar de exibição de documentos, é indispensável que a parte autora instrua a petição inicial com documento que demonstre a recusa da parte contrária na entrega dos documentos pretendidos.

Ressalta ainda, que sequer a negativa expressa ao pedido é necessária para verificação daquela condição da ação, mas o mero transcurso de prazo razoável para a manifestação da parte contrária, porque, nesta hipótese, já se poderia vislumbrar ameaça de lesão ao direito do consumidor de receber do fornecedor informações adequadas e claras a respeito do produto ou serviço que contratou (art. 6º, III, Lei n. 8.078/90).

Sem olvidar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, não obriga o autor a formular pedido administrativo para ingressar em juízo, entende que aplicabilidade *in casu* seria inadequada, porquanto sequer se vislumbra ameaça de lesão a direito da autora, ou lesão que necessitasse ser evitada, ou reparada, por meio da prestação jurisdicional.

Para a Desembargadora Márcia de Paoli Balbino, o entendimento expresso no julgamento da apelação nº 1.0145.09.532347-6/001 (1), da Comarca de Juiz de Fora/MG, é de que a ação cautelar de exibição de documentos destina-se a tornarem conhecidos à parte autora os fatos de que tenha interesse para eventual e futura ação. Se o autor não comprovar a solicitação dos documentos por via administrativa, faltar-lhe-á o interesse de agir, cabendo a extinção do processo sem resolução do mérito, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL- APELAÇÃO- AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - PRELIMINAR DE OFÍCIO - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - PEDIDO ADMINISTRATIVO - NÃO COMPROVAÇÃO - RESISTÊNCIA NA EXIBIÇÃO - NÃO VERIFICAÇÃO - PRELIMINAR ACOLHIDA - PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - RECURSO PREJUDICADO.- A ação cautelar de exibição de documentos destina-se a tornarem conhecidos à parte autora os fatos de que tenha interesse para eventual e futura ação.-Se o autor não comprova a solicitação dos documentos por via administrativa, falta-lhe o interesse de agir, cabendo a extinção do processo sem resolução do mérito, conforme precedentes do STJ.-Preliminar acolhida.-Recurso prejudicado. (MINAS GERAIS, 2009a)

Para Balbino, o novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça deve orientar a decisão nos casos de julgamento de *Ação de Exibição (CPC, art. 844)*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Carece de interesse de agir, para a ação de exibição de documentos, a parte que não demonstra ter apresentado requerimento administrativo a fim de obter a documentação pretendida. Precedentes do STJ.
2. Ademais, rever o entendimento do Tribunal de origem de que a parte não comprovou a negativa do INSS em exibir os documentos demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.
3. Agravo Regimental não provido.
(BRASIL, 2009a)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. BRASIL TELECOM S/A. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RECUSA NO FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental com fundamento nos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual.
2. Sendo a fundamentação deduzida na decisão negando provimento ao recurso especial, suficiente ao exame das questões, não cabe receber embargos de declaração sob coima de omissão, visando obter efeitos modificativos do julgado.
3. A inércia do recorrido frente a simples realização de pedido administrativo de exibição de documentos, sem o pagamento da taxa legalmente prevista (art. 100, § 1º, da Lei 6.404/76), não caracteriza a recusa no fornecimento das informações desejadas.
4. Agravo regimental desprovido.
(BRASIL, 2008)

Para os membros da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na apreciação pelo Poder Judiciário de ações cautelares de exibição de documento, devem ser verificadas as condições da ação, principalmente aquela que diz respeito ao interesse processual. Para os Sobrejuizes desta Câmara, a caracterização do interesse processual no ajuizamento da ação cautelar de exibição de documentos, somente é possível quando a parte autora instrui a petição inicial com documento que demonstre a recusa da parte contrária na entrega dos documentos pretendidos, ou ainda que comprove, pelo menos, o mero transcurso de prazo razoável para a manifestação da parte contrária, porque, nesta hipótese, já se poderia vislumbrar ameaça de lesão ao direito do consumidor de receber do fornecedor informações adequadas e claras a respeito do produto ou serviço que contratou (art. 6º, III, Lei n. 8.078/90).

Para os integrantes da 17ª Câmara Cível, esta hipótese, não malferir o princípio do acesso à jurisdição, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, nem configura “jurisdição condicionada” ou “instância administrativa de curso forçado”, uma vez que sequer se vislumbra ameaça de lesão a direito da autora, ou lesão que necessitasse ser evitada, ou reparada, por meio da prestação jurisdicional.

4.11 Entendimento da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Para a maioria dos integrantes da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargadores Guilherme Luciano Baeta Nunes, Luiz Carlos Gomes da Mata, Arnaldo Maciel e Mota e Silva, a ação de exibição de documentos não está condicionada ao prévio pedido administrativo, sob pena de comprometer o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Somente é de posição contrária o Desembargador Elpídio Donizete, entendendo que, ainda que o art. 5º, XXXV da CF/88 garante o acesso amplo e irrestrito ao Judiciário por qualquer pessoa que se sinta lesada ou ameaçada em seus direitos, não se pode afirmar ter havido lesão ou ameaça a direito se a parte sequer solicitou os documentos pela via administrativa e se, conseqüentemente, não houve qualquer recusa pela parte adversa em fornecê-los.

O Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, no julgamento da apelação nº 1.0707.07.138758-3/001, da Comarca de Varginha/MG, em 19/08/2008, assentou que, a norma contida no art. 844, do Código de Processo Civil, regente sobre a exibição judicial de documento, não prevê, como pressuposto, para o manejo da ação, a existência de elemento de prova previamente constituído para fomentar o pedido. Para ele, o ajuizamento da cautelar de exibição de documento é condicionado apenas pela existência de "documento próprio ou comum", e que este esteja em poder de uma das pessoas elencadas no art. 844, inciso II, do Código de Processo Civil.

