

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

**AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO**

**Adequação da urgência da tutela ao devido processo**

**Juliano Vitor Lima**

**Belo Horizonte**

**2008**

**Juliano Vitor Lima**

**AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO**

**Adequação da urgência da tutela ao devido processo**

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

Orientador: Professor Doutor Fernando Horta  
Tavares

Belo Horizonte

2008

Juliano Vitor Lima

**As tutelas de urgência no Estado Democrático de Direito:**

**Adequação da urgência da tutela ao devido processo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,  
Belo Horizonte, 2008.

---

Prof. (a) Dr. (a)

---

Prof. (a) Dr. (a)

---

Prof. (a) Dr. (a)

## DEDICATÓRIA

*A meus pais, por me ensinarem a  
perseguir sonhos...*

## **AGRADECIMENTOS**

**A Deus, fundamento de toda a existência, pela segurança e inspiração nos momentos de incerteza.**

**A meus pais, que com garra, coragem e determinação me oportunizaram a constante busca pelo conhecimento. Obrigado por acreditarem em mim e compartilharem comigo de mais este objetivo.**

**Ao meu orientador, Professor Doutor Fernando Horta Tavares, pesquisador e cientista do Direito, que me ensinou a repensar o Processo em bases democráticas. Admiração, Respeito e eterna Gratidão por me abrir as portas do magistério.**

**À amiga Maria Fernanda, pelo carinho e apoio acadêmico.**

## RESUMO

Com a adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, que se deu com a Constituição Federal de 1988, surgiu a necessidade de se rever os vários institutos jurídicos trabalhados até então pelos diversos operadores do Direito. Alguns direitos individuais e coletivos dos paradigmas anteriores foram elevados ao *status* de direitos fundamentais o que causou relevantes modificações concernentes à aplicação do direito e na legitimidade normativa.

No direito processual civil, foram criados institutos aptos a possibilitarem a fruição desses direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata, por imposição constitucional. Assim sendo, as tutelas de urgência, materializadas na tutela cautelar e, em seguida, na tutela antecipada foram instituídas com a destinação específica de resguardar a observância e a implementação dos direitos garantidos constitucionalmente.

A principiologia reunida do devido processo constitucional, que orienta a observância do devido processo legal, no âmbito legislativo, executivo e jurisdicional, apresenta-se como o caminho hábil à concessão de tutelas de urgência, em consonância com o atual paradigma adotado, na medida em que permite a releitura democrática de seus requisitos e a fiscalidade incessante dos órgãos estatais. Nesse sentido, os atributos de certeza e liquidez dos direitos fundamentais validam-se por meio do devido processo legislativo, que os converte em conteúdos de lei auto-aplicáveis e, portanto, materializadores das tutelas de urgência. Assim sendo, o texto constitucional se apresenta como um título executivo, estruturado por meio da processualidade democrática, de forma que as tutelas de urgência contribuem para a devida implementação de direitos fundamentais, se justificando dentro do modelo constitucional processual e contribuindo para a construção do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo; Estado Democrático de Direito; Tutelas de Urgência.

## **ABSTRACT**

The adoption of the paradigm of Democratic State of Law, which happened with the Federal Constitution of 1988, brought about the need to review the various juridical institutes used by the lawyers that time. Some individual and collective rights from the previous paradigms have been elevated to the status of fundamental rights, which caused relevant changes concerning the application of law and the legitimacy of rules.

In the civil process of law, institutes were created to enable the enjoyment of those fundamental rights, of immediate applicability, through constitutional imposition. Thus, the guardianship of urgency, subdivided into guardianship of caution and, later, into guardianship of anticipation, were instituted in order to safeguard the observance and implementation of the constitutionally guaranteed rights.

The principles gathered from the constitutional due process, which directs the observance of the due process of law in the legislative, executive and jurisdictional spheres, present themselves as the suitable way to concede guardianship of urgency, in accordance with the present paradigm, since they allow the democratic review of their requisites and the inspection of state-owned organs. In this sense, the qualities of certainty and liquidity of the fundamental rights become valid through legislative due process that turns them into laws and, therefore, form the guardianship of urgency. So, the constitutional text presents itself as an executive title, formed by the democratic processuality so that the guardianships of urgency contribute to the correct implementation of fundamental rights, justifying themselves in the constitutional process model and contributing to the construction of the Democratic State of law

Key words: Process; Democratic State of Law; Guardianships of urgency

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 PREMISSAS TEÓRICO-CONCEITUAIS ACERCA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....</b>	<b>13</b>
2.1 Tempo e Processo.....	13
2.1.1 <i>O tempo não é inimigo do processo.....</i>	<i>15</i>
2.2 Efetividade do Processo.....	20
2.2.1 <i>Colocação do problema.....</i>	<i>20</i>
2.2.2 <i>O desfazimento do mito em torno da “efetividade do processo”.....</i>	<i>23</i>
2.2.3 <i>Efetividade do processo e direitos fundamentais.....</i>	<i>29</i>
2.2.4 <i>Efetividade do direito, Eficiência do Judiciário e Celeridade Procedimental.....</i>	<i>33</i>
2.3 Teoria Neo-Institucionalista do Processo.....	38
2.4 Do Conceito de “Tutela” na Teoria do Processo.....	42
2.4.1 <i>Acepção tradicional do conceito de “Tutela”.....</i>	<i>42</i>
2.4.2 <i>Do conceito de “tutela” no atual Estado Democrático de Direito.....</i>	<i>45</i>
<b>3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....</b>	<b>48</b>
3.1 Evolução histórica e jurídica do instituto.....	49
3.1.1 <i>A Magna Carta de 1215.....</i>	<i>52</i>
3.2 Peculiaridades na concretização do princípio do devido processo legal.....	57
3.3 O devido processo legal sob um duplo enfoque.....	58
3.3.1 <i>“Substantivo”.....</i>	<i>58</i>
3.3.2 <i>“Procedimental”.....</i>	<i>60</i>
3.4 Uma visão instrumentalista do devido processo legal.....	62
3.5 O princípio do devido processo legal no Estado Democrático de Direito .....	64
3.6 O devido processo legal e a Emenda Constitucional n ° 45/04.....	69
3.7 As tutelas de urgência e o princípio do devido processo legal.....	73
<b>4 DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....</b>	<b>78</b>

<b>4.1 Da tutela cautelar.....</b>	<b>78</b>
4.1.1 <i>Considerações Iniciais.....</i>	78
4.1.2 <i>Teoria do Processo Cautelar.....</i>	80
4.1.3 <i>O “direito substancial de cautela” e a “Situação cautelanda”.....</i>	87
4.1.4 <i>O Poder Geral de Cautela e a medida cautelar “ex officio” frente à processualidade constitucional.....</i>	88
4.1.5 <i>Do “fumus boni juris”.....</i>	91
4.1.6 <i>Do “periculum in mora”.....</i>	93
<b>4.2 Da tutela antecipada.....</b>	<b>94</b>
4.2.1 <i>Dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada.....</i>	94
4.2.1.1 <u>Da prova inequívoca e verossimilhança da alegação.....</u>	95
4.2.1.2 <u>Do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....</u>	99
4.2.1.3 <u>Do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório do réu.....</u>	102
4.2.2 <i>As tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade.....</i>	106
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>111</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>114</b>

## INTRODUÇÃO

Na pós-modernidade, época atual em que vivemos, é fato que existem certas situações do cotidiano que exigem uma resposta rápida por parte da atividade judiciária estatal.

A atualidade realmente exige procedimentos que sejam aptos a permitirem a fruição dos direitos pleiteados, em tempo e modo adequado, de forma que sua marcha pode ser acelerada e retardada, a solicitações de exequoriedade e cognoscibilidade. O anseio generalizado por uma “justiça rápida” tem se tornado, no mundo contemporâneo, uma obsessão inquietante dos estudiosos do Direito Processual. A busca pela “celeridade na prestação jurisdicional” corresponde a um dos mais ardorosos e insistentes reclamos dos processualistas e dos profissionais do Direito, sendo esta, uma preocupação quase compulsiva.

Assim sendo, criaram-se técnicas procedimentais aptas a permitirem o gozo de direitos fundamentais no menor tempo possível, através da utilização, sobretudo, da técnica liminar: as tutelas de urgência. Tais procedimentos, que se consubstanciam no instituto da tutela cautelar prevista no Livro III do Código de Processo Civil, e no instituto da tutela antecipada, advindo com a Lei 8952/94, de 13 de dezembro de 1994, surgiram no ordenamento jurídico-processual pátrio como um dos maiores avanços na seara do direito processual, na medida em que permitiam ao cidadão, pelo manejo do Processo, obter em tempo curto o direito postulado, previsto no ordenamento jurídico, sendo dispensáveis a presença dos princípios constitucionais processuais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Enfim, o que se propõe com a adoção das tutelas de urgência, sobretudo pela grande maioria dos doutrinadores brasileiros que estudam o tema, tais como Humberto Theodoro Júnior, Luís Guilherme Marinoni, é que se atinja a “efetividade do processo”. Tal “efetividade”, nesse contexto, é entendida como sinônimo de rapidez e agilidade no desenvolvimento do procedimento, ou seja, tem perdurado o entendimento majoritário de que ao se imprimir velocidade aos procedimentos jurisdicionais, mesmo que para isso seja necessário o inobservância a direitos e garantias constitucionais, a possibilidade da fruição de direitos no menor tempo possível sempre vale mais a pena do que o respeito aos princípios previstos na Constituição Federal.

A adoção do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito pelo povo brasileiro, no artigo 1º da Constituição Republicana de 1988, remete-nos,

necessariamente, à tematização e esclarecimento de diversos institutos jurídicos, não somente pela própria comunidade jurídica, mas e principalmente, por todo e qualquer cidadão.

Nesse sentido, o que se busca ao longo do presente estudo, é a análise das tutelas de urgência frente à atual processualidade constitucional brasileira, buscando diferenciá-las, bem como interpretá-las em consonância com o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, princípio fundante e apto a justificar a existência de tais procedimentos no nosso ordenamento jurídico.

A fim de se atingir tal objetivo, inicialmente analisar-se-á a relação existente entre “Tempo” e “Processo”, com o propósito de se verificar se realmente seriam eles inimigos implacáveis, uma vez que a grande maioria dos doutrinadores entendem que o tempo é um mal que só tende a prejudicar aos litigantes que buscam uma resposta do Estado. Nesse sentido, a busca por uma efetividade processual acaba sendo discutida e debatida com a exclusiva preocupação de se conferir utilidade ao que é posto para ser decidido no procedimento, sobretudo através da busca por novas técnicas procedimentais que intensifiquem os poderes do magistrado para que estes, com sua magnanimidade e sapiência, possam alcançar a verdadeira “justiça” para todos os jurisdicionados.

O que se pretende demonstrar é que a tão almejada “efetividade do processo” passa, necessariamente, pela atuação do Estado que deve prestar os serviços jurisdicionais de forma eficiente, não como se estivesse a fazer qualquer tipo de benesse aos cidadãos, mas, sim, por imposição constitucional. Outra questão fundamental passa pela própria concepção do que seja “Processo”, uma vez que não mais se trabalha, no atual paradigma constitucional, uma noção de relação processual, baseada numa relação de subordinação entre as partes e destas em relação ao julgador, mas o Processo como uma instituição constitucionalizada.

Nesse sentido, o marco teórico adotado no presente estudo será a Teoria Neo-Institucionalista do Processo, preconizada por Rosemiro Pereira Leal, em que o Processo é elevado, definitivamente, a nível constitucional, sendo uma verdadeira expressão do Estado Democrático de Direito, à qual será dedicada um estudo em tópico específico.

Na verdade, o que se torna imperioso é a mudança do foco no sentido de que se possa falar não mais em uma “efetividade *do* processo”, mas em uma “efetividade *pelo* processo”. Não um Processo arraigado em concepções bülowianas de dominação de sujeitos, mas em um Processo como direito-garantia das partes, aptas a construírem o provimento final que lhes afetará.

Em seguida, traçar-se-á um estudo acerca do próprio conceito do termo “tutela” na atual processualidade constitucional, já que a concepção tradicionalmente adotada como

sinônimo de “proteção dada pelo Estado” não mais se coaduna com um paradigma que permite uma fiscalidade incessante dos jurisdicionados frente à máquina estatal. O cidadão não é mais um ser inerte a esperar por direitos sociais concedidos voluntariamente, mas um sujeito ativo que exige a estrita observância a direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Inevitável é que se faça, também, um estudo pormenorizado acerca do princípio do devido processo legal, desde suas origens históricas até se alcançar a amplitude que possui atualmente face o paradigma do Estado Democrático de Direito. Com a consagração de direitos fundamentais de eficácia plena, as tutelas de urgência se revelam institutos de extrema importância, na medida em que contribuem para a implementação de tais direitos que não podem estar submetidos a morosas análises judiciais de validade, sendo, portanto, inaceitável que haja qualquer reserva ao seu exercício por parte do Estado. Desse modo, as tutelas de urgência se justificam dentro do modelo jurídico-processual-constitucional e contribuem para a construção do atual paradigma normativo.

Finalmente, proceder-se-á a um estudo específico das duas espécies de tutelas de urgência existentes, qual seja, a tutela cautelar e a tutela antecipada, bem como dos requisitos autorizativos de cada uma delas. A questão é que a doutrina processual brasileira analisa tais requisitos sem o cuidado de relacioná-los com os princípios constitucionais processuais, o que vem obscurecendo a compreensão do que sejam, enfim, as tutelas de urgência. Prefere-se, desse modo, estudar a grande maioria dos institutos jurídicos com base somente na infraconstitucionalidade, ao invés de se buscar a sua legitimidade no texto constitucional.

Sob essa ótica, a compreensão adequada dos requisitos que autorizam a concessão de tutelas de urgência aponta para pressupostos constitucionais de direitos já garantidos e acertados, de forma que só se cogita uma releitura conceitual em perfis democráticos destes requisitos a fim de que se possa garantir a plenitude desses direitos já discutidos e decididos na base constituinte.

## 2- PREMISSAS TEÓRICO-CONCEITUAIS ACERCA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

### 2.1 - Tempo e Processo

Não há dúvida de que um dos acontecimentos da natureza que mais inquietam o homem é o *tempo*. O seu conhecimento é, pois, enigmático, de forma que vários filósofos e pensadores já indagaram acerca da sua dimensão e da sua estrutura ao longo da nossa história. Desse modo, ao tratarmos dos homens, ou melhor, de qualquer atividade humana, estamos, necessariamente, tratando do fenômeno do tempo, de forma que qualquer descrição que exclua a dimensão temporal deve ser considerada como irreal ou desumana. Assim sendo, o direito, ou melhor, o Processo<sup>1</sup> que só se dá mediante uma atuação humana, se desenvolve, assim, ao longo do tempo, não podendo escapar da temporalidade própria de todo ato humano.

O Processo, dessa forma, se mostra como um instituto essencialmente dinâmico, uma vez que não exaure seu ciclo jurídico em um único ato, mas se desenvolve em uma duração própria, de forma que os atos processuais desenrolam-se em várias etapas ou fases. Nesse aspecto, Adolpho Gersi Bidart (1981) afirma que o tempo processual pode ser focado de diversas maneiras: primeiramente o tempo “externo”, que seria aquele que determina que o Processo está sujeito à influência de vários outros objetos que condicionam a sua duração, determinados por cada época específica, ou seja, que todo Processo estaria imerso na história e participaria dos problemas, dificuldades e aspirações de todos os cidadãos, de acordo com a época em que é instituído, sendo, assim, influenciado por todos esses fenômenos externos; em seguida, haveria o tempo “interno” do processo, que nos informaria que todo processo tem uma duração determinada, paulatina, e definida em etapas e momentos diversos, tudo em acordo com a legislação processual em vigor.

Inevitavelmente, no campo do direito, o tempo se torna um importantíssimo vetor, na medida em que interage com valores ideológicos e com premissas legislativas na busca da satisfação de todos os que buscam uma resposta do Estado em virtude de qualquer lesão ou ameaça a interesse juridicamente protegido.

---

<sup>1</sup> O termo “Processo”, conforme será explicitado de forma mais detalhada em tópico específico, será entendido, ao longo de todo o presente estudo, como uma verdadeira “instituição constitucionalizada, balizada pelos referentes lógico-jurídicos do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do direito ao advogado”. (LEAL, Rosemiro, 2005a, p. 102).

Já há muito que os operadores do direito se debruçam sobre a questão da morosidade na prestação jurisdicional<sup>2</sup>, estabelecendo que o tempo é o grande vilão e inimigo na busca da satisfação da pretensão requerida em juízo. Assim sendo, muito se questiona sobre o tempo que se desenvolve entre o instante em que se instaura um determinado procedimento judicial até que tal procedimento tenha se finalizado com a entrega do bem da vida almejado. Muitos são considerados como os culpados por esse andar vagaroso do tempo: o excesso de recursos presentes no ordenamento processual; o próprio Processo de Conhecimento e, desse modo, o procedimento ordinário com as suas fases que constituem sua estrutura; bem como o procedimento executivo que, muitas das vezes, deságua numa resposta insatisfatória e infrutífera para as partes em juízo.

É o que nos diz Fernando Horta Tavares, em artigo publicado a respeito desse tema:

De igual forma, os processualistas procuram algumas respostas para uma suposta lentidão “do processo”. Assim, responsabilizam o tempo, que teria um fluir vagaroso, ou mesmo apontam o Processo de Conhecimento e, sobretudo, o procedimento ordinário, que em razão da necessidade de se observar as fases que constituem a sua estrutura, muitas vezes bem nítidas, sujeitam o litigante a uma espera incompatível com o que denominam “acesso a uma ordem jurídica justa”.(...) (TAVARES, 2006b, p. 215)

De acordo com tal linha de pensamento, as garantias constitucionais processuais tais como o contraditório, a isonomia, a ampla defesa, que se consubstanciam no princípio do “devido processo legal” se mostrariam como verdadeiros obstáculos à implementação dessa forma de “justiça”, em que o tempo e o processo seriam inimigos implacáveis e aptos a se digladiarem na busca da tão almejada “efetividade processual”.

A grande maioria dos estudiosos do direito processual entende que o tempo não pode servir de empecilho à realização do direito, uma vez que o Estado assumiu para si o dever de tutelar (aqui entendida no sentido de “proteger”) todas as situações conflituosas concretas, tendo por obrigação fornecer aos jurisdicionados uma proteção adequada e em tempo hábil dos direitos pleiteados em juízo.

É o que nos informa Luís Guilherme Marinoni, ao tratar do tema da Efetividade do Processo:

---

<sup>2</sup> O termo “prestação jurisdicional” é uma expressão tradicionalmente utilizada pelos adeptos da Teoria do Processo como Relação Jurídica, preconizada por Oskar Von Bülow, em 1868. De acordo com Leal (2005a), tal teoria entende que o Processo é uma relação jurídica entre as partes e estas com o julgador, baseadas numa relação de subordinação destas frente ao Estado-Juiz. No atual paradigma do Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º da Constituição da República Federativa de 1988, a função jurisdicional é um dever do Estado, e uma garantia dos cidadãos, por imposição constitucional (artigo 5º, XXXV) e não uma “prestação”, um serviço ou, ainda, um bem de consumo que pode ser oferecido aos jurisdicionados.

O princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social. (MARINONI, 1994, p. 58.)

Assim sendo, o que se pretende ao longo desse tópico é analisar a relação existente entre Tempo e Processo, de forma que se possa vislumbrar se realmente o Tempo é o responsável pela demora e lentidão do Processo, ou se, por outro lado, não seria o caso de repensarmos tal relação, a fim de que possamos encontrar os reais problemas causadores do grande mal que aflige aqueles que buscam uma resposta do Estado para algum conflito e não a encontram naquele momento em que tanto necessitam.

### ***2.1.1 O tempo não é inimigo do processo***

Conforme já mencionado acima, o tempo vem sendo entendido, pela grande maioria da doutrina tradicional, como o grande inimigo na busca da efetividade da prestação jurisdicional, ou seja, como a mola propulsora da crise do Poder Judiciário. A intolerável duração do processo se torna, desse modo, um verdadeiro obstáculo para que ele cumpra os seus compromissos institucionais, ou seja, como o de realizar a “justiça” e trazer a pacificação social. Contra referido problema, todos os operadores do direito se debruçam de modo obstinado a fim de que a celeridade processual seja alcançada a qualquer custo e que o tempo não mais “corroa” o direito daqueles que buscam uma resposta do Estado em tempo e modo adequados.

Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci preleciona:

A verdade é que esse incessante combate, em razão das graves repercussões ocasionadas pela excessiva lentidão da justiça, transborda as fronteiras do processo para tornar-se uma guerra de dimensão muito maior, tornando-se um fenômeno que, nos últimos tempos, tem atraído a atenção dos operadores do direito de um modo geral.

(...) não deixava de ter razão o saudoso prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida quando pesarosamente gracejava, há mais de vinte anos, que o advogado, em muitas ocasiões deve sentir incontido desejo de exibir nos autos a foto de um bolo de aniversário para comemorar, juntamente com o juiz, o transcurso de mais um ano sem ter-se chegado ao ato decisório final. (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 15)

Nessa mesma linha de pensamento, Luís Guilherme Marinoni (1999) também nos diz que o Processo, uma vez entendido como instrumento indispensável para a realização da

“justiça”, não só para a efetiva e concreta atuação do direito de ação, mas também para a remoção de situações que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana, não pode ser moroso, uma vez que tal situação estrangularia direitos fundamentais e inviabilizaria a obtenção da satisfação do bem da vida almejado.

Cruz e Tucci (1997) ainda assevera afirmando que o “tempo do processo”, no aspecto intrínseco, não é um tempo ordinário. Da mesma maneira que a atuação da máquina estatal judiciária reconstrói um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o desenvolvimento linear do tempo cotidiano. Ele insinua-se como uma ação temporária que, por sua ordem e regularidade, compensa as lacunas do tempo. O tempo do processo é um tempo inteiramente ordenado que permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica. O processo, prossegue o jurista, é o instrumento destinado à atuação da vontade da lei, devendo, na medida do possível, desenvolver-se, sob a vertente extrínseca, mediante um procedimento célere, a fim de que a tutela jurisdicional possa emergir realmente oportuna e efetiva.

