

LIMITES DA JURISDIÇÃO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONAIS

EDILTON MEIRELES

Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do IBDP. Membro da Associação Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Desembargador do Trabalho na Bahia (TRT 5ª Região).

RESUMO: No presente trabalho o autor discute sobre os limites da função jurisdicional e sobre a proteção dos direitos subjetivos. O autor sustenta que o Poder Judiciário, em sua função jurisdicional, pode substituir os demais poderes estatais sempre que estes violem o direito subjetivo de outrem, inclusive aqueles previstos na Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: jurisdição – direitos subjetivos

ABSTRACT: In this paper the author discusses the limits of the judicial function and the protection of subjective rights. The author defend that the Judiciary may, in its judicial functions, can replace other state powers if they infringe the subjective rights of others, including those set forth in the Constitution.

KEYWORDS: Jurisdiction – subjective rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teoria da separação dos poderes. 3. Definição da função jurisdicional. 4. A atividade substitutiva. 5. Objeto da jurisdição. 6. A atuação da jurisdição para eficácia do direito subjetivo: a perinorma. 7. Força normativa da Constituição e os direitos subjetivos constitucionais. 8. Conclusões. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Questão bastante controversa em nossa doutrina é a relativa à extensão e poderes da função jurisdicional, em especial diante das regras constitucionais que estabelecem competências exclusivas.

Com fundamento na teoria da separação dos poderes, muito se aponta os limites à função jurisdicional.

Procurando apontar nosso entendimento a respeito, suscitando o debate respectivo, tratamos desse tema relacionado à teoria do Estado. Tendo como premissa a atuação do Judiciário para defesa do direito subjetivo.

2. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos poderes (funções) remonta à Grécia antiga. Aristóteles, a ela já se referia, verbis:

Há em todo governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas, e aqui é preciso determinar quais as que devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça”¹.

John Locke, por sua vez, já no Século XVII, remonta a ideia da divisão das funções estatais. Contudo, ele não se refere ao Judiciário. Ele reparte as funções estatais entre os poderes legislativo, executivo e federativo. Ao poder federativo competiria, em sua visão, “a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil”².

Posteriormente, Jean-Jacques Rousseau, em 1762, retorna a esse tema. Em sua obra ‘Do Contrato Social’, refere-se à divisão dos poderes estatais, referindo-se mais especificamente ao poder legislativo e executivo,³

É com Montesquieu, no entanto, que a teoria da separação dos poderes alcança sua aceitação. Em sua obra ‘O Espírito das Leis’, Montesquieu, ao tratar da liberdade, buscar apontar que, sem a divisão das funções estatais, ela estaria em risco ou não seria assegurada. Daí porque ensinar que, verbis:

quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao

1 Nascido em Estagira, 384 a.C. e morto em Atenas, 322 a.C.

2 Livro Quatro, Capítulo XI, § 1, 1298ª, p. 97.

3 Nascido em Wrington, 29 de agosto de 1632. Morto em Harlow, 28 de outubro de 1704.

4 Segundo tratado sobre o Governo Civil, p. 75.

5 Nascido em Genebra, 28 de Junho de 1712. Morto em Ermenonville, 2 de Julho de 1778.

6 Livro II, Parte I, Capítulo I, p. 55-59.

7 Charles-Louis de Secondat, conhecido como Barão de Brède et de Montesquieu, nasceu próximo a Bordeaux, na França, em 1689, tendo falecido em Paris em 1755.

executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.⁸

Montesquieu acabou sendo consagrado como grande teórico da separação dos poderes, apesar de remontar à antiguidade, isso devido à sua implantação nos Estados Unidos da América. A aceitação dessa teoria nos EUA, no entanto, não passou sem o crivo crítico dos federalistas. Com eles surge a preocupação de o Poder Legislativo acabar por dominar o Estado. Daí porque a sua divisão em duas casas, de modo a enfraquecê-lo, bem como o poder de veto ao projeto de lei concedido ao presidente.

Os federalistas, então, sustentavam, verbis:

Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o Poder Legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em dividir a legislatura em muitas frações e em desligá-las umas das outras, já pela diferente maneira de elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permite a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade. Mas este mesmo meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda: mas o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente.

(...)

Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes”⁹.

Esses doutrinadores, no entanto, estavam mais preocupados em evitar a tirania, defendendo a divisão das funções estatais. Eles, porém, não se preocuparam em definir o que seria a função jurisdicional. Em suma, quando ela deveria atuar, quais seu limite, etc.

Tal tarefa, porém, coube aos doutrinadores mais modernos, em especial aos processualistas.

3. DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Vários são os processualistas que se referem ao conceito de jurisdição e que procuram, ainda, traçar suas características e limites.

Giuseppe Chiovenda, por exemplo, ao se referir à atividade jurisdicional, define-a como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”¹⁰.

Enrico Tullio Liebman, por sua vez, destaca que “há um ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas da sua atividade. Esses são os órgãos judiciários e a sua atividade chama-se, desde tempos imemoriais, jurisdição (iurisdictio)”¹¹.

Ressalte-se que, como ensina Liebman, a jurisdição “desenvolve-se em direção dupla, através da cognição (giudizio) e da execução forçada”¹². Sendo que, “mediante a execução forçada, os órgãos judiciários tratam de dar atuação prática e efetiva aquilo que a lei dispõe para os casos concretos”¹³.

Leo Rosenberg, dentre os alemães, por sua vez, entende que a jurisdição é a “atividade do Estado dirigida a realização do ordenamento jurídico; uma parte da atividade executiva que deve diferenciar-se da legislativa”¹⁴.

Jaime Guasp, por sua vez, sinteticamente e mais processualista, define a jurisdição como “a função específica estatal pelo qual o Poder Público satisfaz pretensões”¹⁵. Neste sentido, sustenta que “a função jurisdicional se propõe à satisfação de uma pretensão, comparando-a, geralmente, com normas já existentes”¹⁶.

