



## A TUTELA INTERDITAL: UM INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

## THE INTERDICT PROTECTION: AN INSTRUMENT FOR EFFECTIVENESS THE FUNDAMENTAL RIGHTS?

<i>Recebido em:</i>	09/08/2014
<i>Aprovado em:</i>	28/09/2014

**Carlos Eduardo de Freitas Fazoli<sup>1</sup>**  
**Fernando Henrique Rugno da Silva<sup>2</sup>**

### RESUMO

A Constituição Federal prevê um rol extensivo de direitos fundamentais. Trata-se de direitos historicamente conquistados, os quais representam os direitos mais importantes para uma determinada sociedade. Com o objetivo de garantir tais direitos, a Carta também prevê instrumentos destinados a este mister, os quais estão consubstanciados nas

<sup>1</sup> Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – ITE/Bauru. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil – INPG/Araraquara. Professor de Direito do Centro Universitário de Araraquara – UNIARA. Procurador da Fazenda Nacional.

<sup>2</sup> Mestrando em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente – Centro Universitário de Araraquara – UNIARA. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil – INPG/Araraquara. Professor de Direito do Centro Universitário de Araraquara – UNIARA.



chamadas normas assecuratórias. Nesse contexto, temos do direito de acesso à justiça como um dos instrumentos à proteção dos direitos fundamentais. Como consequência, surge o direito à tutela específica. A lesão a diversos bens jurídicos, ainda que sem conteúdo exclusivamente patrimonial, ganharam proteção. O inc. XXXV do Art. 5º da Constituição assegura a utilização das medidas com vistas à prestação da tutela específica. Precisamos diferenciar os procedimentos em constitucionais e não-constitucionais, a depender do direito envolvido. Os direitos fundamentais são públicos e indisponíveis e havendo eventuais violações, impõe sua imediata proteção através de tutelas específicas, inclusive da interdital. Em suma, atualmente ela é um instrumento posto à disposição da sociedade, que pode ser utilizada na proteção dos direitos fundamentais e como mecanismo para a inclusão social.

**Palavras-chave:** Constituição; tutela interdital; direitos fundamentais; inclusão social; acesso à justiça.

#### ABSTRACT

The Federal Constitution provides an extensive list of fundamental rights. It is historically achieved rights, which represent the most important rights for a given society. In order to guarantee such rights, the Charter also provides instruments to this law, which are embodied in the so-called, ensure standards. In this context, we have the right of access to justice as an instrument for the protection of fundamental rights. As a consequence, there is the right to specific protection. The injury to several legal goods, even without financial content exclusively, gained protection. The inc. XXXV of Article 5 of the Constitution guarantees the use of measures intended to the provision of specific protection. We need to differentiate the procedures in constitutional and non-constitutional, depending on the right involved. Fundamental rights are public and unavailable, and having any violations,



imposes its immediate protection through specific protection, including the interdict. In short, this is currently an instrument at the disposal of society that can be used for the protection of fundamental rights and as a mechanism for social inclusion.

**Key-words:** Constitution; interdict protection; fundamental rights, social inclusion; access to justice.

## INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 tem entre os seus objetivos mudar concretamente a realidade social. Ela trouxe inúmeros direitos fundamentais juntamente com mecanismos que asseguram o seu cumprimento. Resta ao Estado e à sociedade promover a inclusão social através da concretização dos direitos fundamentais.

Nossa Constituição trouxe a proteção de novos direitos, notadamente de índole difusa e coletiva. Porém, sua eficácia muitas vezes sido prejudicada por uma interpretação restritiva e fundada no positivismo exacerbado. Assim, entendemos que a Constituição nos impõe uma releitura do direito de acesso à justiça e dos próprios direitos fundamentais.

Precisamos diferenciar os procedimentos em constitucionais e infraconstitucionais, a depender do direito envolvido. Neste contexto, surge a ação interdital, fundada no direito fundamental de acesso à justiça, como instrumento apto à efetivação dos direitos fundamentais e como mecanismo de inclusão social à medida que permite que permite uma tutela diferenciada e específica na fiscalização e no controle da coisa pública.