AÇÃO CAUTELAR - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - PRETENSÃO NÃO RESISTIDA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - DESCABIMENTO. A apresentação, pelo réu, dos documentos solicitados

pelo autor da ação cautelar de exibição de documentos, e ausente a prova de prévio requerimento administrativo, implica a extinção do processo, sem julgamento do mérito, não devendo qualquer das partes ser condenada ao pagamento dos ônus da sucumbência, uma vez que não houve resistência à pretensão deduzida. (MINAS GERAIS, 2008)

Para o Desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata, relator da apelação nº 1.0024.10.083095-9/001, Comarca de Belo Horizonte/MG, julgada em 24/02/2011, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não há necessidade de exaurir o procedimento administrativo para que, se reconheça determinado direito previsto em lei. Parte da premissa de que a exibição de documentos baseia-se nas regras elencadas pelo artigo 844, inciso II, do Código de processo Civil, não se encontrando entre elas, a comprovação de que foi buscado administrativamente o recebimento de aludidos documentos, bem como, a recusa em exibi-los.

EMENTA: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA - INEXIGIBILIDADE - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - INOCORRÊNCIA - Não é condição para a propositura da ação de exibição de documentos a comprovação de que tenha sido feito requerimento administrativo para o recebimento dos mesmos e que tenha ocorrido a recusa em entregá-los.-Constatando que existem, no pedido inicial, fundamentos coerentes para a interposição da presente demanda e tendo a petição inicial atendido aos requisitos legais, resta confirmado o interesse processual do Apelante, não podendo o feito ser julgado extinto nos termos do artigo 267, I e VI, do CPC. (MINAS GERAIS, 2011gg)

O Desembargador Mota e Silva, ao relatar a apelação nº 1.0153.10.002579-7/001, da Comarca de Cataguases/MG, em 10/05/2011, entendeu que, de acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não haveria necessidade de exaurir o procedimento administrativo para que, se reconheça determinado direito previsto em lei. Para ele, não existiria a obrigatoriedade do esgotamento de instância administrativa para que a parte possa provocar o Judiciário.

EMENTA: CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA - OBRIGAÇÃO DE EXIBIÇÃO - DOCUMENTO COMUM - CONFIGURAÇÃO - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - ART. 20, CPC - DECISÃO ULTRA PETITA - PARTE DECOTADA - ART. 359, CPC - INAPLICABILIDADE - CABÍVEL A BUSCA E APREENSÃO - Não é condição para a propositura da ação de exibição de documentos a comprovação de que tenha sido feito requerimento administrativo para o recebimento dos mesmos e que tenha ocorrido a recusa em entregá-los. - Não se pode negar o direito de buscar

apresentação do documento, cujo conteúdo é pertinente a negócio jurídico estabelecido entre as partes. Havendo interesse em seu conteúdo e, negando-se a parte em entregar o contrato, deve-se determinar sua exibição. - O princípio da sucumbência, adotado pelo art. 20, do Código de Processo Civil, está amparado no princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. - Assim, se a medida cautelar foi proposta em razão da recusa da recorrente em fornecer cópia dos documentos requeridos em juízo, a ela incumbem os ônus sucumbenciais. - Em obediência aos princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas, não se anula sentença ultra petita, quando há possibilidade de adequação aos limites do pedido. - No processo cautelar de exibição de documentos, o desatendimento da determinação de que se exhiba documento ou coisa não acarreta a consequência prevista no artigo 359 do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ. (MINAS GERAIS, 2011hh)

Por seu turno, o Desembargador Arnaldo Maciel, quando relatou a apelação nº 1.0707.10.008471-4/001, Comarca de Varginha/MG, em 08/02/2011, deixou assentado que o ponto crucial da presente análise diz respeito à possibilidade de ser o processo extinto, sem resolução de mérito e por falta de interesse de agir do apelante, ao fundamento de que este não demonstrou ter feito a solicitação administrativa do contrato mencionado na exordial, sendo que a instauração do feito somente seria necessária se ficasse demonstrada a negativa do réu em fornecer a cópia do referido contrato ao mesmo (MINAS GERAIS, 2011ii).

Para Maciel, o interesse processual surge a partir de um conflito de interesses, onde a parte que se julga lesada ou sob a possibilidade de vir a sê-lo, busca a intervenção dos órgãos jurisdicionais para aplicação do direito ao caso concreto. Registra ainda, que o acesso ao Judiciário é um direito pleno, garantido no art. 5º, XXXV da Constituição da República, o qual dispõe que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*", não existindo qualquer exigência legal do esgotamento da via administrativa para o ingresso em Juízo e o que, de pronto, já revela a inadequação da extinção do processo.

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - INOCORRÊNCIA - PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - INEXISTÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL - INDEFERIMENTO DA INICIAL - NÃO CABIMENTO. Como o acesso ao Judiciário é um direito pleno, garantido no art. 5º, XXXV da Constituição da República, não existe qualquer exigência legal do esgotamento da via administrativa para o ajuizamento de ação. Pretendendo o apelante através da Medida Cautelar de Exibição de Documentos ver exibido pelo banco/apelado o contrato de financiamento celebrado entre as partes, mormente quando o autor informou que não lhe foi entregue cópia de tal documento, resta incabível o indeferimento da inicial e, via de consequência, a extinção do processo. (MINAS GERAIS, 2011ii)

O Desembargador Elpídio Donizete, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0145.08.495422-4/001, da Comarca de Juiz de Fora, decidido em 13/09/2010, deixou assentado que necessário, em um primeiro momento, proceder à análise das condições da ação, mais especificamente, o interesse de agir, o qual consiste em condição que pode ser compreendida sob dois enfoques: a necessidade/utilidade do provimento jurisdicional pleiteado e a adequação do procedimento escolhido para se atingir tal fim (MINAS GERAIS, 2010a).

Para Donizete, não se caracteriza qualquer pretensão resistida e, por consequência, a necessidade de acionar o Judiciário, sem que a parte, pelo menos, tenha requerido os documentos pretendidos pelas vias administrativas. Porque a tutela jurisdicional não pode ser invocada sem que haja a devida necessidade e, em princípio, deve-se presumir que, para que se obtenha um documento em posse de terceiro, basta solicitá-lo. De modo que, somente a recusa, tácita ou expressa, daquele que se encontra em posse do documento pretendido, faz com que surja o litígio, o que autoriza o exercício do direito de ação.