8 O espírito das leis, o. 169-170.

9 O federalista, p. 130-131.

10 Instituições de direito processual civil, vol. II, p. 3.

11 Manual de direito processual civil, vol. I, p. 3.

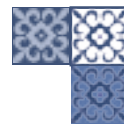
12 Manual de direito processual civil, vol. I, p. 3.

13 Manual de direito processual civil, vol. I, p. 4..

14 Tratado de derecho procesal civil, Tomo I, p. 85. Tradução do Autor.

15 Derecho procesal civil. Tomo I, p. 93. Tradução do Autor.

16 Derecho procesal civil. Tomo I, p. 94. Tradução do Autor.



Já procurando ser mais completo na sua definição, Eduardo Couture leciona que a jurisdição é uma “função pública, realizada por órgãos competentes do estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude do qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes, com o objeto de dirimir conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente factíveis de execução”¹⁷.

Leciona, ainda, que o “fim da jurisdição é assegurar a efetividade do direito”. “A jurisdição assegura a continuidade da ordem jurídica” ...; “assegura não só a continuidade do direito, senão também sua eficácia necessária”¹⁸.

É neste mesmo sentido que Piero Calamandrei sustenta que “esta posterior atividade do Estado, direcionada a colocar em prática a coação ameaçada e a fazer efetiva a assistência prometida pelas leis, é a jurisdição. Na vida do estado, o momento legislativo ou normativo não pode ser entendido separado do momento jurisdicional: legislação e jurisdição constituem dois aspectos de uma mesma atividade contínua que pode ser denominada, em sentido lato (...), atividade jurídica: primeiro ditar o direito e depois fazê-lo observar; primeiro, o estabelecimento e depois o cumprimento do direito. A jurisdição aparece, então, como a necessária prossecução da legislação, como o indispensável complemento prático do sistema da legalidade”¹⁹.

Ela, portanto, sustenta-se na coercibilidade (possibilidade de coação) das normas. “Se falta a observância espontânea, a observância do direito deve ser obtida mediante a força”²⁰. A norma, pois, é dotada dessa garantia dada pelo Estado. A garantia jurisdicional contra a inobservância do direito objetivo²¹. Daí que, “a finalidade última para a qual tende a garantia jurisdicional é a de operar na vida das relações humanas no sentido de conseguir, prescindindo da vontade do obrigado, o mesmo resultado prático (ou um resultado equivalente) que teria sido (...) obtido se a norma jurídica tivesse sido observada voluntariamente...”²².

Entre nós, Cândido Rangel Dinamarco define a jurisdição como a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”²³ ou, ainda, “a atividade pública e exclusiva com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a pacificação de pessoas ou grupos em conflito, mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”²⁴.

A partir das lições acima, portanto, temos que a jurisdição é uma função estatal, precipuamente conferida ao Poder Judiciário, e que tem por finalidade fazer com que a norma seja concretizada sempre que descumprida pelo obrigado à atividade. Como ressaltou Piero Calamandrei, a jurisdição é a garantia do direito objetivo. Violado este, cabe ao Estado-juiz torná-lo concreto.

Essas definições, apesar de distinguir a função jurisdicional das demais funções estatais, não aponta, concretamente, em que consiste, basicamente, a atividade do juiz. Daí porque é importante destacar a sua característica substitutiva.

4. A ATIVIDADE SUBSTITUTIVA

Quem bem caracterizou a função jurisdicional, diferenciando-a das demais atividades estatais, foi Giuseppe Chiovenda. Para este, na “essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição: é – queremos dizer – a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia”²⁵. Seja na cognição, quando a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei concernente às partes. Pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força de sua própria, automaticamente... Na sentença, o juiz substitui para sempre a todos no afirmar existente uma obrigação de pagar, de dar, de fazer ou não fazer... quando, porém, se trata de uma vontade de lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem (não entendamos em representação de outros)²⁶.

O mesmo sustenta Cândido Rangel Dinamarco, para quem, “pelo aspecto técnico, a atividade jurisdicional é sempre substitutiva das atividades dos sujeitos envolvidos no conflito, a quem a ordem jurídica proíbe atos generalizados de autodefesa”²⁷.

17 Fundamentos del derecho procesal civil, p. 40. Tradução do Autor.

18 Fundamentos del derecho procesal civil, p. 44. Tradução do Autor.

19 Direito processual civil, vol. I, p. 107.

20 Piero Calamandrei, Direito processual civil, vol. I, p. 106.

21 Piero Calamandrei, Direito processual civil, vol. I, p. 111-115.

22 Piero Calamandrei, Direito processual civil, vol. I, p. 115.

23 Instituições de direito processual civil, vol. I, p. 305.

24 Fundamentos do processo civil moderno, p. 290.

25 Instituições de direito processual civil, vol. II, p. 11.

26 Giuseppe Chiovenda, Instituições de direito processual civil, vol. II, p. 11.

27 Instituições de direito processual civil, vol. I, p. 306.

A atividade substitutiva se revela mais facilmente na execução. Ela se mostra visível, por exemplo, quando o juiz apreende o bem do devedor, vende-o e entrega o produto da venda ao credor. Neste caso, esperava-se que a atividade de pagar fosse voluntariamente exercida pelo obrigado. Diante de sua recusa, o juiz se coloca no lugar do devedor (o substitui), vende o bem (com auxílio do leiloeiro), como se fosse o verdadeiro proprietário, para obter o dinheiro necessário ao adimplemento da obrigação. Recebido o dinheiro pela venda, entrega este ao credor, tal como deveria ter sido feito pelo devedor.

Tal substituição também se verifica quando a obrigação é de fazer ou de não fazer. Por exemplo: o sujeito contratou uma construção. Não o fez. O juiz lhe substitui e realiza a obra, ainda que com auxílio de outrem (um terceiro construtor). Da mesma forma: o obrigado deveria lavrar a escritura de venda prometida em contrato irrevogável. Recusa-se a comparecer ao cartório. O juiz, então, o substitui e ordena que seja lavrada a escritura pelo tabelião, mas como não pode assiná-la em nome do vendedor, expede ordem para que conste na escritura que ela foi lavrada por ordem judicial. Mesmo sem a assinatura do vendedor, na prática, se obteve o resultado buscado pelo credor, que, neste caso, em verdade, seria a declaração de vontade de vender, prestada perante o tabelião.