## 1 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Entre os direitos fundamentais previstos no Art. 5º da Constituição de 1988, merece destaque especial o chamado direito de ação, expressamente previsto no inc. XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Cuida-se de dispositivo de suma importância no nosso ordenamento jurídico. Através dele temos a garantia que nenhuma demanda, ainda que constituída por uma mera ameaça a direito, deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Mas, desde já fazemos uma ressalva. O conteúdo dessa norma é muito mais amplo do que pode parecer à primeira vista. Não basta o mero acesso formal à justiça. “Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2002, p. 35), mesmo que não haja lei regulamentando a matéria.

A respeito desse assunto, com o brilhantismo de sempre, já se manifestou Alexandre de Moraes, *in verbis*:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição (RTJ nº 99/790), uma vez que toda a violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue (MORAES, 2004, p. 292).

Por sua vez, Nelson Nery Júnior acrescenta com a precisão que lhe é peculiar, que, mesmo havendo lei que proíba a tutela necessária a garantir a adequada prestação



jurisdicional, o juiz deverá concedê-la, sem o quê, o princípio não teria razão de ser, *in verbis*:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o quê estaria vazio de sentido o princípio. 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 (NERY JÚNIOR, 2004, p. 132).

Mais ainda. É preciso que o Judiciário receba o pedido, analise a pretensão, julgue o feito e que a respectiva tutela seja efetiva. Vale dizer, é preciso que o direito cumpra o seu objetivo de pacificação social entregando o bem da vida ao qual a parte tem direito. Cândido Rangel Dinamarco, com o brilho de sempre, abona esta tese:

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, p. 199).

Em conclusão, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constituindo-se em uma verdadeira garantia constitucional, possui uma abrangência ampla que vai desde o recebimento da ação até a entrega do bem da vida.



Esse direito surgiu com a proibição pelo Estado da autotutela.<sup>3</sup> No momento que o Estado não permitiu que os particulares façam justiça com as próprias mãos, assumiu a exclusividade na prestação jurisdicional. Assumiu, portanto, uma responsabilidade. Somente ele, Estado, pode solucionar as lides e prestar a jurisdição. Ao mesmo tempo em que proibiu a tutela privada, assumiu uma obrigação inafastável.

O direito de ação tem como destinatário o próprio Estado, ao qual é vedado a negativa na prestação jurisdicional. O direito de ação é exercido, portanto, contra o Estado. É dele a obrigação inarredável de elaborar normas e de prestar, quando necessária, a respectiva tutela jurisdicional.

Como já foi dito, o direito de proteção tem com destinatário o Estado, que fica obrigado a editar normas para proteger o direito do particular em relação a outros particulares. Quando uma dessas normas de proteção não é cumprida, surge ao particular – por ela protegido (por exemplo, o direito do consumidor) – o direito de se voltar contra o particular que não a observou. Aliás, o direito de ação do particular – nessas hipóteses – poderá ser exercido mesmo no caso de ameaça de violação (ação inibitória) (MARINONI, 2004, p. 173).

Nessa linha, ele toma contornos importantíssimos na seara dos direitos fundamentais, mormente quando o próprio Estado os sonegam. Caso um dos Poderes do

---

<sup>3</sup> “A sua importância, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Com contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido com direito à solução de mérito” (MARINONI, 2004, p. 179).



Estado falhe na prestação dos direitos fundamentais, surge a possibilidade da busca de socorro junto ao Poder Judiciário.

Essa sonegação dos direitos fundamentais pode ocorrer de várias formas: não edição de leis, não consecução material das políticas públicas, não inserção social dos indivíduos, etc.

Destarte, “[...] o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 12). Notemos que há o direito fundamental de nos socorrermos junto ao Poder Judiciário quando violado outro direito fundamental.

Como direito fundamental que é, tem aplicação imediata nos termos do Art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Torna-se desnecessária a edição de qualquer ato normativo posterior para que o direito de ação venha a ser exercido. Ele pode ser aplicado *de per si*.

O Estado<sup>4</sup> está vinculado ao direito de ação. Essa vinculação vem dirigida em primeiro lugar ao Poder Legislativo que deve propiciar meios para a concretização efetiva dos direitos, sem restringir o alcance e o acesso a qualquer direito fundamental.<sup>5</sup> Na omissão do Poder Legislativo, o direito de ação vincula o Poder Judiciário que deve, através de uma adequada hermenêutica constitucional, buscar meios para a concretização do direito posto em juízo.