Tradicionalmente, o procedimento ordinário, como técnica de solução de litígios, tem sido apontado como um dos responsáveis por essa falta de “efetividade” na prestação jurisdicional. Ele tem sido apontado como inadequado para uma tutela jurisdicional efetiva, especialmente naquelas situações em que se exige uma resposta rápida por parte do Estado, mas sem que para isso tenhamos que atropelar garantias constitucionais processuais (devido processo legal, ampla defesa, contraditório). Sendo assim, depois de muitas e abalizadas opiniões convergentes, a doutrina pátria concluiu pela necessidade da criação de outros tipos de procedimentos que pudessem abreviar o procedimento cognitivo, de forma a oferecer aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional em tempo e modo adequados ao direito material a ser protegido. E foi nesse contexto que surgiram as chamadas “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, ou seja, mecanismos de aceleração de procedimentos, tais como a tutela cautelar e a tutela antecipada. A esse respeito, Cruz e Tucci afirma que:

Partindo-se do pressuposto de que o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a técnica da cognição sumária delinea-se de crucial importância para a idéia de um processo que espelhe a realidade sócio-jurídica a que se destina, “cumprindo sua primordial vocação que é a de servir à efetiva realização de direitos”. (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 122)

De acordo com José Marcos Rodrigues Vieira (1998), como proposta para superação desse obstáculo no equilíbrio entre efetividade do processo<sup>3</sup> e observância de garantias constitucionais processuais, é apontada a “progressividade da tutela jurisdicional” pois, segundo ele, “o dogma de que o juiz só julgue a final já exauriu o seu ciclo de influência”. E diz mais:

Através da progressividade, a jurisdição erige em fatos jurídicos processuais os fatos simples que lhe são submetidos, sob a consideração de sua relevância ante o estado do processo. Numa palavra, a estabilização da lide é a tarefa processual, considerada em toda a tramitação do feito. Considerada a atividade lógica empreendida pelo julgador, as fases processuais se realizam por atos cuja cadeia pode variar, aí definidos os procedimentos- matrizes de técnica processual. Antecipação e superveniência, eis os dois expedientes de estabilização da lide, ou insertos no procedimento ordinário, expressos em uma tríade de dispositivos do nosso CPC: arts. 273, 461 e 462. O juiz deve julgar a lide, tal como se apresente no momento mesmo do julgamento (daí considerar os fatos supervenientes), mas deve evitar a alteração dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, não só enquanto alegações (daí a antecipação de tutela jurisdicional). (VIEIRA, 1998, p. 93)

As justificativas apresentadas pela doutrina, conforme defende Cruz e Tucci (1997), para o surgimento das tutelas de urgência no ordenamento pátrio foram justamente no sentido de que elas evitariam o custo de um processo de cognição plenária quando não houvesse razão para que ele existisse em virtude de uma contestação sem plausibilidade; assegurariam a efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que, desse modo, as demandas não correriam o risco de sofrer danos em virtude da demora na prestação jurisdicional; e impossibilitariam o abuso do direito de defesa do réu, mediante o uso de instrumentos de garantias previstos no procedimento ordinário. Cândido Dinamarco (1996, p. 140) nos diz, nesse mesmo sentido, que “o novo artigo 273 do Código de Processo, ao instituir de modo explícito e generalizado a *antecipação dos efeitos da tutela pretendida*, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo”.

Nesse mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior obtempera:

Além do escopo geral de assegurar à parte o bem jurídico a que se tem direito, a idéia de efetividade envolve a de celeridade na restauração do *status* violado. Justiça efetiva, nessa concepção, é a que se acha aparelhada para propiciar ao titular do direito um provimento que seja contemporâneo à lesão ou ameaça de lesão. A tutela cautelar e a tutela antecipada correspondem aos propósitos da efetividade, uma vez que por meio delas busca-se uma solução “sob medida, eficiente, e célere”, superando barreiras que o processo vitorioso, uma vez em sua rigidez primitiva, levantava à pronta e eficiente tutela dos direitos violados ou ameaçados. (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 12).

---

<sup>3</sup> O termo “efetividade do processo” será tratado de maneira específica no tópico 2.2 do presente estudo. Inicialmente, pode-se adiantar que tal efetividade não será tratada como mera agilidade e rapidez dos procedimentos, mas como algo estritamente relacionado à implementação dos direitos fundamentais.

Diante de tantos argumentos apresentados no sentido de que uma das grandes questões que assolam todos os jurisdicionados, atualmente, é a busca pela “efetividade do processo” passar-se-á, agora, a questionar se realmente o problema central com relação a esse tema vem a ser o *tempo*, ou seja se o tempo é realmente inimigo do processo e de todos os cidadãos litigantes. Pode-se perceber que, de forma generalizada, o que se pretende é a eliminação do tempo gasto no accertamento de direitos, ou seja, do processo de conhecimento, de forma que a fruição dos direitos adquiridos por meio do processo se dê no menor tempo possível. Deve-se, desse modo, ressaltar que tal premissa, conquanto pareça simples e sedutora, na medida em que se encontra um “culpado” por todas as mazelas pelas quais enfrentam aqueles que buscam uma resposta do Estado e não mais se precise repensar aspectos mais profundos tais como o papel desempenhado pela própria função jurisdicional como um todo, esta não pode se sustentar por uma série de razões que serão a seguir expostas.

O conceito de tempo nos leva à percepção do que se passa, sem cessar. Se não houvesse uma sucessão de eventos não poderíamos nos referir ao tempo. É algo ínsito a qualquer atividade humana, conforme já descrito acima. Desse modo, tal noção nos remete a idéia de algo linear e contínuo. G. J. Whitrow citado por Fernando Horta Tavares afirma que:

O tempo não denota uma existência real, mas uma certa capacidade ou possibilidade de uma continuidade de existência, assim o espaço denota uma capacidade de intervir na sua duração. Tempo não implica movimento em termos de sua natureza absoluta e intrínseca, não mais do que implica inatividade; (...) Tempo implica movimento a ser medido, sem o movimento não percebemos a passagem do tempo (...) que passa como um fluxo constante. (TAVARES, 2007, p. 217).

Conforme continua referido processualista (2007, p. 217), desse modo, podemos perceber que não é o tempo que corrói, pois ele apenas passa. Em si, não tem força para corroer nada, uma vez que apenas flui em marcha contínua, sendo incapaz de causar qualquer tipo de dano a quem quer que seja. O tempo não pode ser inimigo de nada e nem de ninguém já que é somente um acontecimento da natureza. Nesse aspecto, Tavares preleciona:

Responsabilizar o tempo por danos soa como uma evasiva mítica, sendo inevitável questionar-se sobre o quê ou quem se esconde, ou o que se quer proteger ou poupar para justificar a inaplicabilidade do denominado “direito à tempestividade da resposta jurisdicional”, na versão de Marinoni (em artigo publicado em página eletrônica do autor, intitulado “O custo e o tempo do processo civil brasileiro”). (TAVARES, 2006b, p. 217).

Assim sendo, pode-se dizer que o direito também não pode ser corroído pelo tempo, já que ele nada corrói, pois numa situação de afirmativa de lesão ou na sua ameaça o que se pretende é o retorno à situação anterior a esse fato danoso, ou que cesse tal ameaça a direito do litigante. A responsabilidade pelo dano, na verdade, não vem do tempo que se demora na sua solução, mas, sim, da inércia e incompetência do aparelho judiciário estatal em resolver tal demanda de forma eficiente a satisfazer o titular do direito lesado ou ameaçado.

Rosemiro Pereira Leal (2007, p. 289) nos diz que no atual Estado Democrático de Direito, ao estudo do tema “Tempo e Processo” deve estar aliado o estudo de uma Teoria do Procedimento, no sentido de se eliminar a noção retórica de tempo como meramente associada à noção de celeridade garantida pelas mãos prodigiosas dos julgadores. Nesse sentido, o processo não pode se sujeitar às regras ditadas pelo tempo, a fim de que se possa imprimir a ele velocidade para o gozo dos direitos pretendidos em juízo. Segundo ele, o processo é “instituição constitucionalizante e constitucionalizada e fundadora do *status* democrático não-paideico, não se desenvolvendo por relações métrico-temporais e espaciais” (...); ou seja, torna-se impossível pretender-se dar ao PROCESSO uma duração predeterminada para nascer, viver e morrer uma vez que ele não se submete a tais noções cronológicas de tempo. Nesse sentido, somente o procedimento, entendido na concepção fazzalariana como “estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direito, que se configura pela seqüência obediente à conexão de normas preexistentes no ordenamento jurídico” (LEAL, 2005a, p. 107) é que poderia se sujeitar a medições de tempo e espaço. É conforme nos diz referido processualista:

(...) Portanto, mensurável é o **procedimento** que, sendo a estrutura técnica regida ou regida-atuada pelo PROCESSO, comporta uma *ratio* interlocutória de durabilidade (relação jurídica espaço-temporal) que só pode ser uma RAZÃO egressa dos conteúdos da LEI (*ratio legis*) processualmente produzida *ex ante* e que só é célere enquanto EFETIVO (assegurador de **eficiência sistêmica** redutora da massa de conflitos nas bases políticas da comunidade jurídico-democrática de direito). Não há, nas democracias jurídico-político-processualizadas, assegurar celeridade sem **ampla** defesa (esgotamento da *cognitio*) e isonomia (simétrica paridade de tempo procedimental e em direitos fundamentais já pré-cognita e processualmente garantidos na base instituinte da constitucionalidade). (LEAL, 2007, p. 288)

Desse modo, a idéia de procedimento implica, necessariamente, atividade temporal pois, conforme já citado acima, todo procedimento é construído pela seqüência espaço-temporal de atos jurídicos. Portanto, todo procedimento envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se no tempo, a partir de um ponto inicial até se atingir o ponto final desejado. A

observância de atos procedimentais importa na determinação de tempo, lugar e dos seus meios de expressão. O tempo procedimental serviria, assim, a fim de que se pudesse estruturar o procedimento para a construção do ato final (sentença).

Assim sendo, pode-se perceber que a concepção defendida pela grande maioria da doutrina pátria de que o tempo é o grande vilão na busca da efetividade do processo é um discurso que já não mais convence a todos os operadores do direito, uma vez que, na verdade, não é o processo, mas o procedimento que se submete a tais medições temporais e que, mesmo assim, não pode mais trabalhar com a idéia de uma celeridade procedimental a qualquer custo, com a inobservância a garantias constitucionais-processuais. Nesse aspecto, a máquina judiciária estatal também deve reconhecer suas deficiências na prestação jurisdicional e trabalhar sempre no sentido de alcançar a eficiência sistêmica, ou seja, eficiência de toda a aparelhagem estatal que se encontra nas mãos daqueles que detém a função de julgar.

## **2.2 Efetividade do Processo**

### ***2.2.1 Colocação do problema***

A questão da efetividade do processo tornou-se, hoje, mais do que uma preocupação jurídico-política da doutrina ou dos tribunais, no seu dia a dia. É também preocupação tanto do cidadão que busca uma prestação jurisdicional, como da mídia, no seu papel de disseminadora de informações e formadora de opinião. Nesse aspecto, Calmon de Passos adverte que:

(...) cidadania e efetividade do processo são duas palavras dotadas em nosso país e em nossos dias, de intensa energia mobilizadora e forte carga simbólica. Uso essas expressões para traduzir a força de que se revestem certos vocábulos para suscitar convicções que pretendem descartar qualquer reflexão e fundamentar comportamentos que desejam se isentar de toda valoração crítica. Essa atitude, contudo, é inaceitável, e traduz, necessariamente, ou perversa manipulação ideológica ou ingênua postura em face da realidade. (CALMON DE PASSOS, 1999, P. 30).

Dessa forma, um estudo a respeito desse tema carece de uma reflexão mais crítica, centrada no papel do processo como balizador da função jurisdicional do Estado, de forma a que se possa pensar numa efetividade *pelo* processo e não *do* processo. Conforme nos informa Terezinha Ribeiro Chaves (2003, p. 9), atualmente, o que se percebe em todas as discussões

que são travadas acerca desse tema é a “exclusiva preocupação em torno da utilidade do que é posto para ser decidido no procedimento. Sua qualidade, que se localiza não na decisão em si, mas na forma como se chegou a ela, é deixada em segundo plano”. A esse respeito, Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 101) preleciona: “(...) a decisão no direito democrático é processualmente provimental e construída a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teórico-jurídicos do discurso democrático nela contidos”.

Desse modo, pode-se visualizar que a intrincada questão da efetividade do processo é colocada como um mero confronto entre o decidido e concretamente obtido, ou seja, como um “serviço” a ser fornecido a todos os jurisdicionados, associando-se o termo “efetividade” com a simples produção de resultados pela tutela jurisdicional. O Processo, assim, conforme nos diz Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 45) se torna um “instrumento poderoso ético destinado a servir à sociedade e ao Estado<sup>4</sup>”.

Nessa linha de pensamento, Cândido Rangel Dinamarco informa acerca da sua concepção de “efetividade” que:

(...) todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir, então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual. Fixar os escopos do processo equivale, todavia, a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. (DINAMARCO, 1998, p. 149).

Esta é a base sobre a qual se construiu o conceito de “efetividade”. A idéia de Processo como instrumento, e como tal utilizado apenas pelo Estado através de sua função jurisdicional. Nessa concepção, o Estado, manipulador desse instrumento, é quem decide

---

<sup>4</sup> De acordo com tal raciocínio, o processo é entendido como uma relação jurídica entre três pessoas: autor, juiz e réu, de forma que existiria um vínculo entre essas pessoas, onde um poderia exigir do outro uma determinada conduta, uma prestação. Haveria, desse modo, uma subordinação das partes em relação ao juiz. Esta teoria foi desenvolvida por Oskar Von Bülow, em 1868, e aprimorada por juristas tais como Chiovenda (1943), Carnelutti (1959), Liebman (1984) e predomina na grande maioria dos códigos e leis processuais. Os seguidores de Bülow concedem escopos metajurídicos ao processo (políticos, éticos e sociais), como se este fosse instrumento a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para se alcançar a justiça. Tal teoria, também chamada no Brasil de **Escola Instrumentalista do Processo**, atribui amplos poderes ao juiz, como se ele pudesse, a partir de sua experiência pessoal, determinar o que é justo. Proclamam que o procedimento é o meio extrínseco pelo qual o processo se instaura, ou seja, que ele é a manifestação fenomênica do processo; a maneira como ele se mostra, o que cria, na verdade, uma confusão conceitual entre estes dois institutos.

como será o resultado de sua prestação, de forma que a efetividade fica simplesmente relacionada aos efeitos, às conseqüências prescritas pela decisão jurisdicional.

Alguns estudiosos chegam a afirmar, como é o caso de Marinoni (1996) que quanto mais rápida a solução do litígio, tanto mais efetiva terá sido a prestação jurisdicional, ou seja, percebe-se, aí, que o resultado dessa prestação tem muito mais importância do que a forma como ele se deu. Este doutrinador entende que, quando se fala em “efetividade do processo”, o que se vê é que o autor da ação judicial é sempre prejudicado com a demora do processo, de forma que não deveria nos preocupar a questão referente ao direito de defesa do réu; nesses casos, segundo ele, o princípio da igualdade seria uma “abstração irritante”.

Sendo assim, a busca por esse mito da “efetividade do processo” tem sido a mola propulsora a justificar a criação de uma série de técnicas processuais que propiciem a fruição de direitos no menor tempo possível, tais como a ação monitória, o procedimento sumaríssimo, a criação dos Juizados Especiais, e, finalmente, a institucionalização das tutelas de urgência, objeto do presente estudo. Não se pode negar que, sobretudo este último instituto, aprimorou, sobremaneira, a técnica processual na medida em que permitiu a executoriedade das decisões antes da coisa julgada material.

Entretanto, um estudo apropriado da efetividade do processo, em bases de um direito construído democraticamente, deve retomar certas questões fundamentais relativas ao ordenamento jurídico brasileiro às quais não se tem conferido a devida importância. Por mais que se engendrem novas técnicas processuais, de nada adianta termos excelentes aparatos judiciais para a proteção de direitos se não tivermos um direito previamente efetivado a ser protegido.

Dessa forma, a análise da “efetividade do processo” não pode estar dissociada da implementação de direitos fundamentais e é, nesse ponto, que se pretende focar o atual estudo. A busca pela efetividade na prestação jurisdicional está, desse modo, relacionado ao conceito de “cidadania”; a que todos os cidadãos estejam em condições ideais de fala e possam estar aptos a construir a decisão jurisdicional que irá afetar-lhes em qualquer procedimento jurisdicional, administrativo ou legislativo. Conforme entende Leal (2005a), a cidadania é uma condição indispensável à enunciação do Processo Constitucional, pois permite a todos os jurisdicionados se contrapor a qualquer realidade hostil que ofenda garantias constitucionais. Nesse sentido prossegue referido jurista:

“O Processo, como uma instituição constitucionalizada, deflui de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela

atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado.

(...) O fato de a maioria do povo, por exclusão social ou cognitiva, não ter acesso à compreensão dos direitos processuais, instituíveis pela Comunidade Política, suplica erigir a Constituição como *medium* institucional que, na contrafactualidade, há de tornar apto o povo, por direitos fundamentais já implementados, a conjecturar, ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática”. (LEAL, 2005a, p. 101)

Pretende-se, ainda, demonstrar que a almejada “efetividade do processo” está estritamente relacionada, também, à necessidade de uma máquina judiciária eficiente e apta a oferecer aos jurisdicionados uma resposta em tempo adequado à plena satisfação dos seus direitos.

Outra questão a ser enfrentada é a que se refere às diferenças entre “efetividade”, “eficácia” e “celeridade”, termos que são entendidos, de forma errônea, pela maioria dos juristas como sinônimos. Ainda dentro dessa mesma linha de estudos, urge buscar uma diferenciação entre “efetividade do processo” e “efetividade do direito” buscando encontrar qual é exatamente a relação entre eles.

### ***2.2.2 O desfazimento do mito em torno da “efetividade do processo”***

Conforme já mencionado no tópico anterior, para a grande maioria dos processualistas brasileiros, a efetividade do processo consiste no adequado cumprimento das sentenças judiciais e na obtenção do maior resultado prático com o menor custo possível na proteção dos direitos dos cidadãos. Para se atingir tal finalidade, buscam ampliar os poderes do juiz com o propósito de se atingirem justiça social. Humberto Theodoro Júnior confirma tal linha de raciocínio, ao dizer que:

Realmente, se o processo foi concebido para solucionar conflitos e fazer atuar, em favor de quem tem razão, a vontade concreta da lei, será tanto mais eficaz quanto mais rapidamente conseguir fazer com que prevaleça, de maneira mais completa, o direito subjetivo da parte que dele se vê injustamente privado ou que sofre ameaça de agressão em sua esfera jurídica.

(...) Ainda dentro da ótica da efetividade, exige-se do processo a condição de propiciar solução *justa* para o litígio, donde a necessidade de ensejar a mais ampla pesquisa da verdade real, conferindo, por isso, liberdade e iniciativa ao juiz o comando da instrução probatória, de modo a libertá-lo dos rigores das regras pertinentes ao ônus da prova. (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 12).

Todavia, alguns estudiosos do direito processual discordam, veementemente, dessa tese, conforme obtempera Andréia Alves de Almeida:

Esse entendimento de efetividade é produzido dentro de uma ação estratégica, pois coloca os destinatários da tutela jurisdicional (decisão) como meros espectadores da ordem jurídico-política. Neste discurso, a linguagem é rebuscada e eloqüente para induzir o participante-observador que desformalizando o processo se atinge justiça social. Mas o que ocorre é que o objeto de proposição de um dos sujeitos do processo termina por não chegar aos outros participantes com a mesma representatividade objetiva (significação), ficando o direito assim reduzido à técnica de organização social para o progresso econômico, técnico ou político. (ALMEIDA, 2005, p. 100).

Desse modo, não se pode, atualmente, simplesmente reclamar pela intensificação da atividade do juiz porque constitucionalmente não é possível. Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio do devido processo legal, que será visto de forma detalhada no próximo capítulo, foi definitivamente erigido ao *status* de direito-garantia fundamental, um princípio irradiador do qual decorrem uma série de outras garantias fundamentais tais como contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado, fundamentação das decisões, etc. Assim sendo, as partes não são mais meras espectadoras da atividade estatal, que aguardam esperançosas por um desfecho favorável de suas demandas, mas atuam ao longo de todo o procedimento como sujeitos ativos que fiscalizam se todas as garantias constitucionais processuais estão sendo observadas, ou melhor, fiscalizam se todos os procedimentos infraconstitucionais estão se desenvolvendo sob a regência do devido processo constitucional.

Deve-se possibilitar, assim, uma participação das partes cada vez maior na atividade que prepara o provimento final, e não se buscar somente o aumento dos poderes do magistrado como forma de solucionar o problema da morosidade da atividade jurisdicional.

Conforme mostra Rosemiro Pereira Leal (2002), os adeptos de referida linha de pensamento (instrumentalista), acreditam que o juiz encontra-se no ápice do saber, de forma que as decisões, aí, possuem uma alta carga de inquisitorialidade embutida. O julgador acaba por exercer, assim, uma conduta interdita sensibilizada somente pela sua inteligência e bom senso. Assim sendo, continua referido processualista:

A legitimidade da decisão para os instrumentalistas não decorre do devido processo, que é apenas, para eles, um meio (modo, método) relacional de produzir justiça em escopos magistrais, mas de uma “carga de valores” que pode ou não ser adotada pelas decisões, porque afirmam que a legitimidade em si é fato social e não jurídico (não se confunde com a mera legalidade). (LEAL, 2002, p. 128).

De acordo com Almeida (2005, p.103), no atual Estado Democrático de Direito, “a legitimidade de qualquer decisão só se dá mediante um constante retorno da normatividade legislada à processualidade por meio do devido processo legal”. Caso se tenha, no nosso

ordenamento jurídico, qualquer decisão que não seja produzida mediante os princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia, ampla defesa e direito ao advogado), definitivamente, não se terá uma decisão construída democraticamente, mas meramente um ato de império e de manifestação do uso do direito como um objeto de força e dominação. Nesse mesmo sentido referida processualista esclarece que:

A democracia não é algo acabado, consiste na participação de todos os destinatários, quer da lei ou do provimento, na produção, aplicação, interpretação e fiscalização incessante da constitucionalidade (co-instituições). O exercício da democracia não se limita à participação do povo nas eleições. Uma decisão somente retratará expectativas socialmente compartilháveis se for construída por todos os destinatários e não pressuposta em algum momento anterior. Não bastam leis democráticas por si só, são necessárias implicações hermenêuticas (inferência intelectual) dos destinatários das normas e do provimento. A legalidade *per se* não é suficiente para validar a legitimidade. (ALMEIDA, 2005, p. 104).

Calmon de Passos (2002) insere a crise<sup>5</sup> porque passa o Poder Judiciário, quando se refere à efetividade da prestação jurisdicional, em uma série de abordagens, dentre as quais uma merece ser ressaltada: os procedimentos existentes no atual ordenamento jurídico podem ser apontados como um dos responsáveis pela inefetividade e ilegitimidade da atividade jurisdicional, na medida em que são instituídos com afronta ao devido processo constitucional, se transformando, conforme já ressaltado acima, em verdadeiros instrumentos de coerção e autoritarismo do Estado frente aos jurisdicionados. O que falta, na verdade, não é uma reforma constitucional, como defende Calmon de Passos, mas o esclarecimento e a conscientização de que somente a principiologia institutiva do processo é capaz de encaminhar à cidadania e à implementação de direitos fundamentais. Desse modo, a conquista de tais objetivos só se dará, conforme assevera Leal (2002), com a efetivação do princípio da democracia.

No Estado Democrático de Direito<sup>6</sup> a atividade jurisdicional não é exercida com base na fala de um só, mas com base nos sujeitos do processo (partes), pois a única fonte legítima

---

<sup>5</sup> A crise a que se refere Calmon de Passos consiste no crescente aumento do número de procedimentos jurisdicionais sem provimento final (sentença) nas comarcas de todo o país, o que causa, inevitavelmente, a demora na resolução das demandas e a sensação, por parte dos jurisdicionados, de que o processo é inefetivo porque é lento demais.

<sup>6</sup> Conforme entendimento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004b), o Estado Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico se dá por meio das normas constitucionais. Segundo ele:

“A idéia fundamental de democracia, como dito, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito. Em razão disso, o povo elege seus representantes, cujos trabalhos legislativos devem refletir o pensamento popular na construção dos conteúdos das normas de direito a serem observadas nas relações sociais e no exercício das funções e das diferentes atividades desenvolvidas pelos órgãos do Estado. (...) Por outro lado,

das decisões judiciais são os próprios destinatários dela. O processo, na pós-modernidade<sup>7</sup>, já superou a noção de relação jurídica baseada na subordinação das partes com relação ao julgador, para alçar ao nível constitucional. As reflexões jurídicas acerca da constitucionalidade do processo começaram com Fix-Zamudio, na Itália, e, em seguida, José Alfredo de Oliveira Baracho (1984), no Brasil, sustentando a idéia de que as Constituições modernas não devem somente estruturar o Estado, mas também estabelecer normas capazes de evitar a concentração de poder e estruturar o ordenamento jurídico.