Ressalta ainda, que, de fato, o art. 5º, XXXV1 da Constituição Federal garante o acesso amplo e irrestrito ao Judiciário por qualquer pessoa que se sinta lesada ou ameaçada em seus direitos. Entretanto, não se pode afirmar ter havido lesão ou ameaça a direito se a parte sequer solicitou os documentos pela via administrativa e se, conseqüentemente, não houve qualquer recusa pela parte adversa em fornecê-los.

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - PEDIDO EXTRAJUDICIAL DO DOCUMENTO PRETENDIDO - NÃO COMPROVAÇÃO - AUSÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA - CONTESTAÇÃO - FORNECIMENTO DOS CONTRATOS E EXTRATOS - AFIRMAÇÃO DE AUSÊNCIA DE RECUSA EM MOMENTO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - NÃO CARACTERIZAÇÃO DA LIDE - DESNECESSIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - EXTINÇÃO DO FEITO.- Não se caracteriza o interesse substancial na demanda sem que a parte, pelo menos, tenha requerido os documentos pretendidos pelas vias administrativas. Isso porque a tutela jurisdicional não pode ser invocada sem que haja a devida necessidade e, em princípio, deve-se presumir que, para que se obtenha um documento em posse de terceiro, basta solicitá-lo extrajudicialmente.- Não caracteriza o litígio a apresentação de contestação em que se afirma a inexistência e recusa de fornecimento dos documentos em momento anterior ao ajuizamento da ação. (MINAS GERAIS, 2010a)

Pelo que se observa dos julgamentos colacionados, a maioria dos Sobre-Juizes da 18ª Câmara Cível pondera que o princípio da reserva jurisdicional não

prevê limitação para que o indivíduo possa acionar o Poder Judiciário, para obter a proteção contra lesão ou ameaça a direito. Mencionam que, no caso específico do julgamento de ação cautelar de exibição, o interesse processual buscar-se-ia apenas na narrativa do requerente, exatamente partindo da premissa de inexistir a jurisdição administrativa de curso forçado.

A única exceção entre os Desembargadores desta Câmara Cível, o Desembargador Elpídio Donizetti, entende em sentido oposto. Para ele, a condição processual do interesse somente pode ser demonstrada com a efetiva participação do indivíduo, comprovando, na petição inicial, que pelo menos, iniciou a busca do documento que pretende ver exibido judicialmente. Esse entendimento é consentâneo com aquele adotado recentemente no Superior Tribunal de Justiça, onde a jurisprudência da 2ª Seção estabilizou entendimento de que carece de interesse de agir, para a ação de exibição de documentos, a parte que não demonstra ter apresentado requerimento administrativo a fim de obter a documentação pretendida.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RECUSA NO FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES.

1. Para que esteja configurado o interesse de agir é indispensável que a ação seja necessária e adequada ao fim a que se propõe. A ação será necessária quando não houver outro meio disponível para o sujeito obter o bem almejado.
2. A inércia da recorrida frente a simples realização de pedido administrativo de exibição de documentos, sem a comprovação do pagamento da taxa legalmente prevista (art. 100, § 1º, da Lei 6.404/76), não caracteriza a recusa no fornecimento das informações desejadas.
3. Não é possível obrigar a recorrida a entregar documentos sem a contrapartida da taxa a que tem direito por força de lei.
4. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2008).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211-STJ. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. FORNECIMENTO DE CERTIDÕES. RECUSA. RECURSO À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. LEI N. 6.404/1976, ART. 100, § 1º. AUSÊNCIA DO COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DA "TAXA DE SERVIÇO". MATÉRIA FÁTICA REFLEXA. SÚMULA N. 7-STJ.

I. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" - Súmula n. 211-STJ.

II. Nos termos do art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, pode a empresa exigir do interessado valor correspondente ao custo do serviço de fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários.

III. Não demonstrado haver o autor requerido a obtenção dos documentos e concomitantemente apresentado o comprovante de pagamento da "taxa de

serviço" que lhe era exigida, falece de interesse de agir para a ação de exibição de documentos.

IV. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" - Súmula n. 7/STJ.

V. Recurso especial não conhecido." (BRASIL, 2007).

PROCESSUAL CIVIL. contrato de participação financeira. cautelar de exibição de documentos. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. NECESSIDADE. cobrança da taxa de serviço. legalidade. art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/76.

1. Carece de interesse de agir, em ação de exibição de documento, a parte autora que não demonstra ter apresentado requerimento administrativo para a obtenção dos documentos pretendidos e que tampouco comprova o pagamento da taxa de serviço legalmente exigida pela empresa a teor do art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/76.

2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (BRASIL, 2009a)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Carece de interesse de agir, para a ação de exibição de documentos, a parte que não demonstra ter apresentado requerimento administrativo a fim de obter a documentação pretendida. Precedentes do STJ.

2. Ademais, rever o entendimento do Tribunal de origem de que a parte não comprovou a negativa do INSS em exibir os documentos demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido (BRASIL, 2009b).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. NÃO COMPROVAÇÃO DE RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM ATENDER AO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Carece de interesse de agir o autor que nos autos da Ação de Exibição de Documentos não comprova a recusa da administração em apresentar a documentação pretendida.

2. Tendo o Tribunal de origem consignado que a parte autora não comprovou a negativa do INSS em exibir os documentos, a alteração dessa conclusão somente seria possível através do reexame de prova, o que, entretanto, encontra óbice na Súmula 07/STJ.

3. Agravo Regimental desprovido. (BRASIL, 2011)

Para a jurisprudência atualizada do Superior Tribunal de Justiça, carece de interesse de agir, para a ação de exibição de documentos, a parte que não demonstra ter apresentado requerimento administrativo a fim de obter a documentação pretendida.

Interesse de agir, como condição da ação, no conceito de Enrico Liebman citado por Greco Filho (1996) consiste em:

[...] um interesse processual secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo

comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente. (LIEBMAN *apud* GRECO FILHO, 1996, p. 80)

Para que se evidencie o interesse de agir da parte autora para a demanda exhibitória, imperativo que instrua a petição inicial não só com cópia do pedido efetuado na seara administrativa, mas também com o comprovante de recolhimento da 'taxa de serviço' quando houver previsão legal ou administrativa para o fornecimento do serviço solicitado. A inexistência da comprovação do requerimento administrativo e comprovante de pagamento da 'taxa de serviço', quando exigido, forçoso concluir que inócua pretensão de direito material resistida, abstraindo-se o direito à ação, por ausência de interesse de agir, imprescindível ao eficaz processamento do feito, conforme dispõe o art. 3º do Código de Processo Civil. E, ausente o interesse de agir da parte autora, aplicável a regra do inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil, com a extinção do processo sem resolução de mérito.