A atividade do juiz, assim, sempre será substitutiva de alguma atividade do obrigado. O juiz age em seu nome, colocando-se em seu lugar, praticando a atividade que pelo obrigado deveria ter sido realizada. Substitui-o. O juiz propicia ao credor “o bem em substituição à atividade omitida pelo réu ou proibida a ele”²⁸.

“Por isso, o juiz se substitui às partes em conflito e, como órgão de aplicação do Direito, dá a cada um o que é seu, solucionando o litígio”²⁹.

Vale ressaltar, ainda, que essa substituição se realiza mesmo em face do Estado. Isso porque, “quer figure como autor, quer apareça como réu, o Estado será sempre um simples litigante, vinculado aquilo que for praticado pelos órgãos judiciários no exercício pleno da jurisdição”³⁰.

Mas a atividade substitutiva que caracteriza a jurisdição não esclarece, por si só, a função de julgar. É preciso, então, destacar a finalidade ou objeto da jurisdição.

5. OBJETO DA JURISDIÇÃO

Controvertido também tem sido se definir o objeto ou finalidade da função jurisdicional.

Dentre os italianos, Elio Fazzalari lembra que “o objeto da tutela jurisdicional civil é o direito subjetivo”³¹. No mesmo sentido segue José Garberí Llogregat na doutrina espanhola³².

Elio Fazzalari esclarece, todavia, que para “tal tutela do direito subjetivo o processo civil é institucionalmente endereçado, ainda que, no concreto, ele possa concluir-se sem atingir o resultado (por exemplo, o juiz declara que o direito não subsiste; ou, antes, que ele não é competente; ou porque o direito controverso não é objeto do processo)”³³.

Leo Rosenberg menciona que “a jurisdição consiste na aplicação do direito objetivo ao caso concreto”³⁴. Nesta esteira, Pontes de Miranda sustenta que “a finalidade preponderante, hoje, do processo é realizar o direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos”³⁵.

Fredie Didier, por sua vez, sustenta que cabe à jurisdição reconhecer, efetivar e proteger as situações jurídicas³⁶. Opondo-se a quem sustenta que ele se limita à proteção dos direitos subjetivos, entende que neste conceito deve se incluir todas as situações jurídicas ativas, “individual ou coletiva, simples ou complexa, direito potestativo ou direito a uma prestação. Todas sem exceção.”

Dois reparos, em nosso entendimento, devem ser feitos.

Primeiro, como esclarece José Frederico Marques, a jurisdição tem como causa “a composição justa do litígio, motivo pelo qual aplica as normas do direito objetivo”³⁷. Ele não tem por objeto ou finalidade o direito objetivo, mas, sim, o direito subjetivo. Ele protege o direito subjetivo a partir da aplicação do direito objetivo. Logo, a finalidade (visa a proteger) ou objeto (apreciado) da jurisdição é o direito subjetivo. Óbvio, no entanto, que basta alguém alegar que é titular do direito subjetivo para a atividade jurisdicional ser exigida.

Fredie Didier, no entanto, como já dito, sustenta ser objeto qualquer situação jurídica, ao que parece

28 Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, vol. I, p. 307.

29 José Frederico Marques, Manual de direito processual civil, p. 109.

30 José Frederico Marques, Manual de direito processual civil, p. 109.

31 Instituições de direito processual, p. 156.

32 In Constitución y derecho procesal, p. 42.

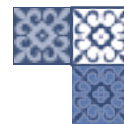
33 Elio Fazzalari, Instituições de direito processual, p. 157.

34 Tratado de derecho procesal civil, Tomo I, p. 86. Tradução do Autor.

35 Comentários ao Código de Processo Civil, p. 77.

36 Curso de direito processual civil, vol. I, p. 83.

37 Manual de direito processual civil, p. 109.



distinguindo os direitos subjetivos do direito potestativo.

O segundo esclarecimento deve ser mencionado. Em verdade, entre os doutos reina verdadeira divergência quanto a definição de direito potestativo. Orlando Gomes, por exemplo, entende que direito potestativo é aquele na qual “a faculdade de agir do titular não se correlaciona a uma prestação de outrem”, daí porque não se constitui em direito subjetivo.³⁸

Pietro Perlingieri, nesta linha, entende que “o chamado direito potestativo, dito também direito discricionário ou poder formativo, representa uma situação subjetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder”³⁹.

Francisco Amaral, por sua vez, sustenta que “direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera alheia de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir”⁴⁰.

Para ele, o direito potestativo distingue do direito subjetivo, já que a este se contrapõe o dever, enquanto que naquele se impõe a sujeição.⁴¹

O doutrinador português José Oliveira Ascensão, por sua vez, sustenta que direitos potestativos “são verdadeiros direitos subjetivos”. Direitos subjetivos entendidos como “uma posição individual e concreta que assegura um círculo de autodeterminação, no sentido de uma atuação livre para a prossecução de interesses próprios, ainda que por interposição duma vontade alheia”⁴².

Neste caminho também leciona António Menezes Cordeiro, para quem, “o direito potestativo é, na verdade, o produto de normas que conferem poderes. Trata-se, no entanto de poderes atribuídos ao beneficiário através do intermediar de normas permissivas, isto é: ao titular cabe, segundo seu livre-arbítrio, atuar ou não o poder que a norma lhe conceda. Por essa via, o poder que a lei confira ao titular é visto como um bem, que ele aproveitará, ou não, como quiser. Deste modo, se poderá compreender a inclusão dos ‘direitos potestativos’ na figura mais extensa dos direitos subjetivos”⁴³.

Esclarecedor, porém, é a opinião de Ana Cristina Costa Meireles⁴⁴, verbis:

É comum, ainda, a doutrina dizer que os direitos potestativos não seriam direitos subjetivos por não ser exigida qualquer prestação da outra parte da relação jurídica, ou seja, não haveria qualquer dever que viesse a ser dotado de pretensão, pois a posição do sujeito passivo deveria ser de mera sujeição.⁴⁵

Segundo a definição que a doutrina dá dos direitos potestativos, estes seriam os direitos que ‘[...] permitem a uma pessoa, por simples manifestação unilateral de sua vontade (isto é, sem necessidade de concurso de qualquer outra pessoa), modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, que é de seu interesse’⁴⁶.