O princípio jurídico da democracia consiste na transposição do princípio do discurso idealizado por Jürgen Habermas (1997), que informa que, nas sociedades complexas, o direito retira sua legitimidade da idéia de uma autolegislação, onde os destinatários das normas são, na verdade, os seus próprios autores. Assim, o Estado se coloca em pé de igualdade com relação aos cidadãos, e não mais é considerado como uma entidade superior e intocável, de forma que a autonomia pública e a autonomia privada são co-originárias. Vale dizer que, conforme defende Almeida (2005), tal transposição passa, necessariamente, pela teoria do processo.

Habermas (1997) condiciona a legitimidade, pressuposto de validade do direito, à sua fundamentação, que se efetiva quando presentes os pressupostos de desenvolvimento de um discurso racional, que só se torna possível quando se anula qualquer forma de coação. Nesse sentido Luís Moreira preleciona:

Em sociedades modernas, o direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências pós-metafísicas de legitimação, o que só é possível através da incorporação de um caráter pós-tradicional de justificação, ou seja, somente quando sua legitimação estiver desagregada tanto da religião quanto dos costumes. Como perdeu a vinculação com fontes metafísicas e consuetudinárias, o ordenamento jurídico levanta a pergunta pela validade de suas pretensões, que só obtém normatividade se forem legítimas. (MOREIRA, 2002, p. 21-22).

Dessa forma, percebe-se que a legitimidade normativa só pode ser alcançada comunicativamente, mediante o consenso, ou seja, na sua origem democrática,

---

a mesma doutrina tem o Estado de Direito como princípio de natureza material e procedimental, porque, em termos gerais: 1º) incide no modo de proceder da atividade estatal, limitando e vinculando o exercício do poder pelo Estado ao Direito, a fim de garantir as liberdades individuais; 2º) reconhece os direitos fundamentais das pessoas; 3º) institui o controle jurisdicional da legalidade dos atos da Administração Pública; 4º) concede proteção jurídica às pessoas por meio dos provimentos jurisdicionais gerados em contraditório nos processos". (DIAS, 2004b, p. 103-104).

<sup>7</sup> A utilização da expressão "pós-modernidade", no direito processual decorre, sobretudo, da obra de Rosemiro Pereira Leal (2005a). Segundo Carvalho (2007), tal autor não se conformando com a expressão "modernidade" atribui a ela o condão ideológico dos iluministas e dos renascentistas, que não se coadunariam com a proposta democrática, motivo pelo qual utiliza tal termo numa perspectiva revolucionária de visão de mundo. Ainda assim, Carvalho (2007) defende que o projeto da modernidade não pode ser abandonado, devendo-se, isto sim, buscar as conquistas democráticas alcançadas e, muito menos, ser reduzido ao momento iluminista.

fundamentalidade, e não na capacidade de impor-se. Deve ser uma legitimidade embasada em um discurso livre, estabelecido de modo autônomo por seus participantes, e não algo imposto por terceiros estranhos àquele discurso específico. Conforme Luís Moreira (2002, p. 53) “isso viabiliza formas de interações através do *medium* lingüístico, originando uma racionalidade voltada para o entendimento”. Assim sendo, os seus participantes se ligam a certos pressupostos comuns relativos àquele determinado discurso, buscando a validade de suas argumentações.

Desse modo, pode-se dizer que democracia pressupõe cidadania ativa, de forma que a criação de direitos só se pode dar com fundamento na participação de todos os diretamente afetados por eles. Isso impede a criação de direitos de forma paternalística, tal como ocorria no paradigma do Estado Social de Direito.

Conforme assevera Andréia Alves de Almeida (2005), toda produção do direito que se dê sem o entrelaçamento da principiologia do processo (presença do contraditório, ampla defesa e isonomia) conjugada com o princípio do discurso, impossibilita a concretização do princípio da democracia; constitui-se, na verdade, em mera ação estratégica com finalidade de dominação e coerção.

De acordo com Habermas, o princípio da democracia resulta da ligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica:

(...) começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de conotações para o exercício discursivo da autonomia política. (HABERMAS, 1997, p. 158).

Para Rosemiro Pereira Leal (2002), os institutos jurídicos que possibilitam a transposição do princípio do discurso para o princípio jurídico da democracia são os direitos constitucionalizados do contraditório<sup>8</sup>, ampla defesa<sup>9</sup>, isonomia<sup>10</sup>, direito ao advogado e livre

---

<sup>8</sup> Conforme afirma Nunes (2006), tradicionalmente, o princípio do contraditório é definido somente como o direito à bilateralidade de audiência, possibilitando às partes a devida informação e a possibilidade de reação. Ocorre que tal concepção de um contraditório estático só pode atender aos sistemas jurídicos que trabalham uma visão unilateral de formação do provimento pelo juiz. Com a passagem dessa fase pelo ordenamento jurídico pátrio, o contraditório é vislumbrado como uma garantia dinâmica, que permite o efetivo gozo de direitos fundamentais atribuídas pela Constituição Republicana de 1988. Atualmente, a conceituação de tal princípio está intimamente relacionada à garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988), de forma que essa aproximação conceitual acaba por atribuir às partes a possibilidade de “participação preventiva sob qualquer aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado, cunhando-se à seguinte equação: defesa= contraditório= participação=audição preventiva”. (NUNES, 2006, p. 145-146). Vale dizer que para o exercício de tal garantia se torna necessária a existência de paridade de armas, ou seja, “a existência de meios processuais dirigidos a fazer valer as próprias razões”. (NUNES, 2006, p. 148).

<sup>9</sup> A ampla defesa, segundo Nunes (2006), era entendida somente como a possibilidade de se conceder à parte a possibilidade de ser acompanhada em juízo por uma assistência profissional de um defensor qualificado. De

acesso à jurisdição (artigo 5º, *caput*, e incisos XXXV, LIV, LV e artigo 133 da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988). Dessa forma, somente os princípios que instituem o processo é que são capazes de concretizar o princípio da democracia sem ter de se recorrer à noção trazida pelos paradigmas do Estado Liberal e do Estado do Bem-Estar Social, de que a democracia é trazida pela carga de direitos humanos conquistados historicamente.

Assim sendo, pode-se concluir que o “mito” trazido pelos adeptos da Teoria do Processo como Relação Jurídica, no sentido de que a efetividade é um bem de consumo a ser fornecido a todos os jurisdicionados, associada, intimamente, à noção de “rapidez”, com a criação de inúmeros mecanismos processuais que objetivam imprimir velocidade aos procedimentos e somada à concentração de poderes nas mãos dos juizes, encontra-se totalmente em desacordo com a nova ordem jurídico-político democrática.

A esse propósito, Aroldo Plínio Gonçalves preleciona:

A preocupação com o rápido andamento do processo, com a superação do estigma da morosidade da Justiça que prejudica o próprio direito de acesso ao Judiciário, porque esse direito é também o direito à resposta do Estado ao jurisdicionado, é compartilhada hoje por toda a doutrina do Direito Processual Civil. As propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia e a celeridade como predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados. Contudo, a economia e a celeridade não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo. (GONÇALVES, 2001, p. 124-125).

No atual paradigma do Estado Democrático de Direito são os destinatários da normatividade legislada que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo constitucional, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Os destinatários são os únicos legitimados a testificar a efetividade do ordenamento jurídico por intermédio dos princípios institutivos do processo. É por essa razão que, atualmente, devemos falar em uma efetividade *pelo* processo, ou seja, no sentido de que

---

acordo com o entendimento de Nunes: “(...) atualmente a defesa deve ser vista como forma organizatória das relações entre as partes e o juiz; ou seja, visa disciplinar as relações entre o ente privado e o ente público (juiz) até que este explique a própria função jurisdicional, tutelando o indivíduo nos confrontos com a atividade realizada no curso do procedimento pelo órgão jurisdicional. (NUNES, 2006, p. 149-150).

<sup>10</sup> A isonomia, conforme defende Leal (2005a, p. 111) “é um referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (Processo), uma vez que a liberdade de contradizer no Processo, equivale à *igualdade temporal* de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental. Assim sendo, a isonomia não pode mais ser entendida, conforme se entende tradicionalmente, como se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais, uma vez que na estruturação do procedimento, o dizer e o contradizer se operam por meio de garantias asseguradas em lei, e não em virtude de diferenças econômicas ou sociais entre as partes.

somente pela principiologia constitucional processual é que se dará a legitimidade normativa e, por conseguinte, um processo concretamente efetivo e construído em bases democráticas.

### ***2.2.3 Efetividade do processo e direitos fundamentais***

No Brasil, com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, qualquer estudo a respeito da efetividade na seara do Direito Processual perpassa, necessariamente, pela noção de direitos fundamentais. A Constituição brasileira enumera uma série de direitos fundamentais previstos não somente no artigo 5º, mas ao longo de todo o seu texto, a partir da consideração de que este é o resultado de uma assembléia constituinte que possibilitou um espaço discursivo processualizado de determinação de direitos-garantias, ou seja, com a concepção de que foi no plano da elaboração da Constituição que a sociedade elegeu democraticamente regras básicas de convivência social inafastáveis e insuscetíveis de reconfiguração no plano decisório infraconstitucional. No tocante à definição do que sejam “direitos fundamentais”, Ronaldo Bretas de Carvalho Dias informa:

Assinale-se que não há rigorosa precisão terminológica ao se empregar as expressões direitos humanos, direitos fundamentais e garantias fundamentais, muitas vezes utilizadas nos textos políticos, filosóficos, teológicos e jurídicos de forma imprecisa, com sentidos múltiplos e juridicamente equivocados. Embora ditas expressões possam designar realidades próximas, o que dificulta precisar-lhes as diferenças sob o ponto de vista jurídico, a doutrina mais especializada envida esforços para distingui-las. (...) Efetivamente, como esclarecido, enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias fundamentais compreendem as garantias processuais formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar a efetividade. Essas garantias processuais constitucionais são o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e, a mais importante delas, o devido processo legal, informado pelos princípios do juízo natural, do contraditório, da ampla defesa e da indispensabilidade da presença do advogado. (BRETAS, 2004b, p. 109-111).

Dentre tais direitos, cuja designação mais adequada é “direitos fundamentais”, há que se ressaltar o devido processo constitucional, de origem principiológica, abstrata, que congrega um conjunto de direitos-garantias de observância cogente à efetivação da democracia, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa, e a isonomia.

Nesse mesmo sentido, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2002, p. 70) afirma que “Os direitos fundamentais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas de agir”, de forma que tais possibilidades só são concedidas por meio do Processo. Assim continua referido jurista (2002, p. 72-74)

justificando que “o direito a iguais liberdades subjetivas concretiza-se em direitos fundamentais que, na qualidade de Direito Positivo, são reforçados por ameaças de sanção, e sua observância pode ser imposta contra as violações normativas ou os interesses opostos”.

Dessa forma, pode-se afirmar que sempre que tais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente são rechaçados ou têm obstada sua fruição, é que se possibilita o requerimento de técnicas jurídicas adequadas a resguardar a observância a tais direitos, tais como as tutelas de urgência, uma vez que se trata de hipóteses já submetidas à processualidade democrática. Independente da perspectiva teórica que se adote, é incontestável a ligação que existe entre “Efetividade” e “Processo”, na medida em que é por meio dessas técnicas-jurídico-processuais estabelecidas no ordenamento jurídico que se viabiliza a implementação das normas jurídicas, dentre as quais se inserem aquelas definidoras de direitos fundamentais.

Tais técnicas jurídicas, de acordo com Rosemiro Pereira Leal (2002), compõem o chamado “devido processo legal” aqui compreendido como “co-extensão procedimental do devido processo constitucional”. Tal referente lógico-jurídico, bem como sua real amplitude face ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito, serão tratados de forma mais detalhada no próximo capítulo do presente estudo.

Conforme defendido por Ingo Wolfgang Sarlet (2006) a “vinculatividade dos direitos fundamentais” recai sobre todos os órgãos estatais (Legislativo e Executivo) e não somente sobre o processo judicial. No que se refere à função legislativa, tal vinculação ocorre nos casos em que alguns direitos fundamentais dependam de ato legislativo posterior, deliberado por meio de um devido processo legislativo, a fim de resguardar a plena aplicabilidade das normas definidoras desses direitos; já no que se refere à função executiva, a vinculação dá-se, em regra, na gestão de “políticas sociais”, por meio do devido processo administrativo, observando-se os direitos fundamentais na execução das leis.

José Alfredo de Oliveira Baracho (2006) preleciona que os direitos fundamentais não são absolutos, uma vez que estão sujeitos a certos limites, de modo a promover um sistema de equilíbrio entre os diversos poderes estatais. Se desdobram em determinadas categorias quais sejam: direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais institucionais; direitos fundamentais comuns e direitos fundamentais particulares; direitos pessoais, sociais e políticos. Nesse sentido, Baracho defende, ainda, a necessidade da contraposição entre “direitos fundamentais” e “garantias fundamentais”, devido, sobretudo, à estrutura, natureza e função de tais direitos.

O seu reconhecimento, desse modo, efetiva-se por meio de um conjunto de garantias que asseguram a sua vigência e efetividade, de forma que “as declarações de direitos têm significado à proporção que vêm acompanhadas das garantias que assegurem sua eficácia” (BARACHO, 2006, p. 467). No tocante à diferenciação entre “direitos” e “garantias” fundamentais, referido processualista prescreve que:

Ocorre diferença formal entre direitos e garantias. Os primeiros são entendidos como o reconhecimento de atributos de ordem política e jurídica de que a pessoa é titular; ao passo que as garantias são normas positivas que asseguram e protegem determinado direito. As garantias apresentam-se como regras positivas e obrigatórias, com valor vinculante, impondo-se ao legislador ordinário. As garantias dos direitos são consideradas, também, como instrumentos processuais através dos quais torna-se efetiva a sua proteção e eficácia. (BARACHO, 2006, p. 466).

Paulo Bonavides (2004) entende que os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições, de forma que já extrapolaram a relação Estado- Cidadão, adquirindo uma concepção até então desconhecida: de norma objetiva, pertencente nem ao Direito Privado e nem ao Direito Público, mas que compõe o alicerce de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula. Nesse sentido, prossegue Bonavides:

Esse conteúdo jurídico-objetivo provoca a chamada “hipertrofia dos direitos fundamentais”. Mas configura, ao mesmo tempo, numa variação incontestavelmente qualitativa, o rompimento e a mudança da relação direta, exclusiva e unidimensional do cidadão com o Estado, e vice-versa. Relação característica do *status negativus* e do subjetivismo individualista da idade liberal. Sucedeu-lhe, porém, outra relação, agora mais ampla – pluridimensional e plurifuncional – que é a do *status positivus*, mediante o qual se reconciliam o cidadão, a Sociedade e o Estado. A hegemonia traslada-se, então, para a Sociedade, com as novas gerações de direitos fundamentais incorporadas ao constitucionalismo contemporâneo, transformando a Constituição em ordenamento jurídico fundamental da Sociedade, e não apenas do Estado. (BONAVIDES, 2004, p. 540-541).

Já no tocante à interpretação de tais direitos, referido jurista defende a necessidade da conexão entre uma teoria dos direitos fundamentais e uma teoria da Constituição com a finalidade de que:

de tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição. (BONAVIDES, 2004, p. 534).

Tradicionalmente, a concepção de “efetividade” vem sendo correlacionada, de maneira bastante simplista, à concepção de “celeridade”, de “pressa” na prestação jurisdicional, conforme já mencionado anteriormente. Nesse sentido, Teori Albino Zavascki assevera:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa - compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também, e principalmente, o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos. (ZAVASCKI, 2005, P. 65).

Essa noção de “efetividade” conduz à idéia de que o juiz é a figura central do processo, na medida em que este se torna mero instrumento da jurisdição. Neste sentido, o direito passa a ser o que os órgãos do Judiciário quiserem que ele seja. Desse modo, a efetividade passa a ser não mais do processo, mas da própria jurisdição, já que a ela é que caberá prestar a tutela jurisdicional.

Assim sendo, mais uma vez se afirma que é necessária que tal concepção seja repensada, a fim de que se possa trabalhar um direito processual condizente com o atual paradigma do Estado de Direito Democrático, e com os novos contornos principiológicos advindos com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Atualmente, é impossível falar-se em “efetividade” se não a vinculá-la à implementação de direitos fundamentais que só se pode dar por meio do devido processo constitucional, balizado pelos referentes lógico- jurídicos do contraditório, ampla defesa e isonomia., asseguradores da discursividade democrática do Estado de Direito. Desse modo, a teoria da efetividade encaminha a teoria da implementação de direitos fundamentais, e é pelo Processo que se assegura a concretização do conteúdo das normas definidoras desses direitos.

Conforme informa Érico Vinícius Prado Casagrande (2007) deve-se ressaltar que de nada adiantaria a previsão de tutelas de urgência no ordenamento jurídico-processual, se não tivermos o que tutelar, ou seja, caso já não tenhamos direitos fundamentais devidamente implementados, a fim de que possam ser lesados ou ameaçados de lesão. Torna-se, desse modo, infrutífera qualquer discussão em torno da urgência de tutela, quando nem todos os cidadãos dispõem de seus direitos fundamentais básicos devidamente implementados.

Desse modo, para que haja um correto estudo acerca do papel das tutelas de urgência na processualidade jurídico-constitucional brasileira deve-se concentrar, primeiramente, em analisar se os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente já estão devidamente efetivados a toda a comunidade jurídica. A implementação desses direitos só se dá pela via do

devido processo constitucional, com a observância dos direitos fundamentais que o instituem, de forma que a inobservância a tais preceitos faz com que toda a discussão em torno desse tema se torne inócua e insuficiente, uma vez que a deliberação e a construção das decisões no âmbito dos órgãos estatais tornar-se-á consenso de um pequeno grupo de pretensos “sábios” que se julgam capazes de decidir o que é melhor para toda a população, e não fruto da discursividade democrática assegurada pelo próprio devido processo constitucional.

Sendo assim, somente pela via do Processo é que os cidadãos terão seus direitos fundamentais efetivados e estarão, assim, em “condições de fala”, a fim de que possam decidir o que é melhor para si mesmos.

#### ***2.2.4 Efetividade do direito, Eficiência do Judiciário e Celeridade Procedimental***

Intrincada questão é a que se refere à diferenciação entre o que seja “efetividade”, “eficiência” e “celeridade” na seara do direito processual, uma vez que tais conceitos são, pela grande maioria dos processualistas, tratados como se fossem sinônimos e integrantes de uma mesma estrutura. Na verdade, não há uma demarcação conceitual dessas proposições o que acaba por gerar uma grande confusão e retrocesso na distinção que se busca fazer entre processo e procedimento. Conforme diz Andréia Alves de Almeida (2004), tem-se buscado “efetividade”, “eficiência” e “celeridade” para o poder judicial ou para o procedimento como se estivesse se referindo ao processo, o que é um grave equívoco, uma vez que desde a década de 90, com Élio Fazzalari (2006), em sua obra clássica<sup>11</sup>, tal diferença já tinha sido construída.

Primeiramente, cumpre elucidar a relação existente entre “efetividade do direito” e “efetividade do processo”. Pode-se considerar que a relação entre eles é de inclusão, na medida em que o processo, sendo um direito-garantia das partes, também deve ser efetivado. Nesse aspecto Casagrande explica que:

---

<sup>11</sup> Tal diferenciação foi feita na sua obra intitulada *Instituzioni di diritto procesuale*, recentemente traduzida para o português por Elaine Nassif. Segundo referido processualista, (...) “o procedimento se obtém quando se está diante de uma série de normas (até a reguladora de um ato final, frequentemente um provimento, mas pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 113). Já no que se refere ao processo, este é entendido como (...) “uma espécie de procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”. (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118)

(...) Desse modo, quando se diz efetividade do direito tal corresponde à sua fruição advinda da aplicação dos conteúdos previstos na lei, por meio de instrumentos técnico-jurídico-processuais (que também devem estar previstos na lei). Verifica-se, assim, que a efetividade do direito depende de uma técnica jurídica adequada para aplicação dos conteúdos da lei a fim de resultar na sua concretização (fruição). Esta técnica diz respeito aos inúmeros procedimentos estruturados normativamente no ordenamento jurídico, os quais obrigatoriamente devem ter como referente jurídico-discursivo de estruturação o devido processo constitucional. (CASAGRANDE, 2007, p. 86).

Desse modo, se percebe que a efetividade do direito é gênero, do qual a efetividade do processo é espécie, se concretizando na medida em que os conteúdos da lei são aplicados no ordenamento jurídico por meio de técnicas procedimentais que observem o devido processo constitucional.

No que se refere à efetividade do processo, propriamente dita, esta se configura na medida em que sejam observados os referentes lógico-jurídicos caracterizadores do devido processo constitucional, ou seja, os direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, da atuação do advogado, da gratuidade postulatória e da duração razoável do processo, que orientam a técnica de aplicação do direito. Conforme já mencionado anteriormente, somente o devido processo constitucional é que permite que as partes construam a melhor decisão que lhes afetará, de forma que tal ato estatal se considere legítimo. A efetividade do processo não se encaminha somente pela estrita observância da celeridade, mas, sim, pela observância a outros direitos fundamentais que o integram. Assim sendo, pode-se dizer que os procedimentos infraconstitucionais devem ser estruturados não somente no sentido de conferir maior “velocidade” a eles para que possam permitir a fruição de direitos no menor tempo possível, mas também com a finalidade de concretizarem o direito ao devido processo constitucional.

Alguns juristas, tais como Zamira de Assis (2007), têm entendimento contrário no sentido de que a efetividade só pode ser do direito e não do processo, haja vista que o que é violado é o direito previsto na lei, de forma que este é que deverá ser restabelecido, conforme o caso concreto. Com relação ao processo, não há que se falar em “efetividade”, mas em “fiscalização”, já que a efetividade do processo seria o seu próprio exercício como direito-garantia. Assim sendo, continua referida processualista:

A efetividade do direito também será decorrência do seu exercício – livre ou forçado, após decisão em processo se antes houver esclarecimento e participação em todas as dimensões de criação, modificação e extinção do direito. A efetividade do direito não se liga ainda à necessidade de sumarização da cognição nem à necessidade de supressão do espaço discursivo (produção de defesa

plena) quando, diante de situações que exijam a cautela da antecipação dos conteúdos da lei em uma decisão interlocutória. (ASSIS, 2007, p. 187).

No que se refere à “eficiência”, sua abordagem mais profunda teve início com os estudos desenvolvidos pelo economista americano Richard Posner, que realizou um estudo sobre o direito a partir da teoria econômica neoclássica, ou seja, numa perspectiva onde o direito é explicado a partir da racionalidade econômica. Andréia Alves de Almeida ao se referir a Posner esclarece que:

Para Posner (...) eficiência é o resultado pela maximização do valor, obtido na exploração dos recursos necessários à satisfação das necessidades econômicas do homem e somente empregando o critério de eficiência econômica pode-se desencorajar as condutas causadoras de lesões pessoais e danos materiais. (ALMEIDA, 2005, p. 111-112).

Na verdade, a tentativa de associação de tal concepção de “eficiência”, associada à realidade econômica de cada Estado é duramente criticada, no sentido de que o direito não pode ter a economia como o principal fundamento e objetivo da relação entre os homens, uma vez que se assim o fosse, ter-se-ia, necessariamente, que considerar a maximização da riqueza como um valor superior a quaisquer outros valores do ser humano. É o que diz Almeida (2005, p. 112): (...) “a tentativa posneriana de construir uma noção de consenso ou satisfação em torno de valores auto-referentes acaba fazendo com que as normas jurídicas sejam aplicadas por um quadro de análise imunizado, metafísico, e não pela processualidade”. A questão é que o princípio da economia processual não permite a redução das atividades processuais com violação aos princípios institutivos do devido processo constitucional.