A respeito, perfilhamos a doutrina exposta por Luiz Guilherme Marinoni:

---

<sup>4</sup> “Como já foi dito, o dever de proteção se dirige contra o Poder Público, e não apenas, como se poderia pensar, contra o legislador. Se o Estado tem o dever de proteger os direitos, seria incoerente supor que esse dever depende apenas de ações normativas” (MARINONI, 2004, p. 223).

<sup>5</sup> “Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação” (BASTOS, 1997, p. 214).



Lembre-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o Art. 5º, § 1º da Constituição Federal, tem aplicabilidade imediata, e assim, vincula imediatamente o Poder Público, isto é, o legislador – obrigado a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, esse direito fundamental incide de forma objetiva, ou como valor, sobre o juiz. Melhor dizendo, o juiz, diante desse direito fundamental, deve perguntar sobre as necessidades do direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgado pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva proteção, outorgando-lhe a máxima efetividade. Essa interpretação judicial, orientada ao cumprimento do dever de prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva, somente encontra limites no direito de defesa (MARINONI, 2004, p. 30).

E prossegue seu expressivo ensinamento:

*O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador; o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita. Como*





conseqüência disso, há que entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas sim direito a um determinado *comportamento* judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos. Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades ad vida das pessoas (MARINONI, 2004, p. 224-225).

Logo, levando-se em conta os valores constitucionais e a dignidade da pessoa humana, precisamos (re)visitar o conteúdo do direito de ação, sobretudo quando estivermos diante de processos coletivos que envolvam direitos fundamentais. Mais do que nunca, o processo precisa ser um efetivo instrumento apto a realizar o seu objetivo.

A idéia de acesso à Justiça deve ser entendida em dois sentidos: primeiro como um novo *método de pensamento* que, acima de tudo, se preocupa com as pessoas e com a própria sociedade, valendo-se da norma como fundamentação para a realização dos legítimos valores sociais; e segundo como um *moderno plano de reformas*, que objetiva estruturar a atividade jurisdicional, especialmente a coletiva, para o cumprimento do seu papel fundamental de pacificação social com



justiça, além de criar canais alternativos de solução da conflituosidade social e desenvolver estudos e projetos para o aperfeiçoamento do instrumento processual técnico existente (ALMEIDA, 2003, p. 617).

Pensamos que o processo, seus procedimentos e técnicas devem ser aptos, portanto, à luz do direito de ação, a concretizar os direitos fundamentais. De nada adiante termos um instrumento à disposição do cidadão que não consegue entregar a tutela que o jurisdicionado ou a sociedade necessitam.

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil [...]. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais [...]. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAVEDON, MENDES, 2005, p. 163).

Como estamos propugnando até agora, é imprescindível a inserção do intérprete na realidade dos fatos. Da mesma forma, qualquer instrumento que vise à concretização da Constituição também deve ser analisado à luz da realidade. O próprio direito de ação deve ser visto como forma de concretizar direitos e para isso deve levar em conta a realidade social. “Se o processo pode ser visto como instrumento, é absurdo pensar em neutralidade



do processo em relação ao direito material e à realidade social. O processo não pode ser indiferente a tudo isso” (MARINONI, 2004, p. 191).

Como visto, há fundamentalmente dois entraves para uma efetiva tutela de direitos. Um primeiro localizado na estrutura do processo civil clássico, que não contém instrumentos e técnicas capazes de propiciar a esperada efetividade do processo. Um outro presente na idéia de que o direito processual civil somente adquiriria importância científica se ficasse à distância do direito material, o que levou os estudiosos do direito processual a não classificar as diversas formas de tutela dos direitos, esquecendo algo que é absolutamente fundamental para se verificar se o processo, como instrumento que é, está cumprindo os seus desígnios no plano do direito substancial (MARINONI, 2000, p. 60).

No entanto, o processo, como instrumento, ainda precisa avançar,<sup>6</sup> principalmente o coletivo. Precisamos buscar meios para que o processo seja efetivo, principalmente quando estamos diante dos direitos fundamentais. Precisamos de procedimentos e técnicas diferenciadas para cada espécie de direito (material) envolvido. Não podemos tratar questões meramente patrimoniais da mesma forma que outras que envolvam, por exemplo, direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana e meio ambiente.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA

---

<sup>6</sup> Não obstante tivemos muitas reformas recentes.