Os sujeitos passivos não podem se irresignar contra essa manifestação de vontade, cabendo-lhes, então, apenas a sujeição a esta vontade.

38 Curso de direito civil, p. 103-104.

39 Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional, p. 123.

40 Direito civil, p. 201.

41 Idem, p. 201.

42 Direito civil, p. 71 e 79.

43 Tratado de direito civil português, Parte Geral, p. 336.

44 In A eficácia dos direitos sociais, p. 182-184.

45 Conferir a propósito: Francisco Amaral: “O direito potestativo distingue-se do direito subjetivo. A este contrapõe-se um dever, o que não ocorre com aquele, espécie e poder jurídico a que não corresponde um dever mas uma sujeição, entendendo-se, como tal, a necessidade de alguém suportar os efeitos do exercício do direito potestativo. Como não lhe corresponde um dever, não é suscetível de violação e, por isso, não gera pretensões” (op. cit., p. 201); Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela: Há relações em que ao titular passivo não correspondem um dever jurídico e sim, um mero estado de sujeição: um não poder ele impedir que determinada modificação se produza na sua esfera jurídica, mediante a simples manifestação da vontade do titular activo da mesma relação ou mediante o concurso dessa vontade com uma decisão judicial” (Noções fundamentais de direito civil. vol. I. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1957, p. 214); André Fontes segundo quem apenas as relações que contenham direito subjetivo podem ser consideradas como geradoras de pretensão, razão pela qual estão excluídas as relações de subordinação (sujeição) que são dotadas de direito potestativo (A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: DelRey, 2002, p. 25).

46 Fernando Noronha, Direito das obrigações, p. 56.

Ora, será que ao sujeito passivo dessa relação jurídica não caberia um dever de se abster de impedir que o titular do direito dito potestativo exercesse a sua manifestação de vontade? Pensamos que sim.

O mesmo ocorre com o exercício de direitos absolutos como, por exemplo, o de propriedade. O sujeito ativo não precisa da colaboração de ninguém (no sentido de comportamento ativo) para exercer o seu direito. O sujeito passivo há, isto sim, de se abster de impedir o respectivo exercício.

Nos chamados direitos potestativos, a sujeição, aí, seria mera consequência da manifestação de vontade. A interferência da esfera jurídica do outro é apenas efeito do ato e, não, o ato em si. Manifestada a vontade e, por isso mesmo, extinta ou modificada determinada relação jurídica, há um fato jurídico que enseja novos direitos e novos deveres: o direito de que o sujeito passivo se comporte conforme os efeitos da declaração de vontade e o dever do sujeito passivo de observar o comportamento com ela compatível (que significa sujeitar-se aos seus efeitos).

Mas a primeira relação jurídica de que se tratou teve, sim, direito e dever: direito de manifestar a vontade neste ou naquele sentido; dever de não impedir tal manifestação.

Na doutrina, encontramos, neste sentido, a opinião de Pontes de Miranda de que há confusão, por parte dos juristas, entre desnecessidade de intervenção ou cooperação do sujeito passivo e inexistência de pretensão. No seu entender, o sujeito passivo tem, sim, de se abster de impedir ou de dificultar o exercício do direito potestativo⁴⁷.

Melhor seria, então, a nosso ver, sob essa perspectiva, encarar os direitos como potestativos e não potestativos: potestativos seriam aqueles cuja manifestação de vontade teriam, por si só, o efeito de extinguir ou modificar as relações jurídicas; não potestativos os que não tivessem tal conteúdo. Mas, ambos, data venia, continuam sendo direito subjetivo e têm deveres correlatos.

Vê-se, então, que dizer que um direito é ou não potestativo tem mais a ver com a natureza da faculdade derivada daquele direito. Assim, quando a faculdade que se contém no direito tem como efeito a extinção ou modificação de uma relação jurídica, tem-se o direito potestativo⁴⁸.

Entendido dessa forma, em verdade, temos que o denominado direito potestativo não passa de um direito subjetivo, aqui entendido como uma situação jurídica na qual a um sujeito é devida uma prestação. Prestação essa entendida como uma conduta humana, seja qual for a sua modalidade, de dar, fazer ou não fazer (se abster; se sujeitar). Ou em outras palavras, direito subjetivo é “a posição de um sujeito que se vê dotado de faculdades jurídicas (modo de interagir), que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas”⁴⁹.

Em suma, quando estamos diante de uma situação na qual, em face da conduta (vontade) de uma pessoa, se constitui, modifica ou se extingue uma relação jurídica, independentemente da vontade alheia, que está obrigado a aceitar a nova situação surgida, estar-se-á diante de um direito subjetivo titularizado naquele primeiro. Logo, de tal direito surge o dever de outrem em aceitar a nova situação jurídica.

Luiz Guilherme Marinoni chega a sustentar que a jurisdição não protege o direito subjetivo. Afirma que a “tutela jurisdicional do direito não tem qualquer relação com a noção clássica de direito subjetivo”. Sustenta, a partir de exemplo, que “o empresário X tem direito à tutela jurisdicional do seu direito não porque tem um poder sobre a conduta do empresário Y, mas sim porque é titular de uma posição jurídica que lhe dá o direito de obter a tutela jurisdicional do seu direito. E nesse caso se está falando de um direito à tutela que decorre do próprio direito material. Se o direito material deve ser protegido ou tutelado, é dele que deflui o direito à sua tutela”⁵⁰.