A eficiência constitui-se em um princípio constitucional (artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) que vincula não somente os órgãos do Executivo mas, também, os órgãos estatais, sejam eles Legislativos ou Jurisdicionais. Se o Estado organiza as várias funções estatais, no sentido de assegurar direitos e garantias fundamentais deve, perfeitamente, equilibrar o fator “tempo” com a principiologia constitucional do processo bastando que, para isso, a atuação da máquina judiciária estatal seja repensada.

Nesse sentido, Ronaldo Bretas de Carvalho Dias (2004a) discorre sobre o princípio da eficiência assinalando que os órgãos do Judiciário devem prestar um serviço público jurisdicional eficiente, o que se contrapõe a um serviço público defeituoso, com mau funcionamento. Segundo ele, a eficiência pressupõe obediência ao ordenamento jurídico e

utilização de recursos materiais e pessoais de forma racional, por meio da garantia do devido processo legal.

Conforme esclarece Fernando Horta Tavares (2007), tal situação reside na necessária alocação de recursos necessários como política pública, por parte do Estado, e a constante fiscalidade da atividade governativa por parte do cidadão. Na verdade, *a eficiência deve ser da administração judiciária*, por meio do gerenciamento e da operacionalização da máquina estatal que é a responsável constitucionalmente pelo processamento e solução dos conflitos. Assim sendo, poder-se-ia começar pela eliminação das chamadas “etapas mortas do processo” (expressão afirmada por Barbosa Moreira), ou seja, pela eliminação daquelas situações em que os autos do processo se encontram sem impulso, afrontando a normatividade procedimental, bem como pela extinção dos chamados “prazos impróprios” destinados aos juízes, servidores e auxiliares do juízo que, acaso sejam descumpridos, não acarretam nenhum tipo de consequência a quem os descumpriu; é estranho pensar que somente os advogados e as partes que estão em juízo pleiteando seus direitos sofram consequências drásticas com a perda dos prazos para se manifestarem, o que viola frontalmente a isonomia processual. Há também a questão relativa aos prazos diferenciados para a Fazenda Pública que, visivelmente, também se mostram como uma afronta à condição isonômica das partes em juízo.

Fernando Horta Tavares (2007) acrescenta ainda outro fator importante a contribuir para a eficiência da máquina judiciária estatal: os encargos de gestão da máquina judiciária estatal devem ser entregues a profissionais da área de administração, e não aos juizes, como acontece nos casos onde há a acumulação das funções de diretor do foro. Conforme prevê referido jurista (2007, p. 222): “(...) o representante do Estado teria como papel central não o de poder administrar, mas de observar e fazer observar o instituto do Devido Processo e Princípios que lhe fundamentam, construindo democraticamente com as partes o provimento (...)”.

Desse modo, pode-se concluir que a superação da ineficiência do Judiciário depende mais de técnicas administrativas para a gestão dos recursos estatais, bem como de uma atividade fiscalizatória por parte dos órgãos do Estado e pessoas que atuam perante o Judiciário. O que se deve atentar, portanto, é pelo simples cumprimento da lei prevista no ordenamento pátrio e menos pela busca incessante por alterações legislativas.

Já no tocante à celeridade, deve-se esclarecer que ela não pertence ao processo, uma vez que este é entendido como uma instituição constitucionalizada balizada pelos referentes lógico- jurídicos do contraditório, isonomia, ampla defesa e direito ao advogado, mas, sim, ao **procedimento**. Conforme já ressaltado anteriormente, processo e procedimento não são

simônimos, mas guardam, entre si, uma relação de inclusão. Assim sendo, é indispensável para a compreensão da “celeridade”, a elucidação do conceito de “procedimento”, a partir da ressemantização feita por Elio Fazzalari.

Para Fazzalari (2006), o procedimento é uma estrutura técnica normativa de atos jurídicos coordenados em uma seqüência, numa relação de espaço e tempo, segundo o modelo legal, em que o ato antecedente da estrutura é pressuposto do ato consequente e, assim, sucessivamente, até o provimento final. O procedimento é a estrutura técnica preparatória do provimento, de forma a ensejar um espaço de diálogo efetivo entre os sujeitos processuais e o compartilhamento de argumentos e provas pelas partes.

Ocorre que no dia-a-dia da prática forense, o que se pode perceber é uma verdadeira “avalanche” de leis processuais tendentes a encurtar o procedimento, de forma a obter um provimento final (sentença) no menor tempo possível, sendo essa, inclusive, a principal justificativa para o surgimento das tutelas de urgência. Acrescentam que o Judiciário está abarrotado de “processos”, que vivemos uma “crise da efetividade do processo”, por isso, sumarizam a estrutura procedimental a ponto de suprimir garantias constitucionais processuais, transformando o que antes era um “procedimento”, num mero “rito”. A respeito dessa busca desenfreada pela “celeridade procedimental” Andréia Alves de Almeida obtempera:

A celeridade processual não poderá minorar as angústias de demora processual, encurtando a processualidade, pois são os princípios institutivos da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do direito ao advogado que encaminham a discursividade para legitimar a atividade jurisdicional.

A celeridade deve ser compreendida no direito democrático pela legalidade e não pelo empenho pessoal do juiz. Contudo, na sistemática do Código de Processo Civil brasileiro, os atos do juiz ainda são apenas voluntariosos ou aleatórios, uma vez que não são preclusivos, já que não sofrem sanção automática ou endoprocessual pelo descumprimento legal. (ALMEIDA, 2005, p. 113).

Desse modo, se percebe que, de acordo com o atual estágio de desenvolvimento da ciência processual moderna, qualquer alteração legislativa que pretenda a sumarização da cognição deve ser entendida não como um avanço rumo a uma “aparente” efetividade e celeridade, sendo, na verdade, um retrocesso, um ato de império e autoridade que vai totalmente contra a atual discursividade processual democrática, na qual os destinatários podem construir, mediante os princípios que instituem o devido processo constitucional, o provimento final que irá afetar-lhes.

Conforme afirma Helena Guimarães Barreto (2007), a celeridade procedimental está intimamente relacionada a um provimento tempestivo, o que implica o cumprimento da

legalidade prevista, principalmente pelos órgãos jurisdicionais, com a observância do devido processo legal.

### **2.3 Teoria Neo-Institucionalista do Processo**

A Teoria Neo-Institucionalista do Processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (2005a), constitui-se no marco teórico adotado no presente estudo por ser a mais adequada a justificar a existência das tutelas de urgência no nosso ordenamento jurídico-processual. Tal teoria pretende alçar o Processo definitivamente a nível constitucional, na medida em que o conceitua como instituição constitucionalizada garantidora da principiologia que viabiliza a própria democracia, qual seja, os princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa e, por extensão, a indispensabilidade do advogado. Desse modo, as tutelas emergenciais apresentam-se inseridas no contexto do Estado Democrático de Direito porque conduzem à defesa e proteção da fruição de direitos fundamentais previstos ao longo de todo o texto constitucional, não através da benevolência de um julgador, mas em atenção à própria sociedade, e por constituírem técnicas processuais aptas a contribuir para a consolidação da legitimidade normativa pela discursividade democrática.

Nesse sentido, o Processo não mais se apresenta como instrumento da jurisdição, já que há de ser observado em toda atuação estatal, como mecanismo de fiscalização da própria atividade do Estado colocado à disposição do cidadão. Conforme informa o próprio autor:

O que distingue a *teoria neo-institucionalista do processo* que estamos a desenvolver da teoria constitucionalista que entende *processo* como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas (numa Assembléia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal) é a proposta de uma *teoria da constituição* egressa de um espaço processualizado em que o *povo total* da Constituição Política é, por direito-de-ação coextenso ao procedimento, a *causalidade* dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos. (LEAL, 2005a, p. 100).

Deve-se ressaltar que esta teoria está intimamente comprometida com a teorização constitucional do direito democrático, buscando testificar as teorias que se rotulam como democráticas, utilizando como referencial teórico os ensinamentos de Karl Popper (1987).

De acordo com Rosemiro Pereira Leal (2005a, p. 102) o processo (...) “se impõe por conexão teórica com a cidadania (soberania popular) constitucionalmente assegurada, que torna o princípio da reserva legal do processo, nas democracias ativas, o eixo fundamental da previsibilidade das decisões” que resultam do espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente garantidos, e não são fruto da visão solipsista e autoritária de

nenhum julgador. Elas são construídas ao longo da estrutura procedimental pelas partes em conflito, de forma que qualquer tipo de provimento se torna previsível e não uma surpresa para aqueles que aguardam uma resposta do Estado.

Para que haja essa ruptura com a ordem jurídico-processual até então prevalecente, enraizada em noções de subordinação das partes em relação ao juiz, detentor do poder e de toda a sabedoria, deve-se também desenvolver a concepção de que as Constituições não podem mais ser um estatuto totalizante e exclusivo da atividade estatal, mas um texto que articula as instituições jurídicas. Assim sendo, o Estado aparece como uma delas e com funções específicas, e não como um ente superior e intocável. Na verdade, a única instituição jurídica inviolável deve ser a própria Constituição. Leal nos confirma tal entendimento:

O Estado (*status* da processualidade) e o cidadão já deveriam estar em nível de igualdade institucional pela regência de uma instituição maior, que é hoje a Jurisdição Constitucional pelo Processo, não sendo mais possível, no pós-modernismo, sustentar a existência hierárquica de instituições jurídicas ou a prevalência de uma sobre as outras no bojo constitucional (...) (LEAL, 2005a, p. 52).

A noção de processo como instituição não é derivada da acepção trabalhada pelo processualista espanhol Jaime Guasp (1968)<sup>12</sup> embasada em supostos sociológicos, mas no arcabouço constitucional de garantias fundamentais, como conquista teórica da cidadania juridicamente fundamentada em princípios e institutos que o definem. Sendo assim, conforme explica Leal (2005a), “instituição jurídica” significa o conjunto de princípios e institutos jurídicos que são colocados pelo Texto Constitucional; ou melhor, representa um conjunto de ações constitucionais e infraconstitucionais que vão operacionalizar todo o sistema normativo com a finalidade de garantir direitos assegurados constitucionalmente. Nesse sentido, Leal observa que:

No direito democrático, não se concebe *instituição* como o que tem validade por si mesmo por uma vontade social diluída na corrente vitalista de valores sociais a impor a personificação das idéias governativas (organais) da sociedade ou das

---

<sup>12</sup> Tal processualista desenvolveu sua teoria de processo, por volta de 1940, com o apoio de alguns outros processualistas tais como Eduardo J. Couture que, em seguida, acabou por retornar à teoria bülowiana de processo. Segundo Guasp, o processo seria “*una institución: um complejo de atos, um método, um modo de acción, unitário, que há sido reglado por el derecho para obtener um fin*”. O problema é que esta teoria definia “instituição” não como relacionada ao direito processual, mas influenciada, diretamente, pelo sociologismo reinante na época que, com a propagação das idéias positivistas, fazia sucesso entre os intelectuais da época. (LEAL, 2005a, p. 95).

Conforme bem enfatizado por Del Negri (2003), na proposição mais antiga de Jaime Guasp, “instituição” significa uma reunião de vários fatores sociais extra-jurídicos, que congregam uma situação de observância do agir estatal.

coisas integrantes do patrimônio ético-moral e econômico do mundo da vida social, porque instituir, na processualidade democrática, é um *decidir* advindo de uma *teoria processual* de abertura ampla, isonômica e discursiva na formação da opinião e da vontade como fonte jurídica legitimadora do exercício da normatividade daí resultante. (LEAL, 2002, p. 188-189.)

Tais direitos já devidamente assegurados pela Cártula Constitucional de 1988, são dotados, segundo Leal (2005b) das características de **liquidez e certeza**, uma vez que já estariam processualmente pré-decididos nas bases constituintes da criação do direito. Possuiriam, por isso, **uma executividade incondicionada** que os tornariam direitos de aplicabilidade imediata. Neste sentido, Leal esclarece:

Os direitos postos por uma vontade processualmente demarcada, ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, pertencem a um bloco de direitos **líquidos** (autoexecutivos) e **certos** (infungíveis) de cumprimento insuscetível de novas reconfigurações provimentais e, por conseguinte, só passíveis de **lesões ou ameaças** após efetivamente concretizados *ex-officio* pela Administração Governativa ou por via das ações constitucionais (**devido processo legal**) a serem manejados por todos indistintamente ao exercício da auto-inclusão auferidora dos direitos fundamentais criados e garantidos no nível constituinte da normatividade indeclinável.

Assim, a constitucionalidade democraticamente cartularizada equivale a um título executivo extrajudicial que, em seus conteúdos de **liquidez e certeza**, se lança à imediata satisfação como devida *a priori* pela Administração Governativa, porque, se não adredemente executados os direitos titularizados pela constitucionalização, não há que se falar em lesão ou ameaça a **direitos fundamentais** do nada que pedisse reparos ou socorro por **tutelas de urgência** de um judiciário mesmo que prestimoso e sutil. (LEAL, 2005b, p. 26-27).

Sob essa ótica, pode-se dizer que as tutelas de urgência apresentam-se inseridas no contexto do Estado Democrático de Direito porque conduzem à defesa e à proteção da fruição desses direitos fundamentais, não através da benevolência do julgador, mas pelos anseios da própria sociedade, em estrita observância aos princípios institutivos do devido processo constitucional. Elas se justificam dentro da processualidade constitucional democrática, uma vez que garantem direitos fundamentais já instituídos na Carta Constitucional por meio de um devido processo legislativo, ou seja, uma vez que tais direitos já foram previamente acertados sendo, “certos”, “líquidos” e “exigíveis”. Conforme nos ensina Rosemiro Pereira Leal (2002), o Estado Democrático de Direito é a própria instituição constitucionalizada e delimitadora de um espaço discursivo a ser mantido pelo devido processo constitucional, como referência para a fiscalização irrestrita dos direitos fundamentais já articulados e decididos pela comunidade jurídica.

A noção de **liquidez** e de **certeza**, aqui trabalhada, conforme defende Leal (2005), não se refere a uma mera presunção de incontestabilidade absoluta, mas, sim, a uma devida “institucionalização dos atributos de executividade da cártula constitucional que, quanto a direitos fundamentais, se além à legitimidade provimental da **tutela já antecipada** e irreversível em sede de **coisa julgada constituinte**”. (LEAL, 2005b, p. 30).

É o compromisso dos conceitos jurídicos de **certeza** e **liquidez** com os **direitos fundamentais** que possibilita, dessa forma, a existência das tutelas *in limine litis*, utilizando expressão de Leal (2005b, p. 27), no atual Estado Democrático de Direito uma vez que, nesse caso, a sumarização da procedimentalidade se daria em face da inadimplência dos agentes diretos e indiretos da Administração Governativa quanto a direitos já previamente acertados em um título executivo constitucional. É o que assevera Leal ao afirmar que:

A decisão judicial determinante (mandamental) ou protetora desses direitos é autoexecutiva de **certeza e liquidez** advindas do **título** constituído pelo legislador constituinte. A menção de **direitos líquidos e certos**, ensejadores de **tutelas de urgência** na democracia, **não** é reconhecida, como preconiza Nelson Nery Júnior, em nome de “*interesse superior de justiça*” ou da eficácia da “*atividade jurisdicional*”, mas porque já pré-decididos no plano constituinte como **direitos fundamentais** que, uma vez pleiteados em bases pré-cógnitas e inequívocas da estrutura de admissibilidade das ações constitucionais, exigem execução judicial nos Estados Democráticos de Direito. (LEAL, 2005b, p. 28).

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa de 1988, que possui em seu conteúdo tais direitos prontamente exigíveis por toda a sociedade, deve ser entendida como um título executivo extrajudicial de obrigação de fazer da Administração Pública em prol da comunidade jurídica, devendo o Estado, devidamente institucionalizado, ser um espaço jurídico da processualidade pronto a resgatar esses direitos, mediante a aplicação das tutelas legais, dentre as quais as tutelas de urgência (LEAL, 2002). Na verdade, deve-se ressaltar que o Estado não é o produtor dos direitos fundamentais, uma vez que é instituído por eles também e pela vontade do povo. “Toda a produção, a atuação e a aplicação do direito na democracia só se validam no espaço estatal discursivo do *devido processo constitucional* como lugar de sua legitimidade originária em suas vertentes dos devidos processos legislativo e legal” (LEAL, 2002, p. 130).

Assim sendo, pode-se concluir que a concessão das tutelas de urgência, na atual processualidade constitucional, resulta da atividade das partes, e não de uma presunçosa autocracia dos julgadores, exercida anteriormente ao procedimento judicial em que se requer o acautelamento, na medida em que a ampla defesa, o contraditório e a isonomia foram devidamente exercitados quando da criação da norma constitucional definidora dos direitos

fundamentais. Assim, o provimento que atende ao requerimento de urgência se fundamenta nessa realidade criada pela Constituição Federal, e não numa visão solipsista e pressupostamente contextualizada em saberes inatos e absolutos na justificação e aplicação do direito.

## **2.4 Do Conceito de “Tutela” na Teoria do Processo**

Inicialmente, antes de se adentrar no tópico central do presente estudo, é interessante conceituar o que seja o instituto da “tutela”, buscando realizar um estudo comparativo entre uma visão tradicional, que trabalha o direito processual ainda arraigado em noções de subordinação e dominação, e uma visão mais adequada ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito, que busca considerar o processo muito mais como uma metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais, seguindo os ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho (1984). Após essa análise poder-se-á entender melhor qual o real significado das “tutelas de urgência” numa perspectiva que melhor se adeque ao atual paradigma constitucional e ao modelo de um processo como instituição constitucionalizada balizada pelos seus referentes lógico-jurídicos do contraditório, isonomia e ampla defesa.

### ***2.4.1 Acepção tradicional do conceito de “Tutela”***

Conforme prevê o artigo 3º da Constituição da República Federativa de 1988, o Estado brasileiro tem por objetivos a criação de uma sociedade livre, justa, e solidária, que erradique a pobreza e as desigualdades, na qual se garanta o bem de todos. Desse modo, criaram-se normas de convivência social, de forma a permitir a coexistência de todo o povo de forma harmônica e pacífica. Sendo assim, além de criar referidas normas, o Estado também assumiu o compromisso de tornar efetiva a aplicação delas, propiciando aos indivíduos lesados ou ameaçados pela sua violação, a devida proteção, conforme prevê o artigo 5º, XXXV, da Constituição Republicana, ao determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, entende-se que quando se fale em tutela jurisdicional se está a falar em assistência, amparo, na vigilância que o Estado exerce por meio de seus órgãos jurisdicionais a todos os indivíduos. Na verdade, este é, sim, um dever estatal, e que deve ser prestado de forma eficaz e, para isso, o Estado se aparelha de modo a oferecer uma “prestação jurisdicional”, da melhor forma possível e da maneira mais rápida.

Assim sendo, percebe-se que o conceito de “tutela jurisdicional” está relacionado com o modo de atuar a jurisdição, e com o resultado dessa atividade, ou seja, como sinônimo de *proteção*. Busca-se, assim, a formulação de juízos sobre a existência de direitos reclamados, impondo as medidas necessárias à manutenção ou reconhecimento dos direitos reconhecidos, dando-se a efetiva proteção que o Estado se comprometeu, por imposição constitucional.

Desse modo, em 1973, com o Código de Processo Civil, atribuiu-se ao Estado-Juiz o chamado “poder geral de cautela”, ou seja, o poder de “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, , antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, conforme prevê o artigo 798. Ocorre que daí surgiu outro problema para os operadores do direito, conforme ressalta Teori Albino Zavascki (2005), qual seja o de se saber qual a verdadeira extensão desse poder: se seria somente de garantir o processo, ou se comportaria também providências que representassem a própria antecipação do direito material pretendido pelo autor.

E foi nessa celeuma processual que surgiu a reforma de 1994, dando nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, onde foi autorizado ao Estado-Juiz, conforme entendimento da maioria da doutrina brasileira tal como Marinoni (2006), Theodoro Júnior (2002), a possibilidade, desde que atendidos certos requisitos, de antecipar os efeitos da tutela definitiva de mérito, possibilitando-se, assim, a concessão de medidas de antecipação do próprio direito material afirmado pelo autor, ou seja, com finalidade diferente da prevista para as medidas cautelares. Desse modo, surgiram as chamadas medidas provisórias satisfativas.

Nesse sentido, parte dos processualistas brasileiros tais como Luís Guilherme Marinoni (2004), Teori Albino Zavascki (2005), ao entenderem o processo como uma relação jurídica entre as partes e o juiz, de forma que estas estariam em uma situação de subordinação com relação à aquele, entendem que, existira, aí, uma situação de tensão entre dois direitos fundamentais: segurança jurídica<sup>13</sup> e efetividade da jurisdição<sup>14</sup>. Tal conflito poderia ser

---

<sup>13</sup> Por “segurança jurídica” entende Zavascki (2005, p. 66) ser o resultado de garantias extraídas do princípio do devido processo legal, no sentido de que “não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo hão de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal”. Nesse sentido, seria direito fundamental do litigante o direito à chamada *cognição exauriente*, onde haja a presença dos princípios constitucionais processuais.

<sup>14</sup> Por “efetividade da jurisdição” Zavascki (2005, p. 65) entende como “o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização *fática* de sua vitória”. E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se seja também expedita, pois é

resolvido por meio da produção legislativa, buscando-se regras de conformação, ou por meio da via judicial direta, ou seja, por meio da jurisprudência. De qualquer forma dever-se-ia, necessariamente, optar por um direito em prol do outro, ou seja, sacrificando-se um para que o outro sobrevivesse. É o que defende Zavascki:

A concordância prática entre direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras: há a regra criada pela via da legislação ordinária e há a regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos de conflito. (...)

Em qualquer caso, considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais conflitantes, a solução do impasse há de ser estabelecida mediante a devida ponderação de bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique uma *relação específica de prevalência* de um deles.

O certo é que (...) qualquer que seja o agente ou a via utilizada, a solução do conflito entre direitos fundamentais, na busca de concordância prática entre eles, opera, necessária e invariavelmente, uma *limitação* de um em benefício do outro. (ZAVASCKI, 2005, p. 63)

Desse modo, por se tratar de direitos fundamentais de igual hierarquia, no plano normativo, ambos deveriam merecer idêntica e estrita observância. Nesse aspecto, haveria um elemento fático capaz de desencadeá-los, que é o fator tempo. Segundo doutrina tradicional, conforme já explicitado anteriormente, o decurso do tempo seria considerado como um fator inevitável e prejudicial para a garantia da efetividade da jurisdição, e também um problema para a segurança jurídica, especialmente quando a situação fática reclamasse tutela urgente. Sempre que se tiver presente situação dessa natureza, haveria, assim, hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, que exigiria uma medida harmonizadora.

Nesse caso, conforme assegura Zavascki (2005), a única saída seria a adoção de medidas de caráter provisório que seriam capazes de superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos. Deve-se ressaltar que a tarefa de harmonizar ambos os direitos em conflito, para a doutrina tradicional, ficaria a cargo do juiz que com sensibilidade e prudente arbítrio deveria adotar qual medida provisória seria mais adequada ao caso concreto, de acordo com os requisitos de cada uma das duas medidas: a cautelar permitindo a efetividade do processo por meio de uma garantia (medida genuinamente cautelar, fundada no artigo 798 do Código de Processo Civil), e a antecipação de tutela permitindo a efetividade por meio da antecipação dos efeitos da tutela de mérito pretendida.