5 CONCLUSÃO

Da passagem do império da força ao Estado de Direito, surgiu a necessidade de limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito), através de ordem jurídica dotada de determinados atributos, com legitimidade, adesão voluntária e espontânea dos destinatários. A supremacia das leis trouxe, a reboque, a necessidade da especialização das funções do Estado, com o objetivo de assegurar uma eficácia mínima de governança, bem como conferir legitimidade e racionalidade administrativa a estes entes estatais, eficácia e legitimidade essas que devem e podem resultar num equilíbrio dos poderes sociais.

O estado de Direito pressupõe a existência de Carta Política, com duas funções principais, veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas, para o funcionamento do regime democrático, além de garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos.

As novas Constituições promulgadas na atual fase jurídica-normativa a que podemos denominar como pós-positivista acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, que os convertem em um pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. A atual fase passa a atribuir maior importância não somente às leis, mas também aos princípios de direito que passam a ser analisados como espécies de normas com campo de abrangência mais amplo até mesmo do que as regras, por se tratar de preceitos que devem intervir nas demais normas, consideradas inferiores; para então obter delas o real sentido de alcance com vistas a garantir os direitos sociais do homem, de modo a promover o bem-comum.

A promoção do bem de todos é um dos objetivos fundamentais do Estado, expresso no caso brasileiro, no inciso IV, do artigo 3º da Constituição Federal e, neste direito ao bem-estar social se insere, necessariamente, o direito à paz social, alcançada através da garantia do acesso à Justiça, para a rápida e eficaz resolução dos conflitos capazes de gerar estados de insatisfação que, em última análise, além de fator de infelicidade pessoal, pode contribuir para a desagregação social.

O acesso à Justiça vem sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, podendo ser encarado como o requisito

fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos.

Nesse quadro é que intensifica a importância do processo, que existe e se legitima na sociedade através de seu objetivo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com Justiça e efetividade - como instrumento da jurisdição e como instrumento de garantia de direitos.

O processo, sintetizado como a técnica de solução imperativa de conflitos, enquanto monopólio estatal, consistente na capacidade de decidir imperativamente, segundo critérios valorativos preestabelecidos, e impor decisões, produz resultados práticos e eficazes.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LIV, inserido no título em que se enfatiza o rol dos direitos fundamentais, proclama a garantia do princípio do devido processo legal que, como mencionado neste trabalho, apresenta alcance expressivo na defesa das liberdades, na moderna concepção: liberdade política, física e espiritual, garantida a privacidade e intimidade, liberdade de expressão, de pensamento, de consciência e de crença, liberdades de associação lícitas e de reunião; na garantia de julgamento fundamentado, justo e imparcial, produzido a partir da paritária manifestação das partes (contraditório judicial), sem os quais, liberdades ou bens podem ser privados.

A cláusula do devido processo legal enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimentos, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda a história.

Due process é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo, se destina tanto à proteção do indivíduo contra o exercício arbitrário dos poderes do Estado, quanto se insere num contexto mais amplo, das garantias constitucionais do processo, enfatizando que o perfil do processo resultante dessa garantia é daquele regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva, através do qual se conseguirá a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito.

Devido processo legal com conteúdo substantivo, constitui limitação ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devendo

guardar um real e um substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, o devido processo legal com caráter processual garante às pessoas um procedimento judicial justo, equo e eficaz, com amplo direito de defesa.

No Direito Processual Civil, a cláusula *procedural due process*, refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados, devendo propiciar aos litigantes: (a) igualdade das partes; (b) garantia do *jus actionis*; (c) respeito ao direito de defesa e (d) o contraditório judicial.

Em síntese, a cláusula *procedural due process*, deve ser entendida como a possibilidade efetiva de acesso à justiça, com a observância de procedimento realizado em contraditório entre as partes de acordo com normas previamente estabelecidas.

A Constituição Federal traz expressa ainda, dentre o rol de direitos fundamentais, a previsão da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, com significado político de colocar sob controle do Poder Judiciário, todas as crises jurídicas capazes de ameaçar ou lesionar a paz social. Pode ser enfatizado ainda, como a garantia contra os abusos e violações de direitos e liberdades fundamentais pelos agentes do Estado, também garantidas na vetusta cláusula do *due process of law* nos conflitos entre indivíduos e o Estado.

Neste princípio Constitucional é condensada a noção de que todos os atos jurídicos capazes de ameaçar ou lesionar a paz social, sejam eles públicos ou privados, não sejam subtraídos do controle do Poder Judiciário, consistindo na aceitação em juízo das pretensões, seu julgamento, e que a tutela jurisdicional efetiva, seja prestada àquele que tiver direito a ela.

Toda essa proteção oferecida pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional se sujeita às restrições legitimamente postas pelas regras técnicas do processo (cumprimento das condições da ação e dos pressupostos processuais legalmente estabelecidos) e ainda por outras normas constitucionais, sem que esse fato implique em debilitar esta garantia constitucional, mas regulá-lo.

Os princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional coexistem no mesmo microcosmo constitucional, não se excluindo, mas complementando-se.

Ambos garantem a possibilidade efetiva de acesso à justiça, para a salvaguarda de lesão ou ameaça a direito, com observância de procedimento

realizado em contraditório entre as partes de acordo com normas previamente estabelecidas.

Toda abertura enfeixada nas cláusulas que garantem a prestação jurisdicional do Estado parte da idéia de litígio: a norma constitucional fala em direito lesionado ou ameaçado: a existência real ou iminente, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Neste sentido, o processamento em juízo da pretensão resistida (lide) passa, necessariamente, pela comprovação dos requisitos necessários para a intervenção estatal através do Judiciário, os quais não encontram nenhuma incompatibilidade com a norma constitucional, uma vez que se trata de requisitos objetivos genéricos, que não limitam o acesso à Justiça, mas o regulamentam.