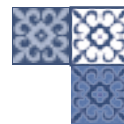
Data venia, creio que aqui há uma confusão. Primeiro, quando se fala que “se o direito material deve ser protegido ou tutelado, é dele que deflui o direito à sua tutela”, somente podemos ter em mente que ele está se referindo ao direito subjetivo que deve ser tutelado ou protegido. Até porque, quem não alegar que seja titular de um direito subjetivo não tem sequer interesse para agir judicialmente. O que se tutela é o direito material

47 MIRANDA, Pontes. Tratado das ações: ação, classificação e eficácia. vol. I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 66. Encontramos, ainda, na doutrina referência de um jurista Português que, pelo conceito que revela acerca do direito subjetivo, parece englobar os direitos potestativos nessa categoria. O seu conceito é o seguinte: “[...] a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou de por um acto da sua vontade – com ou sem formalidades-, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública (decisão judicial), produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte)” (ANDRADE, Manuel A Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Sujeitos e Objetos. vol. I. Coimbra: Almedina, 1987, p. 3). Este autor, no entanto, subdivide os direitos subjetivos em direitos subjetivos propriamente ditos e direitos potestativos (op. cit., p. 10).

48 Esse pensamento está de acordo com o entendimento de Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho ao classificarem o “poder jurídico” que emana do direito subjetivo, conforme a direção que tome em poder de dominação, de modificação jurídica e de pretensão. Sem entrar no mérito da classificação, observa-se que ela revela que a concepção dos citados juristas é de que o direito potestativo é uma forma de manifestação de poder. Embora os juristas neguem que o direito potestativo seja um verdadeiro direito subjetivo – e, sim, meras faculdades reconhecidas pela ordem jurídica – a sua classificação vem a confirmar a nossa tese de que o direito potestativo é direito subjetivo com uma particularidade no efeito das faculdades que engloba (ESPÍNOLA, Eduardo; Espinola Filho, Eduardo. Tratado de direito civil brasileiro. vol. IX. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 616-617 e 625).

49 Ana Cristina Costa Meireles, ob. cit., p. 179.

50 Curso de processo civil, p. 136.



subjetivo da pessoa assegurado pelo direito objetivo.

Outrossim, o titular do direito (credor) não tem o poder (império) de exigir uma conduta, ele tem a faculdade de exigir determinada conduta do devedor (me pague; me dê; me faça; não faça). E, não observada a conduta, o credor não tem direito à autotutela.

Outrossim, qualquer pessoa também tem o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Logo, o empresário X pode exercer seu direito subjetivo em face do Estado pedindo a este que lhe seja entregue uma prestação jurisdicional consistente numa atividade substitutiva à conduta do empresário Y em decorrência do direito subjetivo que possui em face deste último. Dois distintos direitos subjetivos. Um do credor em face do devedor; outro do jurisdicionado (credor-demandante) em face do Estado-juiz, sendo que este último é totalmente independente daquele primeiro, tanto que, como o próprio Marinoni ensina, “a jurisdição atua em nome da tutela dos direitos mesmo quando o direito material não é reconhecido”. Ou seja, ainda que não haja o direito material subjetivo (eu tenha inventado um “direito” com base numa lei inexistente), ainda assim, tenho o direito subjetivo de exigir do Estado uma prestação jurisdicional tendente a proteger o que alego ser meu direito subjetivo.

A jurisdição, portanto, tem por matéria a ser analisada, tem como material a ser trabalhado, apreciado, a alegação do direito subjetivo. E mais. Quando o Estado diz que o autor não possui direito subjetivo, julgando improcedente a demanda, ele, em verdade, acaba por reconhecer que o réu tem um direito subjetivo a ser protegido. Isso porque, da mesma forma que o credor tem a faculdade de exigir uma conduta do seu devedor, o não-devedor tem o direito de exigir do seu não-credor uma conduta de abstenção; conduta de se abster (de não me perturbar; de não importunar) em cobrar o que nada deve. Não à toa se tem a ação declaratória de inexistência de relação jurídica.

Numa ação declaratória de negativa de débito tributário, por exemplo, o que se pede é que o Estado declare que o autor tem o direito subjetivo de não ser cobrado pela Fazenda Pública por débito que afirma não ter. O reconhecimento deste direito de não-dever o tributo impõe uma conduta ao Estado: o de não exigir o pagamento do tributo (dever de abstenção).

Em suma, repetimos, para tanto se concluir basta lembrar que se alguém não afirmar ser o titular de um direito subjetivo sequer terá interesse para agir processualmente.

O poder judicial, pois, pauta-se na defesa e garantia do direito subjetivo.

6. A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO PARA EFICÁCIA DO DIREITO SUBJETIVO: A PERINORMA

Sem querer adentrar nas diversas teorias que tratam da formalização da norma jurídica, é certo que, em geral, ela se apresenta conforme o esquema da endonorma “dado fato temporal deve ser prestação por alguém obrigado em face de alguém pretensor”⁵¹.

Por exemplo: dada a venda, deve ser prestação (pagamento do preço) pelo comprador em face do vendedor; dada lesão, deve ser prestação (indenização) pelo ofensor em face do lesado; dada a necessidade, deve ser prestação de alimentos pelo pai em face do filho; dado o casamento, deve ser fidelidade pelo cônjuge em face do outro; dada a ignorância, deve ser a educação pelo Estado em face do analfabeto; dada a doença, deve ser o serviço de saúde pelo Estado em face do doente, etc.

Tal formalização da norma jurídica, porém, deve ser complementada pela perinorma para que ela possa alcançar eficácia, já que, diante da não-prestação a formalização da norma no esquema da endonorma, por si só, não satisfaz o direito subjetivo. Daí porque, conforme lições de Carlos Cossio, impõe-se a previsão da sanção. A endonorma, pois, deve ser acrescida a disjunção *ou* e a perinorma para termos a formalização da norma segundo o seguinte esquema: “dado fato temporal deve ser prestação por alguém obrigado em face de alguém pretensor ou dada não-prestação deve ser sanção pelo funcionário obrigado em face da comunidade pretensora”⁵².

Deve ficar esclarecido, de logo, que por sanção se deve entender “a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado”⁵³. Ela, pois, não se confunde com a sanção enquanto punição, pena. Seu conceito é mais amplo, pois se refere à consequência jurídica pelo não cumprimento de um dever. Assim, é sanção tanto a indenização devida em caso de dano causado a outrem (não-cumprimento do dever de respeitar a propriedade ou a saúde alheia), como a execução forçada (consequência jurídica) da prestação contratual inadimplida.