A Constituição garante mais do que o acesso à justiça. Ela garante os direitos materiais e os meios para a sua consecução. Esses meios, portanto, devem ser eficazes. Assim, como corolário do direito de ação, temos o direito fundamental à tutela adequada. Mais do que o direito a uma tutela judicial, temos direito a uma tutela adequada, diga-se, eficaz e, *a fortiori*, quando estamos diante dos direitos fundamentais. “Ou seja, a perspectiva do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional permite que o campo da proteção processual seja alargado, de modo a atender a todas as situações carecedoras de tutela jurisdicional” (MARINONI, 2004, p. 30).

O direito deve nos oferecer, e a Constituição garante isso, tanto normas de direito material, como normas de direito processual, ambas aptas à proteção integral dos direitos individuais e coletivos. Luiz Guilherme Marinoni fala, inclusive, em *direito à preordenação das técnicas adequadas*, conforme transcrevemos a seguir:

Acontece que essa participação deve ser feita perante um *procedimento idôneo à proteção dos direitos*, até mesmo porque o direito à proteção não exige somente normas de conteúdo material, mas igualmente *normas processuais*. Isso quer dizer que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à preordenação das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção (MARINONI, 2004, p. 186).

E continua este festejado processualista:

Entretanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige *apenas a efetividade da*



*proteção dos direitos fundamentais*, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva *para todos os direitos*. Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer *apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas sim técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos* (MARINONI, 2004, p. 187).

Apenas para deixar claro, estamos falando de dois direitos fundamentais diversos. Em primeiro lugar, podemos ter um direito fundamental (material) violado (por exemplo: vida, liberdade, saúde ou meio ambiente) e nesse momento surge um segundo direito fundamental, qual seja, o direito de ação que deve propiciar os procedimentos e as técnicas necessárias e idôneas à proteção daquele.

Como o direito de ação visa à satisfação integral do demandante, surge, então, para o legislador, a obrigação de criar procedimentos e técnicas aptas a realizar o Direito.<sup>7</sup>

Contudo, se o legislador se omite, ainda que parcialmente, ou melhor, não se desincumbe do seu mister constitucional a contento, o inc. XXXV do Art. 5º da Constituição obriga que o Judiciário supra essa deficiência.

O jurisdicionado não é obrigado a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva, pois o seu direito não se resume à possibilidade de acesso ao procedimento legalmente instituído. Com efeito, o direito à tutela jurisdicional não pode restar limitado ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido, ou

---

<sup>7</sup> “Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem” (MARINONI, 2004, p. 147).



*ao conceito tradicional de direito de acesso à justiça (MARINONI, 2004, p. 188).*

Como já dissemos, precisamos de procedimentos diferenciados considerando o direito material envolvido. Surge, assim, o direito à tutela específica. Não há mais o que se falar, de acordo com a Constituição de 1988, em tutelas meramente ressarcitórias. Em rigor, considerando a força normativa da Constituição, surge para o legislador a obrigação de instituir procedimentos e técnicas aptas a efetivar o direito. Tais procedimentos e técnicas deverão levar em conta cada *espécie* de direito envolvido ou, em outras palavras, o direito material.

Deve existir, para tanto, uma aproximação entre o processo e o direito material nele agitado, para que o resultado final obtido com a atividade jurisdicional seja o mais adequado possível à efetivação do direito que vier a ser constatado (SPADONI, 2007, p. 26).

Nessa linha, deve haver uma perfeita simbiose entre o direito material e o direito processual. Embora os estudos de um e de outro devam, sempre, avançar autonomamente, ambos estão correlacionados. Um não pode se descurar do outro. O direito material precisa do direito processual para se tornar efetivo quando violado. O direito processual é instrumento para a efetividade do direito material. “Assim, como o processo não é somente mero meio para a realização do direito, o direito não é apenas o resultado do processo. Não há como deixar de perceber, hoje, que entre o processo e o direito material há uma *relação de integração*” (MARINONI, 2004, p. 27). Há, entre eles, uma relação de interdependência.

Precisamos, pois, de tutelas específicas e cada qual deve ser manejada de tal sorte a propiciar o resultado efetivo. Não basta a técnica. Para cada caso, cada espécie de direito material, cada caso concreto, precisamos utilizá-las (as técnicas) adequadamente.



Mas, quando se pensa em termos de tutela dos direitos, é preciso verificar se o processo está conferindo a devida e adequada tutela aos direitos, e para tanto não basta saber se foi proferida uma sentença condenatória ou mandamental, uma vez que estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material (MARINONI, 2004, p. 146).