A legislação processual dispõe que, para fazer jus à garantia do direito de ação, o individuo deve demonstrar ter interesse e legitimidade, sem que estas condicionantes ofendam o princípio da inafastabilidade, como o reconhecem a doutrina e a jurisprudência.

O interesse processual, que pode ser definido como a necessidade do provimento jurisdicional, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, deve ser demonstrada no pórtico do processo, naqueles casos em que é possível fazê-lo documentalmente.

Desse modo, quando a lei exige fórmula material para a comprovação do interesse, como nos casos de notificação premonitória obrigatória, não se fala em que tal exigência diminui ou mitiga a garantia do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. De igual modo, que nos casos em que é possível ao individuo comprovar materialmente a existência do litígio, como fundamento para a dedução da pretensão em juízo, a ausência da comprovação, por qualquer via adequada, implica na extinção do processo, sem resolução do mérito, exatamente pela ausência da condição da ação referente ao interesse processual.

Especificadamente nos casos em que se pleiteia judicialmente a exibição cautelar, é imperioso que o individuo demonstre, material e documentalmente, a existência de resistência à pretensão, o que somente pode ser feito, com a comprovação, junto à petição inicial, de que aquilo que se busca através da jurisdição, foi, no mínimo, tentado entre as partes do processo sem sucesso.

Por outro lado, a maioria dos Sobrejuizes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, adota posicionamento oposto, no sentido que, a simples narrativa fática do

individuo, seria suficiente para o preenchimento da condição do interesse processual.

Entretanto, outros Desembargadores, do mesmo Tribunal Mineiro, se posicionam no sentido de que a comprovação material do interesse processual, neste caso de ação cautelar de exibição, é exigível, como configuradora do interesse processual, condicionante da ação – o interesse processual somente surgiria após a demonstração de prévio requerimento administrativo, para tal, bastando o recibo do protocolamento naquela via e o decurso de prazo razoável sem atendimento.

Nessa linha, é que vem se firmando, em decisões recentes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o qual carece de interesse de agir, para a ação de exibição de documentos, a parte que não demonstra ter apresentado requerimento administrativo a fim de obter a documentação pretendida.

Por fim, o entendimento minoritário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, robustecido pela mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mostra-se mais consentâneo com a análise que se faz a partir do texto constitucional, dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional e das regras positivadas no Código de Processo Civil, para o provimento das ações cautelares de exibição.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos e Razón Prática. Tradução de Manuel Atienza. In: JORNADAS INTERNACIONALES DE LÓGICA E INFORMÁTICA JURÍDICAS, 4, 1988, San Sebastián. **DOXA 5...** San Sebastián: [s.n.], 1988.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral, Justificação e Aplicação**. Trad. Cláudio Mozl Landy. São Paulo: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**: v. 1. São Paulo: RT, 1981.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2011.

AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, 1999.

AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS Ana Paula de. **A nova Interpretação Constitucional: Poderação, Argumentação e Papel dos Princípios**. In: LEITE; George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Polis, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

BRASIL. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

BRASIL. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937.

BRASIL. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de out. 1967.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Dá nova redação à Constituição de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de outubro de 1969, retificado no Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969 e republicado no Diário Oficial da União de 30 de out. de 1969.

BRASIL. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 out. 1991.

BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, de 30 nov. 1964a (Ed. Extra).

BRASIL. Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964. Modifica a Constituição do Brasil de 1946 quanto à eleição, ao mandato e aos poderes do Presidente da República; confere aos Comandantes-em-chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, excluída a apreciação judicial desses atos; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 abr. 1964b.

BRASIL. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Modifica a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições estaduais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 dez. 1968.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro 1942. Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 set. 1942.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: **Imprensa Nacional**, 1964c. p. 56.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: **Imprensa Nacional**, 1964d. p. 143.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 10 dez. 1969. p. 5935.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 704. Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 9 out. 2003a. p. 6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1511-7. Distrito Federal – Medida Liminar. Relator: Ministro Carlos Velloso. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B e Outros. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Constitucional. Administrativo. Universidade. Provão. Lei 9.131, de 24.IX.95, artigo 3º e parágrafos. C.F., art. 5º, LIV; art. 84, IV; art. 207. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 06 jun. 2003b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94.601-1/CE. Relator Ministro Celso de Mello. Impetração suscitando a possibilidade jurídica de um dos litisconsortes penais passivos assegurar direito de formular reperguntas aos co-réus, quando do respectivo interrogatório... **Diário da Justiça da União**, Brasília, 11 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal n. 2915-5/São Paulo. Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Intervenção Federal requerida em virtude de inadimplemento de precatório. Ponderação entre o Princípio Federativo e o princípio da não-intervenção. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 28 nov. 2003c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Habeas Corpus n. 71.373/RS. Redator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Impetração suscitando a sustação do provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA... **Diário da Justiça da União**, Brasília, 22 nov. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 954.508/RS. Ação cautelar de exibição de documentos. Carência de ação. Falta de interesse de agir.

Ausência de comprovação da recusa no fornecimento das informações. Recorrente: Ângela Cristina D'Ávila. Recorrido: Brasil Telecom S/A. Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, Brasília, 28 ago. 2007, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, 29 set. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 943.532/RS. Ação cautelar de exibição de documentos. Fornecimento de certidões. Recusa. Recorrente: Paulo Roberto Dal Forno. Recorrido: Brasil Telecom S/A. Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Segunda Seção, Brasília, 10 out. 2007, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, 26 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1066582/RS. cautelar de exibição de documentos. Requerimento administrativo prévio. Necessidade. Embargante: João Renato Jesinski. Embargado: Brasil Telecom S/A. Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, Brasília, 18 dez. 2008, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, 02 fev. 2009a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.089.433/PR. Ação de exibição de documentos. Ausência de requerimento administrativo. Falta de interesse de agir. Agravante: Miquelina Antônio Witchemichen. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, Brasília, 28 abr. 2009, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, 17 jun. 2009b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1079235/PR. Ação de exibição de documentos. Não comprovação de recusa da administração em atender ao requerimento administrativo. Falta de interesse de agir. Agravante: Doriva Tereza Matoso. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Brasília, 19 mai. 2011, **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2011.