Daí temos que, por exemplo, dada a venda, deve ser prestação (pagamento do preço) pelo comprador em face do vendedor ou dada a não-prestação (não pagamento do preço) deve ser sanção (condenação/execução da prestação) pelo funcionário obrigado (juiz) em face da comunidade pretensora (credor).

Conforme este esquema, pois, a endonorma alcançará sua eficácia através da atuação da perinorma.

E o Judiciário atua justamente a partir desta perinorma, pois ele é a garantia contra a inobservância do

51 Antonio Luís Machado Neto, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 138.

52 Antonio Luís Machado Neto, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 138.

53 Antonio Luís Machado Neto, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 191.

direito objetivo e da violação do direito subjetivo. E para tanto o Estado está obrigado a agir quando demandado.

A par de teorias discrepantes, pois, é certo é que toda norma jurídica e a atuação do Judiciário se pautam neste esquema normativo. O juiz age, pois, a partir da incidência da perinorma, ou seja, a partir da não-prestação.

7. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONAIS

Também sem pretensão de se alongar nas diversas teorias que tratam da eficácia ou não das normas constitucionais, parece-nos certo, seguindo a linha da doutrina alemã, que todo e qualquer texto normativo, mais ainda o constitucional, produz eficácia jurídica.

No atual estágio do direito constitucional cada vez mais fica claro que, num Estado democrático de direito, especialmente naquele que assume seu caráter social, o texto constitucional não se apresenta como mera carta de intenção. Suas normas não são meramente programáticas. Ao contrário, elas, tal como qualquer norma inferior, estabelecem direitos e obrigações. Dela decorrem direitos subjetivos, obrigações, deveres, etc.

Assim é que, quando a Constituição, por exemplo, estabelece que compete à União legislar sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I), ela não está apenas facultando ou prevendo uma possibilidade de o Estado legislar sobre essa matéria. Antes disso, desse texto constitucional se retira o dever do Estado em legislar sobre direito do trabalho e o direito dos trabalhadores em exigir uma legislação trabalhista. Não à toa, Ernst-Wolfgang Böckenförde lembra que o primeiro direito trabalhista reivindicado pelo movimento socialista foi o direito social à tutela, considerado em si como verdadeiro direito humano.⁵⁴ E, de fato, pode-se dizer que o primeiro e principal direito do trabalho é o da tutela estatal, ou seja, o da existência de um corpo de normas especiais que garanta à dignidade da pessoa do trabalhador através do acesso a bens vitais.

Partam desse exemplo: quando a Constituição prevê a competência para a União legislar sobre direito civil e do trabalho (art. 22, inciso I) ela apenas está facultando (sem exigir) o exercício dessa atribuição pelo Estado ou está obrigando-o a legislar sobre essas matérias?

Parece-nos, que, por óbvio, a Constituição, em verdade, está estabelecendo uma obrigação ao legislador infraconstitucional, até porque, se não fosse para legislar especificamente sobre direito do trabalho bastava a regra de competência para legislar sobre direito civil. Quando a Constituição, no entanto, distinguiu o direito do trabalho do direito civil (separando aquele deste, que eram unidos, no Brasil, até 1937), quis estabelecer, em verdade, que os trabalhadores devem ser destinatários de uma legislação protetora. Daí porque a lição de que o direito à tutela estatal foi o primeiro direito trabalhista jusfundamental. O primeiro direito social elencado nas cartas constitucionais.

Podemos assim, enquadrar a referida regra constitucional no esquema normativo: dada a necessidade dos trabalhadores à tutela estatal, deve ser prestação (legislação) pelo obrigado (poder legislativo/executivo) em face dos trabalhadores. Tal ocorre, ainda, em relação a todos os ramos do direito cuja competência para legislar estão previstos na Constituição.

O direito objetivo existe (prevendo a legislação trabalhista). O direito subjetivo em tese está patente (dever/obrigação e direito/prestação à legislação do trabalho). A questão, então, a ser decidida é se a obrigação está sendo descumprida. Mas aqui é uma questão de análise do juiz no caso concreto.

Na atual Constituição também podemos citar o exemplo da legislação do consumidor. Ainda que não expressamente mencionado no art. 22 da CF/88 como ramo do direito a ser legislado pela União, o art. 170, inciso V, de nossa Carta Magna estabelece que a ordem econômica deve se pautar na “defesa do consumidor”.

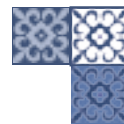
Tal princípio é mera norma programática? Não, em verdade, o constituinte estabeleceu uma regra impondo ao legislador infraconstitucional o dever de legislar em defesa do consumidor. Dever de um (Estado), direito subjetivo do outro (consumidor). Daí porque Fredie Didier destaca que, hoje, não se pode interpretar a cláusula da separação dos poderes tal como se fazia há 200 anos, dada a “valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas”; “o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, que impõe a aplicação direta das normas que os consagraram, independentemente de intermediação legislativa”; a “criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao Poder Judiciário a função de suprir, para o caso concreto, a omissão legislativa”⁵⁵.

Aliás, o caso do mandado de injunção bem revela a extensão dos poderes do Judiciário na proteção do direito subjetivo.

Vejam: a Constituição assegura a eficácia de suas normas. Ela prevê, por exemplo, o direito de greve dos servidores públicos civis (grande conquista do Estado democrático em contraposição ao Estado autoritário anterior), mas acrescentou que a parada deveria ser exercida “nos termos e nos limites definidos em lei específica” (inciso VII do art. 37 da CF).

54 Ernst-Wolfgang Böckenförde, I diritti social fondamentali nella struttura della costituzione, p. 189-190.

55 Curso de direito processual civil, vol. I, p. 83.



Desse texto Constitucional, pois, retiramos o direito à legislação para regulamentar o direito de greve dos servidores civis. O Estado brasileiro, no entanto, estava em débito. Não cumpria com sua obrigação, de modo a satisfazer o direito subjetivo dos servidores civis. Impetrou-se o mandado de injunção. E que se pede no mandado de injunção? Pede-se que o Judiciário assegure ao credor o bem da vida negado pelo devedor. Neste caso, o bem da vida era uma lei. Reconhecido o direito subjetivo do autor da demanda, qual, então, o bem da vida deve ser assegurado pelo Judiciário? Pela lógica, a prestação devida, ou seja, a publicação de uma lei.