Destacando esse aspecto, podemos afirmar com tranquilidade que o resultado prático é o que importa.<sup>8</sup>

Mas, e nos casos onde o procedimento existente não é apto para efetivar o direito material? Aí surge a necessidade de os juristas e, de o Poder Judiciário em última instância, conformar o direito de tal sorte a suprir a deficiência legislativa, através de uma interpretação adequada.

Nesse sentido, o juiz não pode se conformar com uma interpretação que aponte para a incapacidade de o processo atender ao direito material, pois isso seria o mesmo que negar valor ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que espelha o dever de o Estado prestar a devida tutela jurisdicional (MARINONI, 2004, p. 28).

Também pode ocorrer de o legislador não prever o procedimento ou a técnica. Neste caso também caberá ao juiz suprir a omissão, como bem aponta a melhor doutrina:

---

<sup>8</sup> “Nessa linha de raciocínio, torna-se fácil perceber que, se o processo ficar limitado à legislação processual ou, melhor dizendo, tiver a sua feição escravizada à lei, muitas vezes ele poderá ficar distante das necessidades dos direitos e da vida” (MARINONI, 2004, p. 28).



Há casos, inclusive, onde o próprio legislador previu a citada cláusula geral processual, como, por exemplo, os Arts. 461 do Código do Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, “[...] a dispensa da ação de execução tem nítida intenção de conferir ao juiz que proferiu a sentença a possibilidade de determinar a medida executiva *adequada ao caso concreto, mesmo que não expressamente tipificada na lei*” (MARINONI, 2004, p. 123). Contudo, nos parece que o próprio Art. 5º, inc. XXXV, concede uma espécie de cláusula aberta no sentido de propiciar a medida adequada.

Havendo determinação infralegal, o juiz deve segui-la, não mecanicamente através da mera subsunção, mas a partir de uma adequada interpretação constitucional. Não havendo, mesmo assim, com fundamento nos mandamentos constitucionais, deve-se, com base na Carta, conferir a tutela adequada.

Apenas esclarecendo, justiça adequada é aquela que dá ao jurisdicionado o bem da vida pretendido, ou seja:

Por tutela jurídica *eficaz* deve-se entender a tutela jurisdicional apta para assegurar àquele que se afirma lesionado ou ameaçado em seu direito a conservação *in natura* desse mesmo direito, isto é, a possibilidade de sua fruição integral e plena, afastado ou evitado o ato ou fato que motiva seu ingresso no Poder Judiciário (BUENO, 2007, p. 08).

Prosseguindo, precisamos, portanto, de procedimentos e de técnicas processuais aptas à concretização dos direitos. Pela clareza do texto, trazemos a seguinte advertência doutrinária:





Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Se o dever do legislador de editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa (MARINONI, 2004, p. 188-189).

De fato, o meio executivo deverá ser adequado e idôneo, ou seja, será adequado quando tiver a possibilidade fática de alcançar o objetivo postulado, bem como será idôneo



quando efetivamente atingir a finalidade buscada. Importante, ressaltar que, abrindo várias possibilidades, o meio utilizado deverá ser aquele menos oneroso possível.<sup>9</sup>

Tais considerações são imprescindíveis no trato dos direitos fundamentais, uma vez que, por regra, necessitam de proteção específica, não sendo suficiente a mera reparação patrimonial.

Para que seja assegurada a adequada tutela jurisdicional de um determinado direito, não é suficiente que seja previamente posto um procedimento qualquer, que lhe assegure uma tutela meramente formal ou abstrata, mas sim um procedimento estruturado de modo a poder lhe oferecer uma tutela efetiva (SPADONI, 2007, p. 25).

Lembramos, ainda, que há atos contrários ao direito que, independentemente de causarem lesão patrimonial, merecem reprimenda e por estarem sob o manto constitucional, precisam de proteção adequada.

Em casos como este, o juiz deve lançar mão dos meios previstos nos Arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Tais medidas são fundamentais em situações onde ainda não houve um dano material, como, por exemplo, ao tratarmos da moralidade administrativa e do meio ambiente, sendo certa a existência da tutela adequada.