BRITANNIA. **Magna Carta**. Disponível em: <<http://www.britannia.com/history/docs/magna2.html>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

CANOTILHO, JJ Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, FRANCESCO. **Sistema del Diritto Processuale Civile**: v. 1. Padova: Cedam, 1936.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRISAFULLI, Vesio. **Stato, Popolo, Governo: Illusioni e Delusioni Costituzionali**. Milano: Giuffrè, 19985

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto do Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DOS SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil: v. I**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERACINE, Luiz. **Os Primeiros Princípios do Saber**. Campo Grande: Solivros/Uniderp, 1999.

FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

GONÇALVES, AROLDO PLÍNIO. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Revista Consultor Jurídico**. 10 set. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do controle jurisdiccional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 10, jul./dez. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: RT, 1973.

GUASTINI, Riccardo. **Dalle Fonti alle Norme**. Torino: Giappichelli, 1992.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. **Doxa**, n. 17-18, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **DIREITO E DEMOCRACIA entre facticidade e validade**: v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh; MADISON, James. **O Federalista, XLVIII**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/53169598/41/EL-FEDERALISTA-XLVIII>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

HEISE, John. História da Idade do Bronze na Mesopotâmia (**History of the Bronze Age in Mesopotâmia**). 1995. Disponível em: <http://www.sron.nl/~jheise/akkadian/bronze_age.html>. Acesso em: 11 jun. 2011.

HESPANHA, Benedito. **Tratado de Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IHERING, Rudolf Von. **A Evolução do Direito**. 2. ed. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

JOHNSTON, Derek. **História concisa da filosofia: de Sócrates a Derrida**. Tradução: Rogério Bettoni. São Paulo: Edições Rosari, 2008.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. São Paulo: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manuale di Diritto Processuale Civile: v. 1**. 2. ed. Milano: [s.n], 1966.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Roger Cruz e (Coord). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Due Processo of Law. **Revista Ajuris**, ano 21, v. 61, 1994.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: L&PM POCKET. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**: v. 2. Campinas: Millenium, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Princípios de processo civil na Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0707.07.138758-3/001. Ação cautelar - Exibição de documentos. Apelante: Tânia Emília Cardoso da Rocha. Apelado: Banco Finasa S/A. Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, Belo Horizonte, 19 ago. 2008. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 05 set. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0145.09.532347-6/001. Ação cautelar de exibição de documentos - Preliminar de ofício - Falta de interesse de agir - Pedido administrativo - Não comprovação. Apelante: Paulo Roberto Moura Penha. Apelado: Serasa S/A. Relator: Des^a. Márcia de Paoli Balbino, Belo Horizonte, 01 out. 2009. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 14 out. 2009a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0145.07.423355-5/001. Exibição de documentos - Falta de interesse processual - Ausência de pedido extrajudicial de exibição - Necessidade. Apelante: ABN AMRO Adm Cartões Cred Ltda. Apelado: Eduardo Garcia Modesto. Relator: Des. Luciano Pinto, Belo Horizonte, 25 jun. 2009. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 14 jul. 2009b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0024.07.795863-5/001. Ação cautelar de exibição de documentos - Documento comum às partes - Dever de exibição configurado. Apelante: Bradesco Vida Previdência S/A. Apelado: Joana D'Arc da Cruz. Relator: Des. José Affonso da Costa Cortês, Belo Horizonte, 21 mai. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 02 jun. 2009c.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0145.08.495422-4/001. Ação cautelar de exibição de documentos - Pedido extrajudicial do documento pretendido - Não comprovação - Ausência de pretensão resistida - Não Caracterização Da Lide - Desnecessidade do provimento jurisdicional - Falta de interesse de agir. Apelante: Edimar Leal Pinheiro. Apelado: CDL Câmara Dirigentes Lojistas Juiz Fora. Relator: Des. Elpídio Donizetti, Belo Horizonte, 13 set. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 30 set. 2010a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0707.09.187860-3/001. Exibição de Documentos - Interesse processual - Requerimento administrativo - Irrelevância - Astreintes Afastadas - Ausência de previsão legal - Honorários - Princípio da Causalidade - Prazo para exibição. Apelante: Banco ABN AMRO REAL S/A. Apelado: Edmar Freitas. Relator: Des. José Antônio Braga, Belo Horizonte, 23 mar. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 12 abr. 2010b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0433.09.304728-3/001. Medida cautelar de exibição de documentos - Cabimento - Esgotamento da via administrativa - Inexigibilidade. Apelante: Luciene Souza de Jesus. Apelado: BV Financeira S/A Cred Fin e Inv. Relator: Des. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, Belo Horizonte, 21 set. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 08 out. 2010c.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 3174291-04.2010.8.13.0433. Medida cautelar de exibição de documentos - Esgotamento da via administrativa - Desnecessidade. Apelante: Washington Gonçalves Souto. Apelado: Banco Panamericano S.A. Relator: Des. Alvimar de Ávila, Belo Horizonte, 30 jun. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 19 jul. 2010d.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 0236267-04.2010.8.13.0000. Exibição documento - Interesse processual - Exaurimento da via administrativa - Desnecessidade. Agravante: Wagner Leonel da Silva. Agravado: Banco Itau S/A. Relator: Des. Nilo Lacerda, Belo Horizonte, 17 jul. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 02 ago. 2010e.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0707.09.195883-5/001. Exibição documentos - Interesse recursal - Interesse de agir. Apelante: Adão Lopes Filho. Apelado: Banco Bradesco Financiamentos S/A nova denominação de Banco Finasa BMC S/A. Relator: Des. Evangelina Castilho Duarte, Belo Horizonte, 05 ago. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 17 ago. 2010f.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 3164383-20.2010.8.13.0433. Cautelar de exibição de documento. Princípio do livre acesso ao Poder Judiciário. Esgotamento da via administrativa. Apelante: Juliana Antunes Almeida. Apelado: BV