Nesse sentido pode-se perceber a noção de conflito entre direitos fundamentais de igual hierarquia o que, numa visão tradicional bülowiana de Processo, ficaria a cargo do juiz a

---

inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, 'sem dilações indevidas'.

função de resolvê-lo pela harmonização entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição, e teria como principal empecilho, o fator tempo. Assim sendo, buscou-se imprimir velocidade aos procedimentos, de forma a se obter uma “prestação jurisdicional” no menor tempo possível, ainda que, para isso, se inobservasse direitos e garantias constitucionais processuais. As “tutelas” provisórias se tornam, assim, hábeis instrumentos nessa busca desenfreada por essa “aparente” efetividade, uma vez que permitem a antecipação de efeitos de uma futura sentença, ou garantem um processo principal, sempre com a visão de que o grande problema está na ordinaryidade, no procedimento de cognição, que seria incapaz de garantir o accertamento de direitos em tempo adequado.

Luís Guilherme Marinoni (2004) defende, inclusive, o uso das medidas provisórias sem nenhuma timidez, já que são um importante remédio a fim de eliminar um mal que já está instalado em nosso ordenamento jurídico, que é a da distribuição do ônus do tempo do processo, uma vez que tal fator sempre prejudicou o autor que tem razão. Segundo ele, não pode haver efetividade sem riscos à ordem jurídica, já que o cômodo procedimento ordinário é antigo e inadequado e não pode mais ser aplicado fielmente em nossos dias atuais, cabendo ao juiz um novo papel, capaz de tratar de “novos direitos” e de entender que as novas situações carentes de tutela não podem suportar o mesmo tempo gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás.

#### ***2.4.2 Do conceito de “tutela” no atual Estado Democrático de Direito***

O atual paradigma constitucional do Estado de Direito Democrático exige, necessariamente, uma nova releitura dos institutos jurídicos até então tradicionalmente conceituados no paradigma do Estado Social de Direito e no paradigma do Estado Liberal. E um dos institutos mais importantes na seara do direito processual, e que sofreu uma verdadeira revolução na sua forma de ser compreendido é no tocante ao novo conceito de “processo”. Atualmente o processo é uma “instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa”, conforme preleciona Leal (2005a) não mais podendo ser compreendido como uma simples relação jurídica entre as partes, numa idéia de subordinação e inferioridade entre as partes e destas com relação ao julgador. Desse modo, de acordo com a lição do referido processualista “não podemos mais imaginar o processo como um condão mágico capaz de conduzir as pessoas a uma ordem jurídica justa pelas mãos do Judiciário” (LEAL, 2005a, p. 93). Nesse aspecto todos os demais institutos jurídico-processuais sofrem também uma readequação conceitual

de acordo com um processo, agora, construído em bases democráticas, e sem dúvida, o instituto da “tutela” é um deles.

Inicialmente não se pode mais pensar a necessidade da “prestação jurisdicional” na perspectiva de um consumidor de serviços jurisdicionais, pois, caso se pense dessa forma, estar-se-ia afastando do Direito Processual e se aproximando de outras searas do direito, tal como o Direito Econômico, ou Direito do Consumidor. Deve-se preocupar se na construção dos procedimentos jurisdicionais, direitos e garantias constitucionais estão sendo observadas, devendo haver, isto sim, uma mudança do foco de análise do Processo e dessa busca desenfreada pela “efetividade” como a simples agilidade na prestação jurisdicional. O processo deve ser efetivo não para ser mais rápido, mas para garantir a observância a direitos e garantias processuais. Isto é que é efetividade, ou seja, uma efetividade que se dê não “no processo” mas, sim, “pelo processo”.

A dúvida que surge quando se fala de “tutela”, é, na verdade, buscar entendê-la se é ato da jurisdição, capaz de dar a proteção requerida pela parte requerente pelas mãos de um juiz onipotente e infalível, ou se seria somente a manifestação do conteúdo da lei. Em outras palavras, devemos nos questionar se o instituto da “tutela” significa, realmente, mera proteção ou amparo provimental por antecipação dos efeitos de uma futura sentença de mérito ainda inexistente, ou se seria uma antecipação dos efeitos da tutela da lei já vigente e criadora de direitos pretendidos em juízo. Somente nas autocracias é que se permite o manejo da cognição e da atuação de direitos ao bel prazer da jurisdição, de forma que se inobserve a principiologia constitucional do processo e do procedimento. De acordo com Leal (2005e), no atual Estado Democrático de Direito a jurisdição não mais tutela ou cria direitos vigentes, mas apenas os reconhece, por meio de um processo que observe direitos e garantias constitucionais; não protege nada e nem ninguém, mas, simplesmente, aplica a lei cabível ao caso concreto. Nesse sentido deve-se acrescentar que em nenhum trecho do artigo 273 do Código de Processo Civil há referência quanto à “antecipação de futura sentença”. O Código usa da expressão “decisão que antecipou a tutela” no sentido em que ocorre uma decisão interlocutória de declaração da tutela legal, como “antecipatória dos efeitos legais dos conteúdos do direito material deduzido em juízo” (LEAL, 2005e, p. 66).

O problema é que a tutela legal se transforma em tutela jurisdicional pelas mãos da jurisdição, ao longo do procedimento, como se a sentença fosse capaz de antecipar seus efeitos total ou parcialmente. Vale ressaltar que o conceito de jurisdição, nesse aspecto é o de “poder, função e atividade”, ou seja, como manifestação do poder estatal ao decidir imperativamente; como função exercida pelos órgãos estatais; e como conjunto de atividades

desenvolvidas pelo juiz no “processo”.<sup>15</sup> Os autores que seguem tal entendimento acreditam que a sentença é um ato autônomo, concedido pelo juiz, e não fruto de uma construção participada das partes, que estruturam o procedimento. A tutela jurisdicional, assim, não seria o conteúdo da lei aplicada pela sentença, mas a própria sentença, que pode ou não tutelar a lei, conforme nos esclarece Rosemiro Pereira Leal (2005e).

Acredita-se que o problema está no procedimento de cognição, que é demorado e que, por isso, não se prestaria à sua função essencial, qual seja a de acertar direitos no menor tempo possível, se esquecendo que tal procedimento é essencial, onde as partes podem, de fato, discutir os seus direitos, em contraditório, isonomia e ampla defesa, para o fim de preservar direitos e garantias constitucionais; é um procedimento plenário que permite o amplo debate e que, acaso fosse plenamente observado conforme previsto no Código de Processo Civil, sequer precisaríamos de tutelas provisórias, já que as partes teriam a solução de seus problemas em tempo adequado e apto a satisfazer suas pretensões.

---

<sup>15</sup> Tal entendimento é defendido por processualistas tais como Cintra, Grinover e Dinamarco em obra clássica sobre Teoria Geral do Processo: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 129.

### 3- DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988 determina que “ninguém será privado da liberdade **ou de seus bens sem o devido processo legal**”. Nesse sentido, pode-se perceber que, conforme prevê o Texto Constitucional pátrio, a todos os cidadãos é garantido um “processo devido”, quando houver a necessidade da existência de qualquer espécie de procedimento, seja no âmbito jurisdicional, legislativo ou executivo apto a privar alguém da sua liberdade ou de qualquer um de seus bens.

Ocorre que, conforme se verá ao longo do presente capítulo, tal princípio assumiu, atualmente, uma abrangência muito maior do que meramente resguardar os direitos fundamentais da liberdade e da propriedade. O atual paradigma democrático, uma vez que admite a falibilidade do sistema, deve ser constantemente legitimado, o que somente se dá por meio do devido processo legal, o que garante a legitimidade das leis do nosso ordenamento por meio da processualidade jurídica. Assim sendo, nota-se que o “devido processo legal” possui uma função essencialmente fiscalizatória, na medida em que permite a incessante testificação de todo o conjunto de normas, mediante a atuação de outros princípios que, conjugados, formam o devido processo legal.

No direito processual civil, por exemplo, o princípio do devido processo legal é um importante instituto de defesa dos jurisdicionados frente a qualquer espécie de abuso que possa ser cometido pelo Estado, já que o sistema processual civil é essencialmente patrimonialista, buscando a solução para as suas demandas, na maioria das vezes, por meio da via indenizatória.

Nesse sentido, é indispensável a análise desse princípio, de forma pormenorizada, desde seus aspectos históricos até a sua real amplitude no Estado Democrático de Direito, a fim de que se encontre a correta adequação das tutelas de urgência, nosso atual objeto de estudo, no ordenamento jurídico-processual frente à atual processualidade constitucional brasileira. Somente a partir daí poder-se-á compreender qual o papel desempenhado por elas como institutos hábeis a contribuírem para a construção da Sociedade Jurídico-Política Democrática de Direito, bem como entender o verdadeiro fundamento que legitima a presença de tais técnicas processuais no sistema processual pátrio.

### 3.1 Evolução histórica e jurídica do instituto<sup>16</sup>

Os registros histórico-jurídicos tradicionais concedem à Inglaterra, o título de primeiro Estado a mencionar em seu ordenamento jurídico o princípio do devido processo legal, em sua Magna Carta de 1215.

Por volta de 1066, a Inglaterra foi conquistada pelos Normandos, e a partir de então, o Direito inglês desenvolveu-se e se fortaleceu, com o surgimento de um poder central, unido em torno da figura do soberano.

O órgão que determinava as decisões administrativas referentes à comunidade, baseado nos costumes locais, era a Assembléia dos Homens Livres. Após 1066, essa corte, paulatinamente, foi substituída por jurisdições senhoriais, que, inicialmente, decidiam baseadas, também, nos costumes.

O costume prevaleceu como exclusiva fonte de Direito até o século XI. Havia uma multiplicidade de costumes, que variavam conforme as comunidades locais. A partir do século XIII, surgiram os denominados Tribunais Reais de Justiça ou Tribunais de Westminster (nomeados em virtude do local onde se estabeleceram), que passaram a deter a exclusividade de elaboração das regras locais. A competência desses tribunais foi aumentando, gradativamente, e no final de Idade Média, eram os únicos a administrar a justiça inglesa, deixando para as jurisdições senhoriais a apreciação de questões de menor relevância.

O aumento da demanda dos Tribunais Reais sofreu oposição dos senhores feudais, que estavam habituados a decidir e controlar seus domínios e desejavam continuar administrando a justiça.

A doutrina tradicionalista, por exemplo, Fábio Konder Comparato (2006) considera a Magna Carta como o berço histórico e a positivação formal de vários e importantes institutos jurídicos.

Há, entretanto, outra posição doutrinária, tal como a de Ruitemberg Nunes Pereira (2005), que considera que a formulação e o desenvolvimento do instituto do devido processo legal originou-se no reinado franco-germânico do imperador Conrado II, (1024 – 1125). O

---

<sup>16</sup> A identificação do princípio do devido processo legal como um “instituto” decorre da noção, já defendida anteriormente, de que o Processo, por ser uma instituição constitucionalizada com características próprias definidas nos princípios que lhe são integrantes, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Esses princípios, conforme ver-se-á ao longo do presente estudo, são todos irradiados pelo princípio do devido processo legal, de forma que sua natureza jurídica possui amplo grau de fecundidade teórica, assumindo a característica de autêntico “instituto” porque, seguindo os ensinamentos de Rosemiro Leal (2005) “ao estudá-los, depara-se com vasto painel de implicações teóricas de conotações enciclopédicas”. (LEAL, 2005, p. 109).

referido rei, em maio de 1037, editou um decreto – Edito de Conrado – que seria conhecido como sendo o primeiro a reduzir formalmente a um texto escrito o direito feudal e as práticas relativas à transmissão da propriedade.

O Edito de Conrado continha quatro normas fundamentais, sendo que a primeira, determinava que nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal, senão pelas leis do Império (*laws of the Empire*) e pelo julgamento de seus pares (*judgment of his peers*). Tal documento estabelecia o modo de aquisição e transmissão da propriedade e o respeito à regra da hereditariedade do feudo pelos legítimos herdeiros do anterior proprietário. Portanto, esse instrumento objetivava a proteção dos direitos possessórios dos vassallos ante o arbítrio dos senhores feudais.

O decreto feudal de Conrado II acarretou a obrigatoriedade da observância das leis locais e dos procedimentos de julgamento pelos seus pares, o que contribuiu para que se desenvolvesse valores como a justiça, equidade e segurança na Alemanha medieval. Ou seja, demonstra um avanço no campo da regulamentação e proteção dos direitos fundamentais, qual seja o direito de propriedade. Suas normas revelaram além de uma regulamentação dos direitos privados relativos à propriedade, uma positivação de valores sociais, como o ideal de justiça no âmbito das relações privadas. Essa configuração genuína do devido processo legal contribuiu para o desenvolvimento da garantia de proteção dos direitos fundamentais e do seu conteúdo essencial.

O Edito de Conrado teve como uma de suas características a universalidade de suas determinações, rompendo as barreiras territoriais, pois fora adotado por outros Estados europeus, como a Inglaterra.

Segundo Pereira (2005, p.22) “ (...)lançam-se as verdadeiras bases para o que, poucas décadas depois, seria conhecido como devido processo legal (*due process of law*).”

Há uma similitude terminológica no que tange à denominação dada pelo decreto feudal germânico concernente às leis do Império (*laws of the Empire*) e ao julgamento pelos seus pares (*judgment of his peers*) e a expressão inglesa “*Law of the land*”, que integrou o texto da Magna Carta. Tais expressões germânicas foram, posteriormente, transportadas e copiadas junto ao documento inglês de 1215.

A outra semelhança se dá com relação ao regramento da atuação senhorial, pois, não era permitida nenhuma privação dos direitos possessórios sem prévia e expressa previsão legal, fenômeno que na atualidade se assemelha com o princípio da legalidade. Valorizou-se, então, o primado da lei em detrimento da vontade senhorial ou soberana, afastando a liberdade absoluta dos imperadores ou senhores feudais sobre o tema regulado. A lei passa a

ser o único instrumento capaz de limitar os direitos individuais e o comportamento do soberano e da nobreza, em prol de se resguardar os direitos e interesses dos menos favorecidos da sociedade. Ou seja, as condutas deveriam tomar como referência as previsões legais e respeitando seus limites e seus procedimentos de aplicação. Ainda que, existissem razões para a privação da posse da terra feudal, essa restrição deveria respeitar os procedimentos de processo civil colegiado, mesmo que rudimentares, do qual participavam membros da sociedade feudal.

A partir dessa conjuntura, os mecanismos de proteção dos direitos individuais relativos à posse e propriedade passaram a ser legalizados e a estabelecer procedimentos. Esses instrumentos abrangem não só a positivação de tais direitos, como também, estipulam formalidades legais contra as hipóteses de violação dos mesmos. Os direitos somente poderiam ser restringidos nas hipóteses e com o respeito ao que estava previsto nas leis. As limitações desses direitos somente poderiam acontecer caso fossem respeitadas as previsões legais e mediante adequado procedimento coletivo.

Havia fortes conexões políticas entre as famílias reais germânicas e inglesas e os povos normandos. Esse fator propiciou o intercâmbio de muitas normas feudais alemãs para o território britânico, como, por exemplo, o princípio do devido processo legal, ainda concebido nas expressões *Laws of the Empire e Judgment of his peers*, constantes no Editto de Conrado II para o direito inglês. Esse fenômeno aconteceu após a conquista pelos normandos do território britânico, em 1066, liderados por William II, Duque da Normandia. É um evento histórico relevante para a Inglaterra e seu Direito, pois os normandos foram responsáveis pela implantação da estrutura feudal e seus postulados sócio-econômicos, e ao longo dos tempos cristalizou-se uma formulação de princípios jurídicos que ainda influenciam o Direito britânico. Os normandos revigoraram todo o sistema nacional inglês, implantaram novas formas de administração, fortaleceram a monarquia, o baronato e a Igreja e estimularam o desenvolvimento do senso de liberdade e unidade.

Contudo, não houve grandes mudanças na Inglaterra no que tange às áreas econômica e jurídica, pois, os normandos encontraram naquele território um sistema jurídico-governamental já desenvolvido para seus padrões. De acordo com registros históricos, os normandos eram menos evoluídos do que os ingleses, propensos à guerra, incultos e analfabetos. Eles, inclusive, possuíam poucas normas escritas e não tinham um corpo jurisprudencial refinado.

Após 1066, os conquistadores normandos concretizaram uma estreita relação com os reis francos, durante o reinado do império franco-alemão de Conrado II. Houve uma conexão

entre o direito feudal germânico e os institutos até então simplistas do direito britânico, posteriormente à conquista normanda. Alguns institutos do regime feudal desenvolvido pelos francos foram recebidos pelos ingleses, tais como as garantias do Decreto feudal de 1037, os princípios das *laws of the Empire* (leis do império) e do *judgment of his peers* (julgamento pelos seus pares).

O contexto histórico relatado confirma a tese de que as origens da Magna Carta, reprodutora dos princípios retro-mencionados, se encontram, realmente, no Edito de Conrado, de maio de 1037.

Posteriormente, Henrique I sucedeu o rei William II, e editou leis, compiladas na “Carta de Henrique I” que proibiram abusos do reinado anterior, vedaram algumas práticas injustas, e obrigaram a observar o princípio do julgamento das causas pelos compatriotas ingleses, que para muitos historiadores seria uma espécie de reprodução do Decreto feudal de 1037, e que depois seriam repetidas na Magna Carta de 1215.

### ***3.1.1 A Magna Carta de 1215***

Para uma parte da doutrina constitucionalista, dentre os quais Pereira (2005), essas leis produzidas no reinado de Henrique I, são um marco importante na história constitucional inglesa, em virtude das influências na elaboração da Magna Carta.

Durante o reinado de John the Lackland, o rei João da Inglaterra, popularmente conhecido como João Sem Terra, houve um relevante aumento de tributos contra a nobreza, a fim de se custear as campanhas bélicas, dentre as quais a guerra contra a Normandia. Os barões feudais acumularam inúmeras insatisfações com o rei, muitas em virtude de suas medidas opressivas. João Sem-Terra também colidiu com interesses papais, ao se recusar a aceitar a designação de Stephen Langton como cardeal de Canterbury, sendo excomungado pelo Papa Inocêncio III. Diante dessa situação, com escassez de recursos financeiros e pressionado pela Igreja, João Sem-Terra declarou a Inglaterra feudo de Roma e com isso obteve o levantamento de sua excomunhão.

Devido à exação tributária, a nobreza passou a exigir o reconhecimento formal de seus direitos, como requisito para o pagamento dos tributos. O baronato desejava a restauração das liberdades civis e das leis correspondentes, caso contrário, eles desfariam o compromisso de fidelidade e abririam guerra contra o Reino, até que seus direitos fossem assegurados em um documento chancelado pelo próprio rei. Ou seja, a insatisfação dos barões ingleses foi tão somente uma espécie de defesa das tradicionais prerrogativas do clero e da nobreza. Essa,

então, enviou ao rei uma carta contendo demandas a serem cumpridas por ele, o que foi recusada pelo próprio. Com isso, criou-se um clima de descontentamento e revolta por parte do baronato, que mobilizou suas forças marchando rumo a Londres, Northampton e Ware em maio de 1215. O rei, sem apoio para resistir e percebendo a insustentabilidade da situação, acatou as exigências e assinou o documento perante o alto clero e os barões ingleses. Surge, então em 15 de junho de 1215, a Magna Carta de Liberdades ou *Great Charter of Liberties*; ou *Magna Charta Libertatum*. Em 19 de Junho de 1215, a Carta foi confirmada pelo baronato, após o compromisso mútuo de respeitarem as normas nela constantes, e cópias do texto selado pelo rei foram publicadas.

Entretanto, após tê-lo assinado, João Sem-Terra, recorreu ao Papa Inocêncio III, seu superior feudal, que declarou tal documento nulo, em virtude de ter sido obtido mediante coação, sem o devido consentimento do pontifício e que, ainda, prejudicava os interesses reais. Porém, isso não impediu que a promessa real fosse reafirmada inúmeras vezes pelos sucessores de João Sem-Terra.

A Carta foi redigida em latim bárbaro e sem divisões e parágrafos, e era composta de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas. Ao longo dos anos posteriores de sua criação, sofreu várias edições, como exemplo, 1216, 1217 e 1225, tornando-se, a partir dessa data, direito permanente. A cada nova edição omitiam-se cláusulas contidas na edição anterior e as reedições foram reafirmadas solenemente por sete sucessores de João Sem-Terra. Tal fato corrobora a fragilidade impositiva e as dúvidas sobre a validade que cercavam esse instrumento jurídico. De acordo com Comparato (2006, p.78), “suas disposições regulavam várias matérias, desde disposições de sentido puramente local ou conjuntural até outras consideradas importantes na progressiva evolução dos direitos humanos.”

A Magna Carta de 1215 surgiu num contexto para resguardar liberdades individuais, especialmente dos senhores feudais, em face de atitudes arbitrárias e opressivas advindas do poder real. Todavia, a liberdade consagrada em tal documento não atingiu e nem beneficiou uma camada populacional considerável. Pelo contrário, as liberdades protegidas na Magna Carta direcionaram-se para duas classes sociais específicas, pois, o documento:

(...) despontou, antes de tudo o valor da liberdade. (...) mas, liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza – com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, que era o povo. (COMPARATO, 2006, P.45).

Portanto, constitui-se uma espécie de acordo entre o monarca e os barões feudais, reconhecendo-lhes certas prerrogativas especiais. O Capítulo trinta e nove desse documento consubstancia uma importante garantia assegurada ao baronato, pois, proibia condenações reais injustas, que acarretavam o confisco da propriedade, segundo o qual:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito á prisão ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos pares ou pelo costume da terra. (SILVEIRA,1997, p.18)

Esse documento, para os padrões atuais, possuía precariedades e uma técnica primária, porque desprovido de sistematicidade dos assuntos nele abordados, o que obstacularizava a aplicação de suas disposições e deixava ao intérprete a tarefa de executá-las. Expressões genéricas e vagas como “justo”, “injusto”, “lei” ou “costume razoável”, provocavam uma diversidade de interpretações. Houve, então, uma grande dificuldade de concretizar suas previsões. O que para Pereira (2005, p.49) ”Cuidava-se de um instrumento ineficaz. Poucos de seus dispositivos poderiam ser obedecidos. A realidade fática (...) inviabilizou a aplicação dos capítulos 52, 55 e, sobretudo do 39 da Carta.”

Algumas normas contidas na Carta causaram situações contraditórias. Os capítulos cinqüenta e dois e cinqüenta e cinco dispunham sobre o compromisso firmado pelo rei de restituir os bens às pessoas que foram espoliadas ou perderam suas propriedades sem a observância dos procedimentos legais durante o reinado de Ricardo I e Henrique II, e assegurava a restituição desses bens. No entanto, muitos desses bens confiscados foram transferidos para o domínio da nobreza, que se encontrava na insolvência, ou do clero. O capítulo trinta e nove proibia que os barões que receberam tais propriedades fossem julgados sem a observância das leis locais e do julgamento de seus pares.

Por conseguinte, para Pereira (2005, p.50) “Tem-se, nesse sentido, a curiosa situação de uma norma que, de certa forma, serve de proteção legal em favor das ilegalidades”.

Tal documento, em sua edição original, não continha a expressão *due process of law*, mas, constava a expressão *law of the land*. Somente em 1354, pela reedição no reinado de Edward III, no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, foi inserida a expressão *due process of law*, o que seria, por muitos considerada a única inovação, relativamente ao aspecto lingüístico-formal.

Contudo, como ensina Comparato:

O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. (COMPARATO, 2006, p. 78).

Assim sendo, para Comparato (2006), a limitação do poder dos governantes originou-se de direitos subjetivos dos governados, contidos nesse documento do século XIII, o que foi fundamental para a construção da democracia moderna.

A aplicação da Carta foi confiada a vinte e cinco barões, que formavam um comitê responsável por zelar pelo cumprimento e execução do documento. Isso demonstra que houve praticamente uma transferência de poderes do soberano para um grupo restrito da nobreza. Tal comissão detinha amplas prerrogativas, podendo, inclusive, declarar guerra contra o soberano, penhorar e retirar a imunidade dos bens da monarquia.