Pois bem. E o que o STF decidiu nos mandados de injunção 670 e 708? Simplesmente, substituindo o Poder Legislativo e o Poder Executivo, aprovou e sancionou a lei requerida, ainda que o tenha feito de forma tímida, utilizando-se de técnica equivocada. No caso, caberia ao STF, substituindo os obrigados (Poderes Legislativo e Executivo) fazer tal como eles deveriam ter agido, qual seja, após aprovação de um projeto de lei, sancioná-lo e, em seguida, ter mandado publicar no Diário Oficial o texto normativo respectivo. Deveria fazer igual ao juiz que condena a pagar, apreende o bem, vende e entrega o dinheiro; ou ainda, igual ao juiz que reconhece o débito, apreende o dinheiro do devedor e com ele paga o credor. Ou seja, fazer o que o devedor deveria ter feito.

Apegado às teorias tradicionais o STF, no entanto, timidamente (como quem querendo dizer que não estava legislando), preferiu apenas fixar na decisão que se aplicava, no que coubesse, a lei de greve dos trabalhadores privados. Contudo, foi mais além. Além de legislar sobre o direito material, editou verdadeira lei sobre a competência para os dissídios de greve dos servidores civis.

O STF, porém, fez tudo isso de uma forma atécnica, incorporando ao texto da decisão a “lei” que aprovou. Deveria ter sido mais técnico, editando um texto normativo na forma de lei, tal como deveria ter sido decretada e sancionada pelos Poderes Legislativo e Executivo, com publicação no Diário Oficial.

Porém, ainda que agindo sem a técnica devida, da leitura dos respectivos acórdãos o que se extrai das decisões nos mandados de injunção ns. 670 e 708 é que o STF assim decidiu:

O Supremo Tribunal Federal, no uso de suas atribuições conferidas pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, aprova e sanciona a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica assegurado o direito de greve dos servidores civis, aplicando, no que couber, a Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989⁵⁶.

Art. 2º. Quanto à competência para o dissídio de greve, observar-se-á o seguinte⁵⁷:

I - “se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça”;

II - “se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais”;

III - se a greve for de servidor civil estadual, municipal ou distrital, “se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça”;

IV - “as greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais”.

Art. 3º - Considerada a competência definida no art. 2º, “a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste”.

Parágrafo único - “A deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho”.

Art. 4º - “Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como:

I) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paradedista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação;

II) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente

56 Aqui, o STF, ao invés de dispor detidamente sobre os termos e limites do direito de greve, preferiu aplica, analogicamente, a lei de greve dos trabalhadores privados.

57 A partir daqui repetimos trechos das ementas dos MI’s 670 e 708.

tomados por grevistas; e

III) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Em suma, ainda que o STF não tenha mandado publicar a lei que aprovou e sancionou, ela decidiu tal como descrito no esquema normativo acima. O STF substituiu os Poderes Legislativo e Executivo e aprovou e sancionou a lei de greve dos servidores civis, que continuará em vigor até que lei posterior venha a revogá-la. Se o Legislativo e Executivo aprovarem e sancionarem nova lei, esta irá revogar aquela expedida pelo STF. Tudo muito simples!

Pode-se afirmar que o STF não decidiu no esquema acima traçado (editando uma norma em forma de lei), mas, na prática, o que ele fez foi isso. Editou uma lei.

A pergunta, então, que se faz, é a seguinte: e o Judiciário está autorizado constitucionalmente a substituir os demais Poderes estatais em suas atribuições privadas ou exclusivas, fora do alcance do mandado de injunção?

Minha resposta é afirmativa. Pode substituir sim, se no exercício de sua atividade típica de julgar reconheça a violação ao direito subjetivo de outrem. E tal poder deriva do inciso XXXV do art. 5º da CF que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Michele Taruffo, interpretando a nossa Carta Magna, chega a afirmar que “a Constituição brasileira ao atribuir ao juiz o poder de assegurar a realização dos direitos fundamentais – ante a ausência de normas legais ordinárias que os prevejam – não quer mais do que atribuir à jurisdição uma função supletória em relação aos outros poderes do Estado, precisamente com o fim de assegurar que os direitos fundamentais cheguem a se realizar”⁵⁸.

Mas, assim como no direito à legislação (através do mandado de injunção), o Judiciário poderá sempre, em qualquer hipótese, substituir qualquer pessoa, pública ou privada, por mais exclusiva que seja a declaração de vontade exigida do obrigado, desde que reconheça o direito subjetivo.

Para tanto, ainda, o Judiciário poderá se valer da técnica mencionada no § 5º do art. 461 do CPC, isto é, “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

A princípio, cabe ao juiz, substituindo o obrigado, fazer o que ele deveria ter feito, concedendo a prestação especificamente pedida. Não sendo possível, naquelas hipóteses de obrigações personalíssimas, cabe, então, para obtenção do resultado prático equivalente, adotar medidas para alcançar o mesmo desiderato. Se você não quer assinar a escritura, eu mando o tabelião lavrar a escritura mesmo assim; se você não quer desembaraçar o bem importado, eu desembarço; se você não quer soltar o preso, eu abro a porta da prisão; se você não quer pagar, eu apreendo seu bem, vendo-o e com o dinheiro pago seu credor; se você não quer pagar, eu apreendo seu dinheiro e com ele seu credor; se você não quer nomear e dar posse ao servidor, eu nomeio e dou posse, etc, etc.

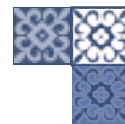
Poderiam perguntar: e essa atribuição, esse poder tão extenso, se sustenta diante da teoria da separação dos poderes? Creio que sim. Isso porque, em verdade, em nenhum momento, nem na doutrina dos seus criadores, se afirmou que o juiz não poderia substituir o Poder Executivo ou Legislativo obrigado a uma prestação.