Em suma, à luz do direito material deve-se utilizar a técnica processual adequada. Não há mais como pensarmos direito material e processo de forma absolutamente

---

<sup>9</sup> “Por outro lado, o meio executivo eleito no caso concreto deve ser adequado (legítimo) para que o autor objetiva alcançar. Esse fim é a tutela almejada. Nessa direção, o meio executivo somente é adequado quando capaz de legitimamente atingir a tutela pleiteada. Além da adequação, deve-se verificar se esse meio executivo é idôneo – no que diz respeito à sua eficácia – para proporcionar, em termos concretos, a tutela buscada. Tal meio, contudo, além de ser adequado e idôneo à tutela, deve ser aquele que traz a ‘menor restrição possível’ à esfera jurídica do réu” (MARINONI, 2004, p. 237).



estanques. Por isso, é indispensável que busquemos em nosso sistema jurídico a tutela adequada.

### 3 A TUTELA INTERDITAL

Dentro do tema direito à tutela adequada, é imprescindível que façamos algumas considerações sobre a tutela interdital, uma vez que vislumbramos ser ela capaz de dar efetividade aos direitos mais importantes. De origem romana, apresenta peculiaridades que merecem o nosso estudo.

A todo dever jurídico se opõe um direito e a toda obrigação há uma pretensão correspondente. Possuem, portanto, naturezas jurídicas diversas, eis que “[...] obrigação é modalidade estrita de dever jurídico. Ao dever jurídico corresponde um direito e à obrigação corresponde uma pretensão que também está calcada em um direito e, por conseguinte, em um dever que lhe é correlato” (DAL COL, 2003, p. 108).

Pontes de Miranda, nos esclarece a questão:

Dever corresponde a direito; obrigação, à pretensão. Todos têm o dever de atendimento dos direitos de personalidade e de propriedade. Daí falar-se em responsabilidade civil quando se trata de dano. Há dever, que foi violado; alguns juristas mal se dão conta de que o ato é ilícito porque houve violação de algum dever, que não se *origina* da regra jurídica, logicamente posterior, sobre responsabilidade pelo ato ilícito. Porque à pretensão é que corresponde a obrigação, há direitos sem pretensão e pois, do outro lado, sem obrigação. Não, porém, obrigações sem dever [...] (MIRANDA, 1999, p. 67).



Dessa forma, no caso concreto, havendo uma prova pré-constituída e tratando-se de um direito fundamental (que tem natureza diversa de mera pretensão), a tutela adequada, na forma interdital, deve ser concedida de imediato, uma vez que “[...] se os fatos constitutivos estão evidenciados, não há razão para o autor ter que arcar com o tempo que o réu utilizará para tentar demonstrar os fatos alegados na defesa” (MARINONI, 2004, p. 206). Preenchidos os requisitos, a concessão é de rigor.

O direito romano nos deixou um procedimento específico para os casos onde o direito (e não a pretensão) era violado. Direito esse que abrangia os bens jurídicos mais importantes para o povo romano. Trata-se da tutela interdital. Um procedimento célere utilizado para a proteção dos bens jurídicos *fundamentais* para a sociedade romana.

Naquela sociedade, o direito era tutelado através dos interditos e as pretensões eram tuteladas pelas ações. Com o passar do tempo, tal bipartição acabou.

Segundo Salvatore Riccobono (1962, p. 792-793), “[...] *interdictum* è *Il comando che il magistrato romano, su richiesta di una persona privata, emana all'indirizzo di un'altra persona, cui impone un certo comportamento, fare o non fare*”. Já Giuseppe Gandolfi (1960, p. 01) nos ensina que “[...] *l'interdetto era nell'epoca clássica del diritto romano un ordine (decretum pronunciato da pretore o dal proconsole – magistrati investiti della funzione giurisdizionale – in forza dell'imperium che ad essi competeva*”. Em artigo escrito em co-autoria com Flávio Luís de Oliveira (FAZOLI, OLIVEIRA, 2007, p. 149), tivemos a oportunidade de sustentar que “[...] os interditos eram, portanto, ordens emanadas do pretor, mediante provocação, consubstanciadas em um fazer ou não fazer”.

*Mutatis mutandis*, é o que buscamos hoje. Um procedimento semelhante, célere, com natureza constitucional e apto a proteger os direitos fundamentais. Uma tutela específica para a salvaguarda de bens jurídicos específicos.