A noção de devido processo legal, já desenvolvida naquela época, referia-se à limitação da conduta estatal quanto à privação das propriedades dos súditos, em hipóteses que não estivessem previstas nas leis locais ou sem o julgamento de seus pares. Posteriormente, com o aprimoramento do instituto do *due process*, houve uma ampliação da proteção dos direitos individuais, incluindo, também, os direitos referentes à vida e liberdade. Tais direitos e o direito à propriedade não poderiam ser suprimidos, e somente poderiam sofrer limitações, caso fossem respeitados os procedimentos da *common law*, tendo como base o julgamento de seus pares, de acordo com a lei local.

Salienta-se que a Magna Carta tratou:

(...) do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam, portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas. (...) A Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. (COMPARATO, 2006, p.77)

Logo, as idéias de concretização de parte dos direitos individuais e de observância de procedimentos legais originaram-se anteriormente à Magna Carta. Para uma parte de seus críticos, como, por exemplo, Pereira (2006), sua importância não se dá pela inovação ou originalidade em termos materiais, e sim, relativamente ao estudo da evolução do princípio do devido processo legal no âmbito do Direito inglês. A Magna Carta, segundo esse entendimento, fora apenas uma reformulação formal da Carta de Henrique I, que já continha a essência de tal princípio. A sua importância para o direito inglês é de inaugurar o processo de positivação, pois, foi o primeiro texto normativo escrito do Reino.

De acordo com Pereira (2005, p.53) “(...) a limitação originária do *due processo of law* à Magna Carta inglesa de 1215 ignora a evolução histórica do instituto num sentido mais amplo”.

Diante do exposto, conclui-se que a origem do instituto do *due process* remonta ao direito alemão, mais precisamente, ao Decreto Feudal do imperador germânico Conrado II, de 28 de maio de 1037.

A cláusula do devido processo legal também foi recepcionada no direito estadunidense, e consagrada na Constituição americana de 1776. Os protestantes que colonizaram os Estados Unidos já estavam influenciados pelos fundamentos da *common law*, solidamente embasados pela Magna Carta.

Nos países continentais, em geral, só a partir do século XVIII, o Estado sofreu limitações, contidas especialmente na Constituição.

Todavia, o documento inglês ainda carrega relevante significado e referência para o desenvolvimento constitucional inglês, estadunidense e demais Estados. Para Pereira (2005, p. 46) “Nesse sentido, a Grande Carta serve como paradigma de defesa dos súditos, dos administrados, dos jurisdicionados (...), contra as arbitrariedades dos que titularizam o exercício do poder”.

O direito brasileiro, desde a Constituição republicana de 1891, já fazia menção a corolários desse princípio. Todavia, foi a Constituição de 1988 que trouxe expressamente em seu bojo, pela primeira vez, a expressa garantia do devido processo legal. Inicialmente, tal princípio era considerado pela comunidade jurídica brasileira como mera garantia procedimental, restrita ao contexto processual penal. Somente aos poucos se expandiu para o campo cível de modo generalizado, mas ainda sob o mesmo enfoque.

Dessa forma, com a adoção expressa do princípio do devido processo legal na Carta Magna de 1988, no seu artigo 5º, LIV, ergueu-se, esta, ao nível das Constituições mais avançadas do mundo, em termos de garantia da tutela jurisdicional.

Diante disso, pode-se afirmar que a positivação do devido processo legal no Texto Constitucional de 1988 provocou um rompimento no dogmatismo processual, fazendo com que suas regras formais fossem vivificadas pelos preceitos fundamentais. Essa atitude tornou-se necessária a fim de que se pudesse ter uma visão unitária do ordenamento jurídico, que interpreta a norma em conformidade com a Constituição.

Nesse aspecto, o mais importante a ser salientado, neste momento, é que o princípio do devido processo legal não é um direito ínsito à natureza do homem, muito menos um princípio de origem superior divina. Trata-se, na verdade, de um princípio inserto em uma

Constituição democrática, que optou pelo modelo do Estado Democrático de Direito. De escolha de uma sociedade livre, cujos agentes pretendem participar, segundo modelo de processo por ela eleito, da formação de decisões que lhes dizem respeito, seja no aspecto individual ou coletivo.

### **3.2 Peculiaridades na concretização do princípio do devido processo legal**

Conforme já enunciado no item anterior, quando do surgimento do instituto do devido processo legal, houve grande confusão conceitual na delimitação de seu campo de atuação. Inicialmente entendia-se que sua aplicação estava restrita ao processo penal servindo, apenas, como garantia processual ao acusado, no caso de julgamento pelo tribunal do júri, visando ao igual tratamento processual. Mas, mesmo para se obter essas garantias, na essência, estava a limitação do poder governamental, o que só foi percebido com clareza mais tarde. Por isso, o princípio do devido processo legal evoluiu como um precioso instrumento, manejável através do Processo, como modo de contenção do chefe do governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades. Dessa forma o princípio do devido processo legal combina-se, no Estado Democrático de Direito, com o direito de acesso à Jurisdição (Artigo 5º, XXXV), com o contraditório e a ampla defesa (Artigo 5º, LV) todos da Constituição Federal, fechado-se, assim, o cerco das garantias processuais. Dessa forma vem Cretella Júnior (1990), afirmando o seguinte:

A expressão “devido processo legal” é a versão literal da expressão inglesa ‘due process of law’ e correspondente em nossa língua à ‘adequado processo jurídico’. Devido processo legal é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova (desde que obtida por meio lícito) que seu advogado possa produzir em juízo. (CRETELLA JÚNIOR, 1990, p. 530).

Nesse ponto vale ressaltar que as garantias do contraditório e da ampla defesa são intimamente ligadas, porque da oportunidade da defesa exerce-se o contraditório e, pela informação que se dá pelo contraditório, faz-se possível a defesa. Eis a interação entre os dois princípios.

Segundo alguns autores, tais como Maria Rosynete Oliveira Lima (1999) esses dois princípios supra citados, acrescidos aos do juízo natural, e ainda outros, não são corolários, deduções, ou conseqüências do devido processo legal, mas princípios que têm um grau de

concretização mais elevado e que são chamados a concretizar o devido processo legal, sendo assim chamados de “subprincípios”.

No tocante ao Estado Democrático de Direito, não se pode falar em hierarquia de princípios, onde uns teriam prevalência e teriam mais valor do que outros, mas deve-se considerar que todos os princípios, uma vez expressamente previstos na Carta Constitucional de 1988, tem a mesma hierarquia e devem ser igualmente observados. Caso se permitisse uma valoração de princípios, estaríamos permitindo que esse juízo de valor ficasse nas mãos de um único julgador, deixando as partes sem nenhuma garantia, tornando-se, o Processo, um instrumento de tirania por parte dos “infalíveis” magistrados. Dessa forma podemos dizer que, com todo o respeito à referida jurista, não parece ser este o melhor entendimento acerca do princípio do devido processo legal, e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Pode-se dizer, sim, que o devido processo legal não tem maior ou menor prevalência do que outros princípios, mas que é um princípio irradiador de outros princípios, conforme veremos ao longo do presente estudo.

Diante de tantas divergências conceituais acerca de um instituto de tamanha importância como o devido processo legal, o mais sensato a se dizer, de acordo com a sociedade atual, e de acordo com as modernas teorias de Processo como instituição constitucionalizada, deve-se considerá-lo como uma verdadeira expressão do Estado Democrático de Direito, servindo não apenas para concretizar um Estado de direito formal, ou legalista, mas, servindo, acima de tudo, como um direito de defesa frente ao Estado.

### **3.3 O devido processo legal sob um duplo enfoque**

Na doutrina tradicional, tal como Barroso (1998), Nelson Nery Júnior (1995), ainda arraigada nos moldes americanos de onde foi inspirado o princípio ora em estudo, faz-se uma distinção entre devido processo legal procedimental e devido processo legal substantivo. De início vale ressaltar que tal distinção é meramente acadêmica, e muitas das vezes não se presta a esclarecer qual o verdadeiro sentido de referido instituto no Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual não nos preocuparemos em esgotar totalmente as diferenciações entre as duas vertentes do princípio do devido processo legal.

#### **3.3.1 “Substantivo”**

O devido processo legal, tal qual concebido em sua origem, era entendido no sentido em que hoje se emprega a terminologia direito processual procedimental. Posteriormente criou-se, no direito norte-americano, a noção de devido processo legal substantivo.

De acordo com parcela da doutrina, sobretudo da corrente instrumentalista, o conteúdo material do devido processo legal significaria que o Estado não pode, a despeito de observar a seqüência de etapas em um dado procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais. Exigir-se-ia razoabilidade da restrição.

Mas, o problema reside em se saber o que é razoabilidade? Ou seja, há dificuldade em afirmar-se critérios claros de argumentação que justifiquem e facilitem o controle intersubjetivo da utilização da razoabilidade.

Alguns autores tais como Luís Roberto Barroso (1998) sustentam que a razoabilidade poderia ser decomposta em três aspectos básicos: a)- a verificação da legitimidade dos fins pretendidos pelo Estado, ou a sua adequação aos meios e fins preconizados pelo Texto Constitucional, que seria a razoabilidade externa; b)- a adequação dos meios prescritos em relação aos fins visados, que seria a razoabilidade interna, ou seja, a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins; c)- a aceitabilidade dos atos legislativos ou das decisões judiciais, expressos pelo sentimento comum de uma dada época, com um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para se aferir se eles estão agindo com presteza e justiça.

Carlos Roberto de Siqueira Castro (1989) também identifica no devido processo legal substantivo, uma relação íntima com o princípio da razoabilidade:

O devido processo legal substantivo é uma inesgotável fonte de criatividade constitucional, a ponto de haver se transformado, ao lado do princípio da igualdade, no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, com destaque para a sua novel função de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, notadamente da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos em geral do Poder Público. (CASTRO, 1989, p.3.)

Já outros autores tais como Rosemiro Pereira Leal (2005a), numa visão moderna e condizente com o atual paradigma constitucional, entendem o devido processo legal substantivo como um princípio estritamente ligado ao princípio da legalidade:

O instituto do devido processo legal, mais que conjunto normativo de regência principiológica do proceder, há de ser entendido, também, como devido processo legal substantivo, porque tem fonte no princípio da legalidade (reserva legal). Com a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da

legalidade foi instituído por norma fundamental inscrita no artigo 5º, II. (LEAL, 2005a, p. 64).

Já Nelson Nery Júnior (1995) diz que o devido processo legal substantivo indica a aplicação desse princípio no campo do “direito material”. Nesse sentido o jurista cita o direito administrativo para exemplificar a aplicação daquele, dizendo que em tal área o princípio se traduziria na observância do princípio da legalidade pela Administração Pública ou, ainda no setor da função legiferante, na submissão dessa ao princípio da razoabilidade das leis.

Assim sendo, pode-se finalmente considerar o devido processo legal substantivo como se referindo ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, ou seja, se a sua substância está de acordo com o devido processo, como cláusula constitucional garantidora de liberdades civis.

Em suma, pode-se dizer que o devido processo legal “substantivo” está relacionado à legalidade em todos os âmbitos, seja legislativo, administrativo ou jurisdicional, não podendo, a sua identificação, estar simplesmente relacionada ao princípio da razoabilidade. A definição do que é ou não razoável é algo subjetivo e que carece de critérios legais que possam conceituá-lo. Assim sendo, a utilização da relação entre “devido processo legal substantivo” e “razoabilidade” acaba por se tornar uma justificativa plausível para a arbitrariedade estatal no exercício de suas funções, o que é totalmente incompatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado no império da lei sobre todo o ordenamento jurídico e na concepção de que todo o poder tem o povo como sua fonte de legitimação, de forma que os órgãos estatais somente o exercem por delegação.

### **3.3.2 “Procedimental”**

O devido processo legal procedimental, ou processual, possui raízes históricas mais profundas e articula-se com as garantias mais diretamente ligadas ao processo.

Nesse sentido vem Nelson Nery (1995) tecendo algumas considerações a respeito do tema, se referindo ao aspecto penal do referido instituto:

(...)E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução ‘devido processo legal’, como se pode verificar da enumeração que se fez das garantias dela oriundas: a)- o direito à citação e ao conhecimento do inteiro teor da acusação; b)- direito a um rápido e público julgamento; c)- direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d)- direito ao procedimento contraditório; e)- direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis; f)- direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g)- direito

contra medidas ilegais de busca e apreensão; h)- direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i)- direito à assistência judiciária gratuita.(NERY JÚNIOR, 1995, p.74).

Na mesma linha, Paulo Fernando Silveira (1997) trabalha a distinção entre devido processo legal substantivo e devido processo legal procedimental, buscando delimitar o campo de atuação do segundo:

(...) O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica.( SILVEIRA, 1997, p. 80)

No tocante ao seu aspecto penal, o devido processo legal procedimental é, de longe, o mais utilizado pelos cidadãos em defesa das suas liberdades básicas. Daí se avultam algumas garantias elementares tais como o direito constitucional de ser ouvido antes da aplicação de sanções civis e criminais. Assim, a função básica do devido processo legal procedimental consiste em proporcionar uma oportunidade de ser ouvido no tempo oportuno e de maneira adequada, observando-se, desse modo, as garantias fundamentais decorrentes do devido processo legal.

Conforme esclarece Patrus Ananias de Souza (2001), numa visão moderna que observa o atual paradigma constitucional brasileiro, uma vez entendido o processo como espécie de procedimento em contraditório, poder-se-ia concluir que o devido processo legal, no sentido substancial e procedimental, se unificaria em um só. Uma vez entendido o devido processo legal em sentido substancial como vinculado ao princípio da legalidade dos atos administrativos; aos direitos fundamentais assegurados na Constituição e na legislação infraconstitucional; e à obediência aos princípios de constitucionalidade na elaboração das leis, ambos se unificariam na medida em que a garantia desses direitos materiais, quando lesados ou ameaçados, se dá pela utilização das normas processuais ou instrumentais segundo o modelo constitucional de processo. Ou seja, o devido processo legal substancial e o procedimental estariam unificados na garantia dos “direitos decorrentes das normas materiais prévias e vigentes”.

Seguindo ainda o raciocínio do referido autor, não se pode pretender que o “processo” cubra todas as possibilidades relacionadas com o devido processo legal em sentido material. Um ato administrativo que não tenha percorrido os trâmites do contraditório ou uma lei que

tenha sido aprovada por unanimidade, por exemplo, não passaram pelo crivo do contraditório, mas são legais, na medida em que as condições para que este se manifestasse foram dadas. O fundamental é que tenham sido observados os procedimentos constitucionais.

Conforme se afirma que o processo é ponto unificador do Devido Processo Legal nas suas duas vertentes, pode-se ampliar o conceito e dizer que o Devido Processo Legal unifica as duas faces também no procedimento, quando a situação jurídica em foco extrapole ou fique aquém das condições do processo. Desse modo, Patrus Ananias de Sousa (2001) defende a busca por uma abordagem unificadora e integradora do Devido Processo Legal, no processo e/ou no procedimento, à luz do Direito Constitucional, com a finalidade de garantir a eficácia da Constituição e do ordenamento jurídico, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais do homem. A violação ou ameaça a esses direitos, assegurados, primeiramente, nas normas materiais, implicam a utilização das normas processuais, a partir das normas contidas na Constituição, para assegurar esses direitos. São as duas faces de uma mesma moeda.

### **3.4 Uma visão instrumentalista do devido processo legal**

Um dos objetivos do presente estudo é traçar um panorama geral sobre o instituto do devido processo legal, bem como suas origens, diferenças conceituais, análise evolutiva e, sobretudo, uma análise comparativa e crítica de como esse princípio foi concebido dentro de outras teorias do Processo. Sendo assim, faz-se mister um breve estudo sobre como esse referente lógico-jurídico<sup>17</sup> foi delimitado por uma das escolas mais tradicionais no estudo do Processo, que é a Escola Instrumentalista do Processo.

Conforme afirma Calmon de Passos (2000) o caráter instrumental de qualquer norma processual consiste no fato de que só lhe cabe intervir quando a norma substancial deixar de ser voluntariamente atuada, e também no sentido de que o direito substancial é indispensável para o direito processual.

Isso, contudo, não autoriza concluir que o direito processual seja secundário em relação ao direito material. Segundo o referido jurista, há entre eles uma relação de interdependência, na qual o escopo do processo é assegurar o que foi prometido pelo direito material sem desvirtuar-se para outro objetivo e sendo assim, nem o procedimento é

---

<sup>17</sup> De acordo com Leal (2005), todo “princípio”, em direito, é um “referente lógico-jurídico”, na medida em que se define como o marco teórico genérico e que se desdobra em outros princípios, balizando conceitos que lhe são inferentes.

indiferente em face da prestação que lhe cumpre efetivar, nem essa prestação é viável de ser obtida sem a estrita obediência ao procedimento adequado. Disso se conclui, segundo ele, que a instrumentalidade se equipara à adequabilidade.

Daí poder-se-ia dizer que falar em instrumentalidade é incorrer-se em um equívoco de graves conseqüências porque se conduz ao falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer o direito, o ser do direito, do processo de sua produção, o direito material do direito processual, já que poder-se-ia considerar o processo, na verdade, como a linguagem que dá concreção ao direito.

Assim sendo, se na concepção pré-moderna foi admitido atribuir ao processo o caráter de mero instrumento, porquanto se afirmava pré-existente e dominante o direito material, a crise experimentada por essa compreensão na pós-modernidade determinaria um novo modo de pensar o processo. A partir daí o Processo deixa de ser pensado como um mero instrumento, impotente, para interferir na substância do direito, isto porque ele próprio, processo, enquanto direito, deveria submeter-se, tanto quanto ao direito material, às leis da razão. Daí a doutrina haver acentuado a sua interconexão substancial com o direito material, de que passou a ser uma extensão vale dizer, tão submetido, quanto ele, às leis da razão, sem o que o desqualificaria enquanto direito, interferindo, ainda, e negativamente, na racionalidade inerente àquele.

Conforme defende Leal (2002), um dos problemas gerados pela instrumentalidade foi de ignorar o conjunto de fatores que determinaram uma nova postura para pensar e aplicar o direito em nossos dias, quais sejam a crise da razão instrumental, a partir dos desencantos do socialismo real e com a crise do Estado do Bem-Estar Social. Tudo isso denuncia a existência de um novo paradigma, a pedir que seja repensado o que ontem se tinha como certeza.

Foi a consciência dessa mudança que motivou a reflexão jurídica de pessoas que estão se tornando referências em nosso tempo. Poder-se-ia defini-las como adeptas da institucionalização do direito. Torna-se fundamental, pois, institucionalizar-se o que provisoriamente pode ser denominado de *status activus processualis*, concebido como o reconhecimento do direito fundamental de participar, ativa e responsavelmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas em todos os seus níveis, bem como na institucionalização das respectivas estruturas organizativas.

Logo, continua Leal (2005a) prescrevendo que se se quiser identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, conclui-se por identificá-la como constitucionalização do processo. Decorrência necessária dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram na mais significativa

participação nas decisões políticas de um maior número de pessoas e instituições. A noção de devido processo legal, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se de caráter mais abrangente de garantia do devido processo constitucional. Compreendido o direito como algo não dado ao homem pela sua natureza, mas por eles produzido, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se ao quanto estabelecido para sua produção, em qualquer de seus níveis. Precisamente esta ótica constitucional do processo foi o que fundamentou o passo adiante no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar o direito, como também organizar democraticamente as funções vinculadas à sua produção e aplicação.

Desse modo Leal (2005a) conclui que um dos grandes problemas gerados pela instrumentalidade do processo foi a quebra do equilíbrio processual que as várias reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente agindo como o detentor do poder na relação processual, estando, portanto, potencialmente melhor aparelhado para oprimir expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, a quem cabe o dever ético de comprovar a inelutável sujeição do outro à sua pretensão. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, a agravassem até atingir o intolerável, quando se queria e se necessitava apenas de reformulação.

### **3.5 O princípio do devido processo legal no Estado Democrático de Direito**

Atualmente, na sociedade pós-moderna em que vivemos, pode-se considerar que o devido processo legal teve o seu alcance constitucionalmente dilatado, apto a servir de limite constitucional à imposição judicial ou administrativa de ordens ou decisões legislativas ou governamentais que se afigurem contrárias ao direito. Em outras palavras, ele está caracterizado constitucionalmente como uma verdadeira expressão do Estado Democrático de Direito.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Cabe ressaltar, aqui, que a expressão “devido processo legal” está a significar tanto o devido processo constitucional (principiologia constitucional consubstanciada pelos referentes lógico-jurídicos do contraditório, ampla defesa e isonomia que constituem garantias constitucionais esculpidas na Cártula Constitucional de 1988 aptas a reger a legitimidade dos procedimentos infraconstitucionais), bem como o devido processo legal propriamente dito (conjunto de procedimentos traçados previamente em lei). Porém, tal diferenciação é feita por Rosemiro Pereira Leal (2005), servindo como referência e como marco teórico para o presente estudo. Alguns autores tais como Dhenis Cruz Madeira (2006) entendem que o “devido processo” deve ser entendido como um só, ou seja, que não haveria sentido em diferenciar-se um devido processo constitucional e um devido processo legal, uma vez que, sobretudo com a colaboração de autores tais como Hector Fix Zamudio (1977), no México, e José Alfredo de Oliveira Baracho (1984), no Brasil, todo processo é de índole constitucional,

Nessa ordem de pensamento, deve-se rever o tratamento dado, até então, a esse princípio, no sentido de que sua incidência se dá somente quando estamos diante da não-observância de regras procedimentais pré-estabelecidas. Na verdade, no atual contexto constitucional, o devido processo legal determina uma participação significativa e satisfatória do indivíduo na tomada da decisão que o afeta.

Embora o devido processo legal já esteja presente nos ordenamentos jurídicos internacionais a alguns séculos, conforme descrito no início deste capítulo, a força sobrepujante da carga jurídica que o princípio carrega, demonstra um poder libertador tão expressivo que hoje, pode-se dizer, com segurança, que todo direito individual se acha tocado por ele. Dessa forma, não se pode mais restringir a cláusula apenas à vida, liberdade e propriedade, conforme era entendido inicialmente. Sob seu manto protetor abrigam-se todos os direitos fundamentais outorgados pela Carta Política, como o da privacidade, da informação, da fundamentação das decisões, da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, do direito ao advogado etc. Pode-se dizer, com certeza, que o devido processo contaminou todos os direitos fundamentais, e as liberdades e franquias constitucionais, fazendo com que qualquer imposição estatal passe pelo seu crivo supremo.

Com o devido processo legal viabilizou-se o princípio da igualdade perante a lei, tornando-a uma realidade concreta. Assim, através do devido processo legal, todo cidadão terá acesso à jurisdição, de forma que deve, este, seguir fielmente a Cártula Constitucional em vigor, permitindo às partes discutirem em igualdade de condições e participando na construção da decisão que irá afetá-las. Ocorre que para que haja essa igualdade nas condições de fala dos interlocutores, torna-se mister a observância aos princípios institutivos do processo, quais sejam a isonomia, a ampla defesa e o contraditório, que, como já foi salientado, são princípios irradiados do próprio princípio do devido processo. Basta que o texto constitucional acolha tal princípio para que dessa adoção decorra todos os direitos e princípios processuais aos litigantes.

No nosso ordenamento, a simples previsão do inciso LIV do artigo 5º, da Constituição da República Federativa de 1988 cumpriria tal finalidade. Contudo, em virtude de nossa frágil formação democrática, torna-se necessário consignar expressamente os direitos e princípios constitucionais que decorrem, na realidade, do devido processo.

---

trazendo, em si, tanto as garantias constitucionais, quanto os modelos procedimentais. “O instituto do devido processo traz todos esses elementos e, se assim não o for, não é Processo”. (MADEIRA, 2006, p. 119).