Vejam, ao Judiciário, sempre e sempre, foi reservada a competência para fazer observar o direito objetivo, quando diante de um direito subjetivo. E tal decorre da separação dos poderes. Seu poder é realizar o direito subjetivo. Assim é hoje, assim era no passado.

Contudo, no passado, seja por força da cultura jurídica acanhada, seja especialmente por força da ideologia dominante, especialmente nos estados autoritários e liberais, não se retirava dos textos constitucionais direitos subjetivos, especialmente quando se tratava de direitos sociais ou direitos que tinham o Estado como devedor. Entendia-se que as muitas regras constitucionais eram meramente programáticas. Não estabeleciam direitos; eram mera carta de intenções.

Da mesma forma, em decorrência de ideologia corrente (que sufragam a supremacia do Estado), sempre se entendeu que outras cláusulas constitucionais, especialmente as que tratam da estrutura e organização do Estado, não geravam direitos aos administrados. Por exemplo, quando a Constituição afirma que compete à União “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho” (inciso XXIV do art. 21) se tinha (e os mais conservadores assim ainda pensam) que essa cláusula não gerava qualquer obrigação para o Estado. Moderna teoria, no entanto, vê, neste dispositivo, o direito à organização e procedimento. Em suma, do referido texto constitucional surge o direito dos trabalhadores em exigir que o Estado organize, mantenha e execute a fiscalização do cumprimento da legislação do trabalho (direito à organização e procedimento, na linha da doutrina de Robert Alexy). Direito subjetivo de um (dos trabalhadores), dever do outro (do Estado).

O mesmo se diga da cláusula que estabelece a competência para União “organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios” (art. 21, inciso



XIII). E se a União não organizasse o Poder Judiciário do Distrito Federal, ficaria por isso mesmo? Valeria a vontade do “ditador” (presidente) de plantão? Não poderia o STF substituir o obrigado e adotar providências para a organização e manutenção do Poder Judiciário do Distrito Federal? Estamos ou não diante de um direito subjetivo do administrado de acesso à justiça (direito primário de organização dos órgãos judiciais e direito à criação de procedimentos para defesa dos meus direitos).

A jurisdição, pois, volta-se à aplicação da regra da perinorma: “dada não-prestação deve ser sanção pelo funcionário obrigado (juiz) em face da comunidade pretensora”. Ou, em outras palavras, reconhecido o direito subjetivo, cabe a atuação do juiz. A questão, pois, está em reconhecer ou não o direito subjetivo.

A extensão e limite do Poder Judiciário, assim, medem-se pelo direito subjetivo. Se estiver diante do direito subjetivo, cabe-lhe satisfazer a obrigação/prestação respectiva, colocando-se no lugar do devedor, realizando a atividade que deveria ter sido realizada por este, tal como se fosse o próprio obrigado, seja quem ele for, particular ou Poder Público.

8. CONCLUSÕES

Do exposto, podemos concluir:

- a) a teoria da separação dos poderes, em sua origem, apenas se preocupava em evitar a tirania dos governantes;
- b) a teoria da separação dos poderes, em momento algum, rejeitou a possibilidade do Poder Judiciário substituir os demais Poderes estatais quando estes não cumprem com suas obrigações/deveres;
- c) a jurisdição é a função do Estado que tem por objetivo tornar concreta a vontade da norma jurídica;
- d) no exercício dessa atividade, o Poder Judiciário age em substituição às partes, devendo realizar a atividade devida pelo obrigado, ainda que através de medidas prática equivalentes para se alcançar o resultado equivalente ao adimplemento;
- e) o Judiciário tem o dever de atuar quando diante da alegação do direito subjetivo violado;
- f) das normas constitucionais se extraem direitos subjetivos, inclusive o direito à legislação e o direito à organização do Estado;
- g) o Judiciário pode atuar em substituição aos Poderes Executivo e Legislativo, mesmo nas tarefas de competência exclusiva, quando diante da violação do direito subjetivo de outrem.

9. REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 5 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANDRADE, Manuel A Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Sujeitos e objetos. vol. I. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARISTÓTELES. A política. Trad. Nestor Silveira, São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.
- ASCENÇÃO, José Oliveira. Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas. Vol. III, Coimbra: Editora Coimbra, 2002.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. I diritti social fondamentali nella struttura della costituzione. In: Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Milão: Giuffrè, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil. Vol. I. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. Tratado de direito civil português. Parte Geral. V. I. 3ª ed. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001.
- COUTURE Etcheverry, Juan Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1969.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Vol. II, Trad. J. Guimarães Menegale. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- DIDIER Jr. Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. I. 12ª ed. Salvador: Podivm, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ESPÍNOLA, Eduardo; Espínola Filho, Eduardo. Tratado de direito civil brasileiro. vol. IX. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.
- FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual, Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FONTES, ANDRÉ. A pretensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: DelRey, 2002.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson/Civitas, 2009.
- GOMES, Orlando. Curso de direito civil. Introdução. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- GUASP Delgado, Jaime. ARAGONESES, Pedro. Derecho procesal civil. Tomo I. 7 ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi/Thomson/Civitas, 2005.
- HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. O federalista. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes, s/d.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Vol. I, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil. Teoria geral do processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. Vol. I. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais. Salvador: Podivm, 2008.
- MONTESQUIEU, Barão de Brède et de (Charles-Louis de Secondat). O espírito das Leis. Trad. Pedro Vieira Mota. 8 ed. Saraiva: São Paulo, 2004.
- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. vol. I., São Paulo: Saraiva, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. 3 ed. Atual. Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. Tratado das ações: ação, classificação e eficácia. vol. I. Campinas: Bookseller, 1998.
- MACHADO NETO, Antonio Luís. Compêndio de introdução à ciência do direito. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Trad. Angela Romera Vera. Tomo I, Lima: Ara, 2007.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Trad. Edson Bini. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.
- TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia civil. Proceso y derecho. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- VARELA, João de Matos Antunes. LIMA, Fernando Andrade Pires de. Noções fundamentais de direito civil. vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1957.