Financeira S/A Cred Fin e Inv. Relator: Des. Saldanha da Fonseca, Belo Horizonte, 15 dez. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 17 jan. 2011a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1557460-10.2010.8.13.0024. Ação cautelar de exibição de documentos - Apresentação de contrato de financiamento de veículo - Interpelação pela via administrativa. Desnecessidade. Apelante: Bruno Henrique do Prado Rosa. Apelado: Banco Santander Brasil S/A. Relator: Des. Domingos Coelho, Belo Horizonte, 15 mai. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 23 mai. 2011b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 0087691-82.2010.8.13.0707. Ação cautelar. Exibição de documentos. Prova do requerimento administrativo. Desnecessidade. Interesse processual. Apelante: Marciel Ferreira de Moraes. Apelado: Banco Itau S/A. Relator: Des. José Flávio de Almeida, Belo Horizonte, 13 abr. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 02 mai. 2011c.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0433.09.304650-9/001. Ação cautelar. Exibição de documentos. Contrato de financiamento. Direito de acesso à documentação que se reconhece. Interesse para agir incontroverso. Apelante: Rafael Alves Cordeiro. Apelado: Banco Panamericano S/A. Relator: Des. Francisco Kupidowski, Belo Horizonte, 07 abr. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 18 abr. 2011d.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0024.09.739812-7/001. Ação cautelar de exibição de documentos. Obrigação de exhibir. Documento Comum. Inteligência do art. 844, inciso II, do CPC. Multa cominatória. Descabimento. Pretensão resistida. Apelante: Aymore Credito Financiamento e Investimento S/A. Apelado: Vander Rolim Moraes. Relator: Des. Cláudia Maia, Belo Horizonte, 17 mar. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 13 abr. 2011e.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 3164995-55.2010.8.13.0433. Ação cautelar de exibição de documentos - Exigência de prova da existência de prévio pedido administrativo - Desnecessidade - Documentos comuns às partes - Obrigação de exhibir. Apelante: Geraldo Saraiva de Oliveira Junior. Apelado: BV Financeira S/A Cred Fin e Inv. Relator: Des. Nicolau Masselli, Belo Horizonte, 07 abr. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 02 mai. 2011f.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0433.09.310348-2/001. Ação de exibição de documento. Alegação de ausência de esgotamento na via administrativa. Desnecessidade. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Documentos apresentados. Procedência do pedido. Reconhecimento. Apelante: Maria de Fátima Soares Rodrigues. Apelado: Maria de Fátima Soares Rodrigues. Relator: Des. Alberto Henrique, Belo Horizonte, 24 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 15 mar. 2011g.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 3159607-74.2010.8.13.0433. Exibição de documentos - Esgotamento da via administrativa - Inexigibilidade - Falta de interesse de agir - Inocorrência. Apelante: Angélica Francieli Ferreira. Apelado: Mercantil Brasil Financeira S/A. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, Belo Horizonte, 24 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 15 mar. 2011h.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0433.09.304584-0/001. Ação cautelar de exibição de documentos - Interesse de agir - Desnecessidade de esgotamento da via administrativa. Apelante: Luciele Aparecida Gonçalves Lima. Apelado: Banco Finasa S/A. Relator: Des. Valdez Leite Machado, Belo Horizonte, 24 mar. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 10 mai. 2011i.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 0465883-40.2010.8.13.0000. Exibição de documentos - Solicitação administrativa anteriormente à exibição. Agravante: Ivanete da Silva Lima Rodrigues. Agravado: Banco Finasa S/A. Relator: Des. Antônio de Pádua, Belo Horizonte, 24 mar. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 05 abr. 2011j.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 3174143-90.2010.8.13.0433. Ação de exibição de documentos - Requerimento administrativo prévio - Desnecessidade - Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Apelante: Rosely Gonçalves da Cruz. Apelado: Banco Finasa S/A. Relator: Des. Rogério Medeiros, Belo Horizonte, 02 dez. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 01 mar. 2011k.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0702.09.633233-4/001. Ação cautelar de exibição de documentos - Esgotamento das vias administrativas - Desnecessidade. Apelante: Banco Bradesco S/A. Apelado: Acessórios Presidente Ltda. Relator: Des. Maurílio Gabriel, Belo Horizonte, 14 abr. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 06 mai. 2011l.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0433.09.308423-7/001. Medida de exibição de documentos - Requerimento administrativo - Desnecessidade - Causa madura recusa não configurada. Apelante: Zelita Fernandes de Souza. Apelado: Banco Itau S/A. Relator: Des. Tibúrcio Marques, Belo Horizonte, 27 jan. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 15 fev. 2011m.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0433.09.306237-3/001. Cautelar de exibição de documentos. Fornecimento de contrato. Falta de interesse de agir. Inocorrência. Apelante: José Heli de Souza Junior. Apelado: Banco Panamericano S/A. Relator: Des. Tiago Pinto, Belo Horizonte, 05 mai. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 17 mai. 2011n.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0145.09.545464-4/001. Exibição de documento - Via administrativa - Esgotamento - Necessidade - Inexistência. Apelante: Banco ABN AMRO REAL S/A. Apelado: Flavio Zeferino dos Santos. Relator: Des. Antônio Bispo, Belo Horizonte, 24 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 30 mar. 2011o.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0145.09.559692-3/001. Cautelar de exibição de documentos. Ausência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Inocorrência. Tentativa de obtenção por meios extrajudiciais. Desnecessidade. Interesse de agir. Ocorrência. Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Apelante: Emirce da Conceição Alexandre Rocha. Apelado: Banco Cacique S/A. Relator: Des. Batista de Abreu, Belo Horizonte, 04 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 01 abr. 2011p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 3162171-26.2010.8.13.0433. Ação cautelar de exibição de documentos. Falta de interesse de agir. Ausência de comprovação de solicitação administrativa. Apelante: Banco Finasa S/A. Relator: Des. Wagner Wilson, Belo Horizonte, 23 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 04 mar. 2011q.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0433.09.302013-2/002. Ação de exibição de documentos - Interesse processual - Necessidade da ação para a satisfação da pretensão - Não ocorrência - Ausência de pedido extrajudicial de exibição - Inexistência de litígio - Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição - Mitigação. Apelante: Wanderley Ferreira de Oliveira Apelado: Banco Honda S/A. Relator: Des. Eduardo Mariné da Cunha. Belo Horizonte, 07 abr. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 29 abr. 2011r.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 0622023-05.2010.8.13.0000. Ação cautelar de exibição de documentos. Necessidade de prévio requerimento de apresentação dos documentos na via administrativa. Agravante: Cândida Umbelina de Oliveira. Agravado: BV Financeira S/A Cred Fin e Inv. Relator: Des. Lucas Pereira, Belo Horizonte, 28 abr. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 17 mai. 2011s.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0707.09.180395-7/001. Medida cautelar de exibição de documentos - Desnecessidade de esgotamento da via administrativa - Artigo 5º, XXXV da CF/1988 - Interesse de agir - Dever de exhibir. Apelante: Banco Bradesco S/A.. Apelado: Edina Lima de Oliveira. Relator: Des. Pereira da Silva, Belo Horizonte, 01 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 25 fev. 2011t.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 0532390-80.2010.8.13.0000. Exibição documento. Cautelar preparatória. Ausência de