Deve-se acrescentar que tal igualdade não pode se resumir em uma igualdade meramente “formal”, embasada em critérios sócio-econômicos das partes envolvidas, mas, sim, em uma igualdade criada por meio da efetivação do Texto Constitucional regido pela via processual, ou seja, tal igualdade não é nem natural e, muito menos, histórica, mas alcançada por meio da observância aos princípios institutivos do devido processo constitucional.

Nesse aspecto, Leal afirma que:

Os juízos principiológicos (regentes) e os conteúdos gerais de fundamentação (eferentes), na aplicação do direito criado pela lei, não são inventados ou encontrados *fora* da lei, mas segundo o *proceder* indicado na lei e processualizado pelos *direitos fundamentais* constitucionalizados da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, da atuação do advogado, da gratuidade postulatória, como *conquistas históricas* que, transpostas para o discurso constitucional, não mais comportam interpretações de historicidade extra-legal (de fundo axiológico- deontológico supletivo da lei), porque a conquista do direito se faz, no plano do *due process* democrático, pela interpretação “ao pé da letra” da *conexão normativa* determinante do espaço- tempo estrutural do procedimento desvelador dos atos-fatos de defesa e do exercício de direitos fundamentais e não pela supervisão transcendental e primal do juiz. (LEAL, 2005, p. 67).

No Estado Democrático de Direito o princípio do devido processo adquiriu novos contornos e passou a ter uma estreita correlação com o princípio da reserva legal somado ao plus democrático, que se consubstancia na participação dos destinatários das decisões estatais na sua criação, aplicação e fiscalização por meio da processualidade jurídica. O conceito de legalidade, aqui proposto, não é sinônimo de direito posto, mas, sim, de direito construído no âmbito processual já delimitado, passível de controle de constitucionalidade incessante e, portanto, de reconstrução, também mediante o processo, pelos destinatários das normas. Nesta ordem de considerações, pode-se dizer que o órgão julgante, também destinatário de normas jurídicas, tem o exercício do dever constitucional a ele imposto e regido pela principiologia do processo, sendo os provimentos daí resultantes obedientes ao quanto estabelecido no ordenamento jurídico, se compatível com o texto constitucional, nos limites da argumentação processualizada desenvolvida pelos interessados na decisão.

Rosemiro Pereira Leal (2005a), idealizador da Teoria Neo-Institucionalista do Processo, numa análise do princípio do devido processo em face do Estado Democrático de Direito, tece algumas considerações a respeito do devido processo constitucional, o que vale uma breve discussão a respeito.

Segundo ele, o processo constitucional é o arcabouço fundamental de aplicação do devido processo constitucional, que é a garantia que qualquer procedimento, no plano do direito constituído, seja realizado mediante a observância do contraditório, ampla defesa,

isonomia, direito ao advogado. O que se busca, na verdade, é a construção de uma sociedade que passe pelo processo democrático; que vise à construção participada de todos igual e processualmente decidirem aquilo que vai afetar suas vidas e suas relações com a sociedade, sem que abram mão de nenhuma garantia fundamental, constitucionalmente assegurada.

Assim prossegue referido processualista:

Ora, se assegurado o processo em texto democrático- constitucional, só nos restaria afirmar que o processo tem, na atualidade, como lugar devido de sua criação a Lei Constitucional (o devido processo constitucional como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes), porque não há uma vontade superposta, subjacente ou obscôndita que, por reconstrução cerebrina do intérprete , se arrojasse, por personalíssimas razões de costumes ou de justiça, a melhorar ou substituir a lei (...)

O Judiciário, nas esperadas democracias plenárias não é o espaço encantado de julgamento de casos para revelação de Justiça, mas órgão de exercício judicial segundo o modelo constitucional do processo. O devido processo constitucional que é jurisdicional, porque o processo é quem cria e rege à dicção procedimental do direito, cabendo ao júzo ditar o direito pela escritura da lei no provimento judicial. Mesmo o controle judicial de constitucionalidade há de se fazer pelo devido processo constitucional, porque a tutela jurisdicional da constitucionalidade é pela Jurisdição Constitucional da Lei Democrática e não pela autoridade dos júzes. (LEAL, 2005, p.66 -67).

Nesse mesmo sentido, Andréia Alves de Almeida discorre a respeito do tema, estabelecendo a relação existente entre a processualidade jurídica, a legitimidade normativa e o devido processo constitucional:

Nesse sentido, é importante perceber que a principiologia do processo no âmbito constituinte, regendo a formação da vontade normativa, ou seja, o devido processo constitucional; a principiologia do processo no momento do exercício da vontade normativa, ou seja, da regulação da norma constitucional (devido processo legislativo); e a processualidade jurídica no momento de aplicação entre e fiscalização da vontade normativa nas funções do Judiciário e da Administração (devido processo legal). A democracia só se plenificará com a decisão democrática e com o controle democrático; a mera eleição não é condição suficiente para se realizar a democracia. (ALMEIDA, 2005, p. 124).

Indubitavelmente, esse parece ser o melhor entendimento de qual o verdadeiro alcance do princípio do devido processo legal frente ao Estado Democrático de Direito. O devido processo constitucional é o espaço regido pelos princípios que conduzem a aplicabilidade das leis, no sentido de que qualquer procedimento a ser criado e instituído na ordem infraconstitucional (devido processo legal) deve sempre observar tais princípios, sob pena de flagrante ato de inconstitucionalidade. Conforme afirma Ronaldo Bretas de Carvalho Dias (2004b), o atual paradigma constitucional é resultado da confluência entre o Estado de Direito e o Estado Democrático, cujo entrelaçamento só ocorre por meio das normas

constitucionais. Nessa perspectiva, é o processo, entendido como instituição constitucionalizada regida pelo devido processo constitucional, que permite a efetiva implementação dos direitos fundamentais a todos os afetados pelo provimento jurisdicional, construindo-se, assim, uma sociedade democrática.

Dhenis Cruz Madeira (2006) entende que o princípio do devido processo é, na verdade, um fator hermenêutico de cognição, haja vista que a cognição no âmbito jurisdicional deve ser entendida não como uma atividade solipsista e individual do julgador, mas uma atividade compartilhada de valoração das provas e argumentos apresentados nos autos em análise. O devido processo, nesse caso, é justamente a base principiológica e vinculante da função jurisdicional que abriga todos os modelos procedimentais previstos em lei, de forma que nada pode escapar ou violar a principiológica constitucional. Tal princípio, aí, possui uma dupla função, qual seja, a de assegurar garantias constitucionais às partes e regular o exercício da função jurisdicional.

O limite hermenêutico deriva das argumentações e provas produzidas ao longo da estrutura procedimental, aptas a permitirem que a decisão jurisdicional seja algo previsível e não uma surpresa para as partes. O provimento final, assim, deverá ser construído durante o desenvolvimento e não algo que é dado de forma surpreendente pelo juiz, de forma que as partes sejam meras expectadoras, aguardando a possível vitória no final da batalha. É o que esclarece Madeira:

De mais a mais, resta claro que, tanto no processo *civil* quanto *penal*, os *autos* também se apresentam como *limite hermenêutico* judicacional, haja vista que a decisão, nas Democracias, não pode se alicerçar em argumentos e provas que não passaram pelo crivo do contraditório. Outrossim, o contraditório tem por base a *não-surpresa*, vez que as partes, antes do julgamento, não podem ser surpreendidas por fundamentos e argumentos extra-sistêmicos e que não foram previamente discutidos. (MADEIRA, 2006, p. 122).

A respeito do princípio do contraditório e da não surpresa, Dierle José Coelho Nunes (2004) informa que o contraditório é uma garantia de não-surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões suscitadas durante o *iter* procedimental, inclusive as conhecidas de ofício, impedindo, assim, ao julgador que aplique normas ou emita decisões completamente estranhas à dialética das partes.

Assim sendo, o princípio do devido processo é justamente o fator hermenêutico delimitador da atividade cognitiva, na medida em que nada pode estar além dele e qualquer argumento extraprocessual não pode servir de base para a formação do provimento. É o que afirma André Cordeiro Leal:

Se acatarmos que há um **devido processo constitucional** como matriz principiológica a vincular o exercício legítimo da jurisdição, o **devido processo legal** (entendido esse como necessária oferta de modelos procedimentais pela lei) só será observado se os modelos apresentados possibilitarem a efetiva participação das partes mediante observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia na construção dos procedimentos.

Por conseguinte, processo de conhecimento passa a ser teoria que informa a criação de modelos procedimentais que acatem, em sua estrutura, a principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) na orientação da construção da existência intra-autos na preparação das sentenças que pretendem acertar direitos afirmados ou negados. (LEAL, 2003, p. 17).

Nesse sentido, qualquer decisão que transgrida os preceitos da principiologia processual deverá ser considerada como inconstitucional e ilegítima.

### **3.6 O devido processo legal e a Emenda Constitucional n º 45/04**

Um outro ponto interessante que deve ser ressaltado a fim de que se possa compreender a verdadeira amplitude do princípio do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro é o novo alcance dado a ele pela Emenda nº 45 de 08/12/2004, emenda esta, que introduziu diversas modificações no texto constitucional, visando a efetivar uma propalada e entendida “reforma do sistema judiciário”.

Com a referida emenda, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou o conceito de devido processo legal, nele incluindo, agora, entre o rol de Direitos e Garantias Fundamentais, o princípio fundamental da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, tal significando, em outras palavras, o direito do povo jurisdicionado a um processo sem dilações indevidas (artigo 5º, LXXVIII).

Assim sendo, ao recomendar um processo de razoável duração no qual prestada a atividade jurisdicional, com meios que possibilitem a celeridade de sua tramitação, a Constituição elasteceu a idéia de devido processo legal nela já inserida. O devido processo legal, assim, desponta como um bloco de várias garantias fundamentais ostentadas pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a)- o acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b)- do juízo natural; c)- do contraditório; d)- da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (artigos 133 e 134); e)- da fundamentação racional das decisões (artigo 93, IX e XI); f)- de um processo sem dilações indevidas. Desse modo, o povo não só tem direito fundamental à jurisdição, mas também, o direito a que esse serviço público monopolizado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável.

Conforme diz Fernando Horta Tavares (2007, p. 218), “trata-se da materialização da idéia de que, em se normatizando uma situação do mundo da vida, a juridicização, por si só bastaria para resolver o problema da denominada ‘lentidão do processo’”. Por isso, o que ocorreu é que o legislador optou por reconstitucionalizar um princípio que já existia na nossa ordem jurídica desde a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica.

Ronaldo Bretas de Carvalho Dias (2005), tratando desse novo realce dado ao devido processo legal pela Emenda nº 45, ressalta que a exigência constitucional de se obter a prestação jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável, significa uma adequação temporal da jurisdição, mediante um processo sem dilações indevidas, mas não permite impingir o Estado ao povo a aceleração dos procedimentos pela diminuição das demais garantias constitucionais como, por exemplo, suprimir o contraditório, proibir a presença do advogado no processo, eliminar duplo grau de jurisdição, abolir a instrumentalidade das formas, restringir o direito das partes à produção de provas lícitas, ou dispensar o órgão jurisdicional de fundamentar racionalmente suas decisões. A restrição de quaisquer dessas garantias processuais, sob a justificativa de agilizar o procedimento, revela-se inconstitucional e antidemocrática, somente servido para estimular o arbítrio dos juizes, fomentar a insegurança jurídica e escarnecer da garantia do devido processo legal, constituindo em verdadeira agressão ao Estado Democrático de Direito.

Quanto à definição do que signifique a expressão “duração razoável”, Bretas (2005) entende que sua definição estaria ligada ao conteúdo normativo do artigo 8º, alínea I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo texto foi aprovado pelo Estado Brasileiro, mediante o Decreto Legislativo nº 27 de 26/05/1992, sem reserva, de forma que tal norma, por força do que prevê o artigo 5º, §1º e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já estava incorporada no direito interno brasileiro e com aplicação imediata. Tal artigo prevê que:

“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. (BRASIL, 1992).

Ocorre que referido pacto, por sua vez, se valeu da redação da norma do artigo 6º, alínea I, da Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também conhecida como Convenção Européia dos Direitos do Homem,

subscrita por vários Estados europeus, em Roma, em 4/11/1953, de forma que a jurisprudência firmada pela Corte Européia dos Direitos do Homem, quando aprecia e julga casos de violação dos direitos humanos protegidos naquela convenção, entre eles o direito à atividade jurisdicional em prazo razoável, impõe aos Estados europeus signatários a obrigação de pagar indenização por danos causados aos prejudicados.

Sendo assim, parte da doutrina tal como Dias (2005), entende que a melhor definição para o conteúdo normativo do termo “duração razoável” pode ser alcançada por meio da análise do sentido empregado pela Convenção Européia.

Deve-se ressaltar que tal princípio possui uma impropriedade técnica que procuraremos demonstrar a seguir. Uma vez entendido o processo como instituição constitucionalizada balizada pelos referentes lógico-jurídicos do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, não há como se estabelecer uma “duração razoável” para ele, uma vez que ele é um direito-garantia constitucionalizado não se submetendo a relações métrico-temporais, e também a qualquer conceito de razoabilidade. Ao prescrever o termo “duração”, o inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa de 1988 se refere na verdade, não aos “processos” administrativos ou judiciais, mas, sim, aos “procedimentos” administrativos ou judiciais, ou seja, somente estes, já devidamente conceituados ao longo do presente estudo, é que se submetem a marcos temporais que definem o seu momento de nascer e de morrer.

No que se refere ao conceito do que seja “duração razoável”, Horta preleciona:

No Plano da Teoria do Processo, a expressão “duração” pode ser definida como “módulo de tempo com marcos de começo e fim, do que resulta sua vinculação com o conceito de prazo, que é o tempo demarcado para a prática do ato e, nesta linha de raciocínio, se cogita de traduzir a expressão “duração razoável” como sendo a oportunidade da prática de um ato processual em um ‘tempo confortável’, de modo que não haja colisão com o princípio constitucional da ampla defesa, entendendo-se este como possibilidade de argumentação plena e sem compreensão temporal no espaço discursivo.

(...) Logo, duração razoável indica tramitação ou a prática de atos “delimitada por marcos temporais como começo e com fim”, mas esta trilha procedimental deve ser percorrida regularmente (que é a melhor definição técnica para o termo “razoável”, também ligada à racionalidade procedimental). (TAVARES, 2007, p. 219).

A grande questão ao se tratar desse princípio é que a adoção de marcos temporais definidos já é adotada pelos procedimentos infraconstitucionais presentes no nosso ordenamento jurídico, mas somente se exige a legalidade estrita por parte dos jurisdicionados, uma vez que o Estado-Juiz não sofre os efeitos da preclusão, já que dispõe dos chamados “prazos impróprios”, em clara ofensa ao Princípio da Isonomia presente no artigo 5º, *caput*, da Constituição em que “se institucionalizou a igualdade de todos perante a lei, não excluindo

na escrituração do Princípio a sujeição do próprio Estado, que é pessoa jurídica de direito público e, portanto, como qualquer outro, não autorizado a desrespeitar os prazos da Lei. (Tavares, 2007, p. 219).

No que se refere à “celeridade de tramitação”, prevista também no inciso LXXVIII, podemos entendê-la como o cumprimento estrito da Legalidade, com a observância dos princípios institutivos do processo, sem qualquer supressão desses direitos pelos sujeitos processuais, inclusive por parte do Estado. Assim sendo, conforme esclarece Tavares (2007), os meios que viabilizam a tramitação dos procedimentos judiciais e administrativos, se resumiriam no cumprimento a dois preceitos básicos e fundamentais: a observância aos princípios que fundamentam a processualidade democrática, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o direito ao advogado, o acesso gratuito e incondicionado à jurisdição, a fundamentação racional e legítima das decisões; e, no plano da técnica, a obediência aos prazos e formas prescritas nos procedimentos infraconstitucionais por todos os sujeitos de direito.

De acordo com Rosemiro Pereira Leal (2007), a operacionalidade de tal princípio não pode significar a sumarização da cognição, pois, se assim o fosse, haveria ofensa direta aos princípios processuais-constitucionais, o que se revelaria em um manifesto ato de império e coação, disfarçado sob o manto de uma “justiça rápida”. Desse modo, somente poderíamos falar em “duração razoável **do procedimento**”, se aliássemos tal expressão à teoria neo-institucionalista, uma vez que o PROCESSO, enquanto instituição constitucionalizante e constitucionalizada, atua ao longo de toda a validade e legitimidade do sistema jurídico sempre aberto a um *devir* dialógico (crítico) procedimental. Nesse sentido, Leal professora:

Com efeito, a “razoável duração do processo” é uma expressão que estigmatiza o “processo” (arcaísmo instrumentalista) como **meio** de os juizes fazerem **justiça rápida**, podendo imprimir uma esperada e prestante velocidade (celeridade) pela via de uma “razoabilidade” de senso comum e satisfazerem os fundamentos de uma **sociedade civil** pressuposta. Está-se vendo que “processo” nessa obsoleta concepção assume sentido vitalista: tempo de nascer, viver e morrer (LEAL, 2007, p. 288).

Não se pode olvidar que a cognição é resultado da implementação do Estado Democrático de Direito, na medida em que possibilita a dialogicidade entre as partes e o ordenamento jurídico, através dos servidores do juízo (dentre eles juizes de todas as instâncias), num tempo pré-determinado e imprescindível ao esclarecimento dialogicizado da pretensão e da defesa. Não se pode conceber uma cognição exauriente democrática que vise

somente o rápido atendimento ao que movimenta a jurisdição sob pena de flagrante ofensa aos princípios institutivos do processo.

### **3.7 As tutelas de urgência e o princípio do devido processo legal**

O tema “tutelas de urgência” sempre foi objeto de muitas polêmicas na doutrina, a respeito da sua constitucionalidade ou não, e, sobretudo no que refere à sua adequação ao princípio do devido processo legal e o seu alcance no Estado Democrático de Direito. E foi em face de tal polêmica, sobretudo pelo fato de que elas têm grande repercussão na prática forense, com a ampla utilização de liminares pelos profissionais do direito, que se torna necessária uma análise de referido instituto frente ao atual paradigma constitucional, sem pretensão alguma de se esgotar o assunto, mas, procurando, na verdade, sinalizar a necessidade de novas pesquisas nessa seara do direito.

Tais medidas consistiram no aprimoramento da técnica processual do procedimento ordinário, tornando possível a fruição do direito antes mesmo da coisa julgada material, por meio de decisão interlocutória, em qualquer espécie de procedimento, de forma que sua aplicação deve estar em consonância com o devido processo legal, princípio fundante e autorizativo de sua utilização no direito pátrio.

Inicialmente, com relação à tutela antecipada, este instituto, advindo com a Lei 8952/94, surgiu sob a preocupação da efetividade do processo, inserindo dispositivo completamente novo, a atual artigo 273, do Código de Processo Civil, impondo certos requisitos para a sua concessão, conforme já referido anteriormente. Vale dizer, novamente, que a regra prevista neste artigo é genérica, sendo aplicada a qualquer procedimento comum de cognição, tendo, até mesmo, como na visão de certos autores, tais como José Marcos Rodrigues Vieira (1995), extensão igual à das garantias constitucionais do direito de defesa e do contraditório. É interessante ressaltar que ela não deve ser tratada como uma mera faculdade ou poder discricionário do julgador, mas, sim, um dever de concedê-la, na medida em que a parte (e aqui vale dizer que não se refere apenas ao autor) faça jus aos requisitos de sua concessão.

No tocante ao requerimento da parte, existem desavisados operadores do direito que acreditam que o instituto da tutela antecipada é uma iniciativa que cabe somente ao autor. Trata-se de uma visão distorcida, inconcebível no Estado Democrático de Direito. Conforme nos ensina José Marcos Rodrigues Vieira (1995), o sentido de antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida na petição inicial significa que cabe ao autor a iniciativa de

buscar o provimento jurisdicional, em que, com a escolha do pedido, determina-se o tipo, a espécie de tutela jurisdicional a ser obtida nos autos, e não de que seja um instituto disponível somente ao autor. Na verdade, o réu pode alterar o tipo de tutela, ou ainda pode demonstrar a falta de razão nos argumentos do autor. Dessa forma, conclui-se que a antecipação de tutela é, na verdade, um direito das partes.

Com o advento da antecipação de tutela, o papel reservado à ordinariiedade vem sendo objeto de discussão em sede doutrinária, uma vez que se quebra a idéia de cognição e execução como compartimentos estanques e sucessivos, conforme nos ensina José Marcos Rodrigues Vieira (2002). Assim, trata-se de não só meramente reter-se o procedimento ordinário, em que se situa o referido instituto, mas o de buscar harmonizá-lo aos sistemas legal e constitucional que o recebem. Daí a necessidade de encontrar seu ponto de encontro com o princípio do devido processo legal, já que este é considerado como um dos princípios regentes do Estado Democrático de Direito.

No que se refere à tutela cautelar, de acordo com a doutrina mais tradicional, tal como Humberto Theodoro Júnior (2002), prevalece o entendimento de que seu principal propósito é o de garantir a utilidade dos processos de conhecimento e do procedimento de execução, a ele sendo reservado o Livro III do Código de Processo Civil vigente. Na verdade, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito nenhum procedimento pode existir somente para garantir a utilidade de um outro, haja vista que a autonomia teórica e conceitual do instituto do “Processo” já é uma conquista desde os estudos realizados por Oskar Von Bülow. O processo, conforme Baracho (1984) é uma metodologia de garantia de direitos fundamentais e, sendo assim, o procedimento cautelar possui, também, função própria, qual seja, a de garantir a proteção a bens, pessoas e provas.

De acordo com o professor Leonardo Oliveira Soares (2004)

:

Do procedimento em contraditório, assim como do procedimento para a concretização do devido processo legal democrático, podemos perceber o papel garantístico do processo cautelar. Se as decisões no Estado Democrático de Direito se legitimam pela obediência à principiologia constitucional do processo, se o direito à simétrica paridade na construção das decisões é forma de expressão da liberdade e da dignidade humanas, é óbvio que os procedimentos cautelares, ao tutelarem o procedimento, servem ao princípio do devido processo legal. Daí vem a relação entre processo cautelar e devido processo legal: sempre que se fale em devido processo legal, ocorre que a procedimentalidade democrática sempre se desencadeia em seqüência de atos relacionados segundo prévia definição legal. (SOARES, 2004, p. 129-130).

Dessa forma, de acordo com referido autor, pode-se perceber que a tutela cautelar desempenha importante papel na procedimentalidade democrática, na medida em que garante o direito fundamental ao procedimento já previamente regulado pela norma processual.

Uma outra questão que deve ser analisada com cuidado é no que se refere à concessão de liminares, pelo Poder Judiciário. Elas são uma técnica criada por doutrinadores adeptos da Teoria do Processo como Relação Jurídica, em que, sob a justificativa de uma “justiça rápida”, a fim de se atingirem a tal propalada “efetividade” do processo, permitem que antecipações de tutela da lei sejam concedidas pelos juízes, sem a oitiva da parte contrária.

A princípio, devemos dizer, de acordo com a linha de estudos empreendida até aqui, que a concessão de tais medidas violaria frontalmente o contraditório e a ampla defesa, princípios institutivos do processo, violando, em última análise, o devido processo constitucional, já que não permite, desse modo, que o processo seja uma metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais, já que, uma vez admitindo medidas como esta, poderíamos dizer que não haveria sequer processo, mas somente um “rito”. Nesse sentido, Casagrande assevera que:

Olvida-se, contudo, que, se todos são iguais perante a Lei (art. 5º da Constituição de 1988) em um Estado de Direito Democrático, logo, todos podem dizer o direito, e não apenas o Estado. Para ser democrático, o direito não pode ser aplicado a partir da fala de um só. Daí que as liminares, em tutelas de urgência, tornam-se decisões ilegítimas, eis que não passam pela possibilidade obrigatória e fundamental de argumentação das partes. A efetividade do processo, dita reiteradas vezes aqui, passa pela observância do devido processo constitucional, que não envolve apenas a celeridade, mas também, todos os direitos fundamentais que o instituem: ampla defesa, contraditório, isonomia, direito ao advogado, gratuidade postulatória e duração razoável do processo. Democráticas serão as decisões, desde que produzam resultados a partir do campo argumentativo daqueles sobre os quais seus efeitos recairão, sem o que não se terá devido processo, mas mero procedimento. (CASAGRANDE, 2007, p. 95).