Nas hipóteses onde um direito fundamental está em jogo, havendo prova pré-constituída, a concessão da tutela impõe-se de pronto. Procedimento que proporcione tal medida teria fundamento constitucional (direito constitucional à tutela específica), levaria em conta o direito protegido, o momento da prova e a sua existência pré-constituída.

Os direitos fundamentais são públicos, indisponíveis e preexistem à qualquer manifestação estatal. Desnecessária uma sentença para que uma pessoa tenha o direito à vida ou ao meio ambiente, por exemplo. Em decorrência, os atos tendentes à sua concretização devem ser céleres e eficazes, sob pena de inefetividade dos direitos previstos em nossa Constituição.

Nessa linha, podemos classificar, conforme nossa necessidade, os procedimentos em constitucionais e infraconstitucionais. Aqueles, com índole interdital, devem ser aptos a proporcionar a adequada tutela jurídica aos direitos fundamentais. Estes, para a proteção de questões infraconstitucionais, mormente as meramente as patrimoniais.

Em suma, temos direitos constitucionais a serem protegidos (por exemplo, meio ambiente, moralidade administrativa, etc.) e também o direito constitucional à tutela jurisdicional adequada (direito de ação). Cremos que a Constituição nos garante uma tutela com natureza semelhante à interdital. O ideal seria que tivéssemos um procedimento devidamente estruturado, de índole constitucional, à disposição dos cidadãos, que possibilitasse o manejo de técnicas adequadas e idôneas para a proteção de todos os direitos fundamentais. Contudo, (ainda) não temos. Assim, entre as ações constitucionais colocadas à nossa disposição, temos a ação popular, a qual deve ser interpretada e manejada de tal sorte a proporcionar a máxima efetividade dos direitos fundamentais. É o que passaremos a estudar a partir de agora.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS



A Constituição de 1988 trouxe um extenso rol de direitos fundamentais. Ao lado deles previu diversos instrumentos aptos à sua proteção. Entre eles está o direito de acesso à justiça, o qual deve ser visto como forma de fiscalizar e garantir a prestação dos direitos sociais, o que a torna um verdadeiro instrumento garantidor da inclusão social.

Contudo, a forma como ele vem sendo interpretado e aplicado não atende mais às necessidades da nossa sociedade. Para que ele atinja todos os seus objetivos, em consonância com o ideário da Constituição, ele precisa ser revisto.

Com efeito, a garantia do acesso à justiça deve ser entendida de forma ampla, não bastando o mero acesso formal, físico à justiça. Nele se inclui o direito à tutela específica, ou seja, aquela apta a tutelar o bem jurídico postulado, sendo certo que a tutela interdita é a que oferece proteção aos direitos fundamentais, com a necessidade de procedimentos e técnicas idôneas à proteção daqueles direitos.

É necessária a inserção do intérprete na realidade dos fatos na busca de meios para que o processo seja efetivo, de procedimento e técnicas diferenciadas para cada espécie de direito envolvido. Diferenciando os procedimentos em constitucionais e infraconstitucionais, estando um direito fundamental em jogo e havendo prova pré-constituída, a concessão da tutela impõe-se. Os direitos fundamentais são públicos e indisponíveis. Os atos que buscam a sua efetivação devem ser céleres e eficazes.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.



BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis nºs 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAVEDON, Fernanda de Salles; MENDES, Daniel Henrique Bini. Ação popular ambiental e acesso à justiça: considerações acerca da legitimidade ativa. *In: Revista de Direitos Difusos*, vol. 30, p. 157-176. Curitiba: Genesis, mar./abr. 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DAL COL, Helder Martinez. Dever jurídico e direitos da personalidade. *In: Revista de Direito Processual Civil*, vol. 08, nº 27, p. 99-124. Curitiba: Genesis, jan./mar. 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 1 vol.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; OLIVEIRA, Flávio Luís. A garantia constitucional à tutela interdita: a especificidade da tutela específica. *In: Novos Estudos Jurídicos*, vol. 12, nº 01, p. 145-156. Itajaí: Univali, jun. 2007.

GANDOLFI, Giuseppe. *Lezioni sugli interdetti: corso di diritto romano*. Milano: La Goliardica, 1960.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (Arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998. tomo I.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- RICCOBONO, Salvatore. *Interdicta*. In: **Novíssimo Digesto Italiano**, vol. 8, p. 792-798. Torino: Utet, 1962.
- SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no Art. 461 do CPC. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.