procedimento administrativo. Carência. Inocorrência. Agravante: Adriene Flores Corcetti. Agravado: Banco Mercantil Brasil S/A. Relator: Des. Cabral da Silva, Belo Horizonte, 09 nov. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 17 dez. 2011u.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 5718681-56.2010.8.13.0145. Medida cautelar de exibição de documentos - Art. 844, II, do CPC - Interesse de agir - Via adequada - Dever da instituição financeira de exibir os documentos - Desnecessidade de esgotamento da via administrativa - Presença dos requisitos legais. Apelante: Maria da Penha Segal Batista. Relator: Des. Gutemberg da Mota e Silva, Belo Horizonte, 05 abr. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 19 abr. 2011v.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0027.09.208480-8/001. Exibição de documentos-Estabelecimento bancário- Possibilidade- Pedido via administrativa- Desnecessidade- Sentença mantida. Apelante: Geraldo Ernani Alves Pereira. Apelado: Banco Itauleasing S/A. Relator: Des. Selma Marques, Belo Horizonte, 11 mai. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 18 mai. 2011x.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 0003089-31.2010.8.13.0329. Medida cautelar - Exibição de documentos - Extratos vinculados à conta poupança - correntista - interesse de agir - Instituição Financeira- Obrigação de exigir. Apelante: Mirtes de Lourdes Cintra. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, Belo Horizonte, 27 abr. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 04 mai. 2011z.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0433.09.308433-6/002. Apelação - Cautelar de exibição de documentos - Interesse processual - Extinção sem resolução de mérito. Apelante: Banco Honda S/A. Relator: Des. Marcelo Rodrigues, Belo Horizonte, 23 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 03 mar. 2011aa.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 0107051-15.2010.8.13.0024. Ação cautelar de exibição de documentos. Pedido administrativo. Irrelevância. Apelante: Banco BMG S/A. Relator: Des. Marcos Lincoln, Belo Horizonte, 16 mar. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 23 mar. 2011bb.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 3159011-90.2010.8.13.0433. Ação cautelar de exibição de documento - Comprovação do pedido pela via administrativa - Desnecessidade - Presente o interesse de agir - Extinção do feito - Impossibilidade. Apelante: BV Financeira S/A Cred Fin e Inv. Relator: Des. Wanderley Paiva, Belo Horizonte, 09 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 18 fev. 2011cc.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0433.09.306284-5/001. Ação de Exibição de Documentos - Busca da via administrativa - Inexigibilidade - Falta de interesse de agir - Inocorrência. Apelante: Fabrício Batista dos Santos. Apelado: Banco Honda S/A. Relator: Des. Osmando Almeida, Belo Horizonte, 19 abr 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 16 mai. 2011dd.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 0098353-49.2010.8.13.0079. Não há falar em ausência de individualização de documentos (art. 356, inciso I, do CPC), se a inicial contém a menção do contrato e firmado e foram juntados à exordial boleto com numeração correspondente ao documento. Apelante: Aymoré Cred Fin Inv S/A. Apelado: Maria Imaculada Barbosa Relator: Des. Tarcísio Martins Costa, Belo Horizonte, 26 abr 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 23 mai. 2011ee.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0707.09.190865-7/001. Para que reste atendida a condição da ação "interesse de agir" é preciso que a parte demonstre que o provimento jurisdicional é realmente necessário e útil. Apelante: Moisés de Carvalho Saldanha. Apelado: Banco Bradesco Fin S/A. Relator: Des. Pedro Bernardes, Belo Horizonte, 19 out. 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 16 mai. 2011ff.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0024.10.083095-9/001. Exibição de documentos - Esgotamento da via administrativa - Inexigibilidade - Falta de interesse de agir - Inocorrência. Apelante: Thiago Camilo Oliveira. Apelado: Banco BMG S/A. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, Belo Horizonte, 24 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 15 mar. 2011gg.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0153.10.002579-7/001. Cautelar de exibição de documentos - Preliminar de falta de interesse de agir afastada - Obrigação de exibição - Documento comum. Apelante: Banco Bradesco S/A. Apelado: Iolanda Marques de Souza. Relator: Des. Mota e Silva, Belo Horizonte, 10 mai. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 20 mai. 2011hh.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 1.0707.10.008471-4/001. Medida cautelar de exibição de documentos - Falta de interesse de agir - Inocorrência - Prévio requerimento administrativo - Inexistência de exigência legal. Apelante: Daniel Nogueira Ferreira. Apelado: Banco Itau S/A. Relator: Des. Arnaldo Maciel, Belo Horizonte, 08 fev. 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 25 fev. 2011ii.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional 1**. 7. ed. Coimbra: Coimbra. 2007.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed., São Paulo: RT, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

NETO, Zaiden Geraige. **O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional**: Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O Princípio do Devido Processo Legal**: Direito Fundamental do Cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: NETO, Olavo de Oliveira; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org). **Princípios processuais civis na Constituição**. São Paulo: Elsevier, 2008.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: RT, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, 2003.

SILVEIRA, PAULO FERNANDO. **Devido Processo Legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 8. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: v. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. 3. ed. São Paulo: LEUD – Livraria e Editora Universitária de Direito, 1978.

TEODORO JR., Humberto. **Tutela Cautelar**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

TEODORO JR., Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**: medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

THE CHARTERS OF FREEDOM. **Bill of rights**. Disponível em <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 10 ago. 2011.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues, coord. **Princípios Constitucionais Fundamentais**. São Paulo: Lex, 2005.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.