A questão que surge, aí, carecendo de maiores estudos, é, obviamente, como se utilizar da técnica liminar<sup>19</sup>, poderoso instrumento de efetivação do processo, sem se atingir direitos fundamentais, e com a estrita observância de garantias legais e constitucionais do processo.

Conforme reflexão desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (2005c), os direitos fundamentais são direitos antecipadamente criados e assegurados pela Constituição da República Federativa de 1988, com aplicabilidade imediata, de acordo com a sua própria fundamentalidade (artigo 5º, §1º). A partir daí, podemos afirmar ser desnecessário que haja

---

<sup>19</sup> No direito processual civil, os provimentos (decisões) podem ser finais, como as sentenças, ou antecipatórios, por meio de decisões interlocutórias que podem ou não ser liminares. Caso tais decisões sejam exaradas, em um determinado procedimento, sem a observância prévia dos princípios constitucionais processuais do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, ter-se-á, aí, os chamados “provimentos liminares”.

uma nova antecipação por meio de técnicas processuais, tais como se prestam as tutelas de urgência. Neste caso, estaríamos diante de um título executivo líquido, certo e exigível, a saber, a própria norma constitucional, já devidamente criada e aprovada, sob a estrita observância do contraditório, da defesa ampla e em condição isonômica por parte dos sujeitos envolvidos. Sendo assim, a antecipação de tutela já estaria estabelecida, não pelas mãos do julgador, mas na própria Lei Constitucional, em cognição anterior (devido processo legislativo), de forma que, ao se tratar de direitos fundamentais, seria cabível a decisão liminar em face do Estado, para efetivar tais direitos, antes debatidos, a fim de suprir a omissão da Administração Pública em garantir sua fruição desde a sua instituição. Nesse caso, segundo referido processualista, o mandado de segurança é que seria o “remédio” apto a propiciar essa implementação.

José Roberto Bedaque bem acentua a necessidade de adoção de providências judiciais que permitam o exercício de direitos fundamentais, bem como de providências que estanquem o inconveniente de certas situações que necessitam de atendimento urgente:

A garantia constitucional da tutela jurisdicional da tutela jurisdicional somente se cumpre efetivamente se forem asseguradas plenas condições de obtenção tempestiva da proteção requerida. Isso pressupõe o poder de pleitear a adoção de medidas idôneas e suficientes para adequar, em tempo hábil, a situação de fato à realidade jurídica afirmada. São providências destinadas a eliminar os inconvenientes causados pelos efeitos do tempo necessário à plena cognição dos fatos e fundamentos desse suposto direito.

Inafastável, portanto, a necessidade de um provimento jurisdicional destinado a eliminar qualquer risco decorrente da demora na oferta da prestação requerida. Trata-se, sem dúvida, de proteção inerente à garantia constitucional do direito-de-ação, que não pode ser objeto de restrição por parte do legislador ordinário. (BEDAQUE, 2003, p. 81-82).

Podemos dizer, daí, que a justificativa para a urgencialidade se deve aos direitos fundamentais já acertados e efetivados no plano constituinte, através de um devido processo legislativo democrático.

As tutelas de urgência caracterizam-se não por serem a solicitação jurisdicional dependente de uma cognição exauriente, mas manifestação de existência de provimento prévio de fruição de direitos já acertados antecipadamente ao procedimento judicial e, por esta razão, não envolvem risco e nem magicidade do julgador. Tais procedimentos têm como conteúdo os direitos fundamentais, cujo exercício não pode ser obstado sob pena de lesão à democracia e à cidadania. A urgencialidade que as qualifica é justamente a certeza e a liquidez de que estão revestidos os direitos em apreço.

Neste sentido, podemos dizer que as tutelas de urgência exercem importante papel dentro do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que permitem o acesso imediato a direitos fundamentais de conteúdo específico. Desse modo, tais medidas se mostram essenciais, especialmente em um Estado onde visualizamos dia-a-dia a omissão e o desrespeito, especialmente por parte da Administração Governativa, a direitos e garantias constitucionais. As tutelas de urgência contribuem, sobremaneira, para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, pois viabilizam o exercício da cidadania e permitem a fiscalidade incessante por parte dos jurisdicionados em relação a todas as instituições políticas, seguindo, assim, a regência do devido processo constitucional.

Um exemplo clássico da importância que pode ser desempenhada pelas tutelas de urgência no nosso ordenamento jurídico, é aquele em que um cidadão, necessitando, com urgência, de uma cirurgia cardíaca, sem a qual o seu direito fundamental à vida e à saúde estariam correndo um sério risco de serem violados, utiliza-se da antecipação de tutela em sede de mandado de segurança a fim de obter contra o Sistema Único de Saúde, medida liminar que garanta o direito ao devido procedimento cirúrgico em tempo adequado, uma vez que o Estado se negou a realizar referido procedimento médico, alegando falta de condições físicas e materiais. A inviolabilidade do direito à vida é um direito fundamental previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma que já foi previamente acertado por um devido processo legal no âmbito legislativo, sendo dotado, por isso mesmo, de “liquidez” e “certeza”.

Tal direito, assim, possui executividade imediata, devendo ser observado por todos os agentes estatais, uma vez que sua inobservância afronta diretamente o Estado Democrático de Direito e suas instituições, já que, por imposição constitucional, é dever da Administração Governativa a garantia do direito à vida e em condições adequadas. Nesse sentido, as tutelas de urgência se revelam como técnicas jurídico-processuais extremamente úteis a resguardar situações que exigem uma resposta rápida por parte do Estado-Juiz, e que envolvem direitos fundamentais, que são núcleos essenciais componentes do atual paradigma constitucional.

## 4 – DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

### 4.1 – Da tutela cautelar

#### 4.1.1 – Considerações Iniciais

Conforme já explicitado anteriormente, a cada dia as tutelas de urgência vêm alcançando maior importância no ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo aumento no número de regras que as disciplinam, seja pelo fato de que elas têm sido consideradas como a solução para os problemas relacionados ao “tempo” e a demora na chamada “prestação jurisdicional”.

Desse modo, a doutrina e a jurisprudência têm desenvolvido uma larga produção científica acerca desse assunto, com alguns acertos e, inevitavelmente, também muitos equívocos. Assim sendo, tal problema não foi diverso, sobretudo com relação às *tutelas cautelares* que sofrem ainda hoje uma grande distorção conceitual quando se busca a sua definição. Parte da doutrina, inclusive, entende, ao confrontar a *tutela cautelar* e a *tutela antecipada*, que ambas poderiam ser reunidas em um único gênero chamado *tutelas de urgência*, devendo buscar objetivar, simplesmente, vencer o mal representado pelo fenômeno do tempo.

É interessante ressaltar que as “tutelas cautelares” são um instituto de estatura constitucional, e não meramente legal uma vez que em nosso direito, caracterizado pela supremacia da Constituição e pela viabilidade ampla de controle difuso dessa supremacia, todo e qualquer preceito normativo sofre uma relação de subordinação para com os preceitos constitucionalizados. Desse modo, a tutela cautelar encontra sua matriz constitucional no artigo 5º, inciso XXXV, que assegura proteção jurisdicional não somente em caso de lesão, mas também em caso de *ameaça* a direito. Assim sendo, caso haja ameaça a qualquer bem, pessoa ou prova, ou seja, enquanto tais elementos se encontrem em “estado de perigo” está justificado a utilização das tutelas cautelares.

A “cautelaridade” representa uma noção de cuidado e atenção, o que, processualmente, se traduz como zelo pela atividade procedimental e com a atividade judicacional no exercício da função jurisdicional. Luís Guilherme Marinoni (2000) entende a cautelaridade como um conjunto de etapas especiais de cognição, com especificação para a cognição dos juízos praticados em sede de procedimento cautelar e antecipação de tutela e dos juízos praticados em sede de concessão de liminar. Nesse sentido, entende a cognição como

sendo a atividade jurisdicional de contato do julgador com o caso concreto a ser analisado. Para ele, às situações que envolvem o conhecimento verticalizado e pouco aprofundado da matéria, dá-se o nome de *cognição sumária*, e são situações típicas de cabimento de procedimentos cautelares e antecipações de tutela, enquanto as situações que envolvem a concessão de medidas liminares efetivam-se por um conhecimento ainda mais aparente da matéria, sendo denominadas de *cognição superficial* e envolvem a concessão de medidas liminares. Nesse aspecto, ousa-se discordar de referido processualista, uma vez que o termo *cognição* não mais pode ser entendido como uma atividade solitária e onipotente do julgador face um caso específico a fim de que possa proferir seu julgamento, mas se pauta na colaboração argumentativa das partes, de forma que a decisão judicial não é mais fruto de uma sensibilidade do julgador, mas, sim, fruto de uma construção participada das partes envolvidas no litígio, e com estrita observância aos princípios institutivos do processo. É o que informa Dhenis Cruz Madeira, ao refletir acerca do conceito de *cognição*:

Do mesmo modo, por influência do paradigma democrático, a cognição jurisdicional deixa de ser uma técnica utilizada exclusivamente pelo julgador para se tornar, à semelhança da função jurisdicional, um instituto exercido e compartilhado em todo *iter* procedimental.

A cognição jurisdicional não mais se pauta na especial sensibilidade, intuição, equanimidade ou sapiência do julgador, já que, no Direito Democrático, a cognição deixou de ser uma atividade solipsista do decisor.

No atual paradigma constitucional, a cognição pode ser conceituada como ***instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do Processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos, cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos*** (MADEIRA, 2006, p. 211).

Por se elevar à patente de instituto jurídico, a cognição jamais pode ser sumarizada, sob pena de inconstitucionalidade. O que se pode admitir é a sumarização de algumas fases procedimentais, mas não da cognição, já que esta se constitui como garantia de valorização compartilhada dos instrumentos de provas e argumentos refletidos nos autos. Caso assim não se dê, teremos simplesmente um *rito*, um mero ato de julgar (juicação sem Processo).

No Estado Democrático de Direito, a cautelaridade é, antes de tudo, a concreção de direitos já acertados por meio da realização de função legislativa do Estado, efetivada por meio da prevalência do devido processo constitucionalizado, o que, em último grau, autoriza a concessão de tutelas de urgência. A esse respeito, André Del Negri afirma que:

Nesse passo, o estabelecimento da dialogicidade é fundamental para a obtenção do consenso entre os congressistas no sentido de possibilitar a apreensão das diferenças de enfoque, o que certamente terá o condão de viabilizar e legitimar a proposição mais democrática. Portanto, para que isso aconteça o campo de atuação

desses parlamentares não pode ser restringido, a fim de que possam efetivamente participar em simétrica paridade. (...)

O certo é que do ponto de vista processual, até aqui exposto, há de se postular a erradicação dessa técnica pela adoção do devido processo legal que, se observado, assegura o exercício amplo de contraditório. Se o debate não for amplo, se não houver a participação parlamentar plenária e da sociedade pela crítica processualizada incessante e, sim, o acatamento da posição de um líder, não se poderia falar que na produção da lei houvesse a vontade do legislador político (o cidadão) (DEL NEGRI, 2003, p. 91).

Na verdade, deve-se analisar a cautelaridade à luz do padrão constitucional, com a função de resguardar direitos fundamentais previamente acertados, observando-se a principiologia institutiva do Processo, que informa todos os procedimentos infraconstitucionais. Se acaso admitíssemos a presença de medidas cautelares que suplantassem garantias constitucionais-processuais, retornaríamos ao velho paradigma do Estado do Bem-Estar Social, onde o processo era usado como meio de coação e força do Estado, e não como um instituto garantidor de direitos fundamentais. Os vários procedimentos cautelares previstos no ordenamento pátrio devem, sob pena de ilegitimidade e inconstitucionalidade, buscar o resguardo aos direitos esculpido constitucionalmente, uma vez que essa é a justificativa para a sua existência como técnica jurídico-processual. Enfim, a cautelaridade deve passar, necessariamente, pela cognição, mas não uma cognição pela atividade judicial de aferição da lide, mas, sim, uma cognição que possibilite o reconhecimento de direitos, com ampla participação das partes envolvidas.

#### ***4.1.2 Teoria do Processo Cautelar***

Inicialmente, interessa-nos definir o que seja “tutela cautelar”, e “processo cautelar”, expressões tão utilizadas pela grande maioria dos estudiosos do assunto, de forma que a partir de sua definição pode-se entender sua finalidade e autonomia, frente a atual processualidade constitucional brasileira.

Conforme já devidamente esclarecido no primeiro capítulo do presente estudo, o conceito de “tutela” não pode mais ser o adotado pela maioria dos doutrinadores, tal como Marinoni (2006), qual seja, o de ato da jurisdição, de “proteção” dada por um juiz, onipotente e infalível, que está sempre apto a prestar sempre o melhor serviço para os jurisdicionados, sempre carentes e vulneráveis perante o órgão estatal. Na verdade, quem tutela ou deixa de tutelar algo é a lei vigente e criadora de um direito pretendido em juízo. Nesse sentido, a tutela a que se refere, associada à cautelaridade, é a dos conteúdos da lei, já definida e assegurada. O processo é que faz atuar a lei e seu conteúdo, por meio de sua principiologia

constitucional, para que se assegure, no espaço discursivo processual, com a participação das partes, provas, pessoas e coisas.

No que se refere ao “processo cautelar” inúmeros doutrinadores buscam sua definição. Segue assim o entendimento de Ernani Fidélis dos Santos, no sentido de que:

O processo é seqüência de atos. Tal seqüência importa em demora. A demora pode fazer com que se perca se perca a própria utilidade do processo. O automóvel que se reivindica está sendo alienado. Os sinais reveladores dos danos causados em uma lavoura estão prestes a desaparecer. O devedor, já condenado ou vinculado a título executivo, está na iminência de transferir seus bens. Em todos esses casos, justifica-se a prevenção, a cautela. Provisoriamente e dentro de certos requisitos, é evidente, o juiz poderá conceder medidas que garantam o êxito concreto de processo, instaurado ou a se instaurar, como apreensão de bens, a antecipação de provas, etc. Concessão de cautela, processo cautelar. (SANTOS, 2001, p. 25).

Ovídio Baptista da Silva ao procurar diferenciar a “tutela cautelar” do “processo cautelar” dispõe que:

Esta exigência se impõe por dois motivos, o primeiro de ordem conceitual, dado que o estudo do processo, em si mesmo, como técnica, ou como forma de atuação do direito material, nada tem a ver com as possíveis matérias ou substâncias que compõem o respectivo conteúdo, de modo que, ao dizermos processo cautelar, aludimos apenas ao instrumento, e não à substância nele contida. (SILVA, 2007, p. 03).

Assim sendo, percebe-se que a conceituação dada pelos autores, aqui, colacionados, bem como pela doutrina majoritária brasileira, denota o caráter instrumental do processo, bem como do processo cautelar, no sentido de que ele deve servir a um outro processo, dito principal, de forma que sua função se esgota quando do surgimento desse tipo de procedimento. O processo cautelar, nessa acepção, possui mera função acessória, não possuindo autonomia como procedimento que viabiliza a fruição imediata de direitos fundamentais.

Conforme já destacado anteriormente, o Processo, no atual Estado Democrático de Direito, é instituição constitucionalizada regente de toda a procedimentalidade infraconstitucional, por meio dos princípios institutivos que o definem (devido processo constitucional). Desse modo, conforme destacado por Bruno F. Bini de Mattos (2007), todos os modelos procedimentais são criados de forma que os procedimentos, para que possam ter validade no nosso ordenamento jurídico-processual, devem atender o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Com isto, “a tutela da lei aplicada à *pretensão assecuratória*, marca da *cautelaridade*, reger-se-á, em sua procedimentalização, pela disciplina constitucional do devido processo” (...) (MATTOS, 2007, p. 43), de forma que não podemos admitir a existência

de procedimentos criados à beira dessas garantias processuais-constitucionais, sob pena de se afigurarem ilegítimos e inconstitucionais.

A estruturação do “processo cautelar” no Brasil foi marcada pela influência dos pensadores italianos, que se dispuseram, inicialmente, a estudar tal assunto. Confere-se, contudo, a Piero Calamandrei (1936) a responsabilidade por inaugurar uma “teoria geral do processo cautelar”. Calamandrei, ao tratar dos procedimentos cautelares, os quais denominou “providências cautelares”, os classificou em quatro espécies, segundo a instrumentalidade do procedimento onde as mesmas sejam requeridas. A classificação mencionada buscou distinguir as providências cautelares em função da instrução antecipada de provas que serve de substrato para a futura ação principal, em função da instrução (medidas assecuratórias) que precede a execução forçada, em função da formação no curso da sua ação principal, o que interferia na sua decisão (medidas interinas) e, finalmente, em função de sua típica função cautelar revelada pelo *nomen iuris* do procedimento (as cauções). Conforme Ovídio Baptista (2007) foi ele o responsável pela redação e interpretação do que prevê o artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, cuja norma serviu de base para a criação da norma prevista no artigo 798 do Código de Processo Civil brasileiro.

Mas, devemos ressaltar que a noção de “processo cautelar” como um *tertium genus*, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução, advém com Carnelutti, e não com Calamandrei, que ainda defendia a instrumentalidade do procedimento cautelar em relação ao procedimento principal. Nesse sentido observa Silva:

De resto, mesmo os processualistas que se filiam às doutrinas de Carnelutti, como é o caso de Theodoro Júnior, criticam o Código por haver incluído, como pressuposto para o processo cautelar, a relação de dependência a um processo principal. (...) A instrumentalidade que existe entre o processo cautelar e o processo principal é a mesma que existe entre o processo em geral e o direito substancial, ou entre o processo de execução e o processo de cognição. Um serve à realização do outro, mas não há *dependência* entre ambos, como é de curial entendimento na dogmática processual moderna. (SILVA, 2001, p. 102-103)

Ocorre que, conforme informa Luís Guilherme Marinoni (2006), os doutrinadores italianos, apesar de serem precursores no estudo “providências cautelares”, não conseguiram estabelecer com clareza a diferença existente entre a “tutela cautelar” e a “tutela antecipada”. O Código de Processo Civil italiano não foi devidamente alterado (como o brasileiro), de forma que a doutrina italiana só conseguiu encontrar fundamento para a tutela antecipada na própria norma do artigo 700, que abre ensejo à tutela cautelar inominada. De acordo com Silva (2001), alguns doutrinadores ainda entendem que a essência da tutela cautelar é, na verdade, a sua índole antecipatória. Assim sendo, Marinoni observa:

Se é assim, essa doutrina não pode admitir (ao menos expressamente) que a tutela antecipatória não tem identidade com a tutela cautelar, e apenas por isso prossegue pensando apenas em tutela de conhecimento, tutela executiva e tutela cautelar. Em outras palavras, para tal doutrina a tutela que é obtida antes da realização plena do contraditório, e desta forma mediante cognição sumária, é cautelar, pouco importando a função por ela desempenhada (de segurança de efetividade da tutela final ou de sua antecipação). De modo que a marca da tutela antecipatória, na doutrina italiana, é a “provisioriedade”, e não a função que é desempenhada pela tutela jurisdicional no plano do direito material. (MARINONI, 2006, p. 236).

O problema em não haver essa distinção bem definida, na doutrina italiana, entre as duas espécies de tutelas de urgência é que, “ao se substituir de forma indiscriminada a finalidade das *medidas cautelares*, atua-se fora da previsão legal, com critérios estabelecidos exclusivamente por uma discricionariedade que (...) acaba-se por ofertar ao magistrado” (MATTOS, 2007, p. 42).

É fato que em certas situações do dia-a-dia da prática forense nos deparamos com situações sobre as quais recaem dúvidas a respeito de qual espécie de medida de urgência devemos nos valer a fim de fazermos atuar o direito material a tempo e modo adequados. Em virtude dessa nebulosa condição em que se encontraria a compreensão conceitual da distinção entre *cautelaridade* e *antecipação*, alguns autores, tais como Dinamarco (2004) dizem não ser tão importante a busca pela distinção entre elas, na medida em que ambas teriam sua importância no combate ao problema do tempo que “corrói” o direito, sendo mais importante nos preocuparmos com a suas finalidades, do que com as suas diferenças.

Ocorre que traçar as diferenças que marcam os dois institutos é de suma importância, uma vez que dessa forma pode-se definir os critérios objetivos de aplicabilidade de cada uma delas, sua essência e sua matriz conceitual. Somente assim, não se fica a mercê de julgadores que se tornariam únicos intérpretes da norma processual, definindo qual instituto seria cabível em determinada situação. Nesse sentido, Ovídio Baptista (2001) informa que deve-se estabelecer as diferenças entre os “provimentos antecipatórios” e os “provimentos cautelares”, de modo que se possa controlar o emprego de ambas as categorias, evitando que um dado instituto invada o campo de atuação do outro.

Luciana Diniz Nepomuceno (2007) também vislumbra o fim da usurpação do “processo cautelar” com a adoção da regra trazida pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei 8952/94 e alterada pela Lei 10444/02. Segundo ela, até então, a maioria dos estudiosos preferia incluir as *medidas antecipatórias* no grupo das *cautelares*, práticas essa que vem desde os estudos desenvolvidos por Calamandrei (1936), que previu

inseridos em um mesmo contexto, “as medidas cautelares e as medidas que comportavam uma decisão antecipada e provisória de mérito”.

A esse respeito Bruno F. Bini de Mattos assevera que:

Cândido Rangel Dinamarco evidencia, neste particular, que o *poder geral de cautela* (positivado na regra do artigo 798 do CPC brasileiro) poderia ser encarado como “*verdadeiro poder geral de antecipar*”, de modo a deixar mais uma vez clara sua opção pela reunião, a nosso sentir menos criteriosa do que se poderia exigir, das *medidas cautelares* e das *antecipatórias*, sob as chamadas *medidas de urgência*. Não compartilha desta visão Ovídio Baptista da Silva, em especial quando alude à *cautelar* como uma *autêntica tutela de simples segurança, não-satisfativa*. Ou seja, o que se critica não é a reunião das espécies sob um mesmo gênero (com uma característica que as aproxime), mas a forma como se vem elaborando esta reunião. (MATTOS, 2007, p. 45).

Desse modo podemos afirmar que o que traduz a atividade cautelar é a sua pretensão de assegurar algo; é a sua atividade assecuratória pretendida pela parte, com a finalidade de proteger pessoas, coisas ou provas que se encontram em “estado de perigo”, e não a sua função acessória, no sentido de servir de instrumento de defesa da jurisdição (entendida como manifestação do poder estatal) e do procedimento principal, que teria a função de assegurar o direito da parte.

Sendo assim, “se extrai a vinculação, necessária à compreensão entre o *processo cautelar* e a *atividade assecuratória*, entendida esta como a *atividade* que se desenvolve no sentido de acautelar, de se assegurar provas, pessoas e coisas, como acima mencionado.” (MATTOS, 2007, p. 46).

No mesmo sentido, é o entendimento de Tavares *et al*:

Com algum esforço classificatório, pode-se dizer que estas últimas- as tutelas cautelares- consistem em provimentos que visam a assegurar pessoas, coisas ou provas (tripartição sistematizada por Ramiro Podetti, conforme Theodoro Júnior, 2002, p. 92-93), e não, como se costuma defender, a assegurar a instrumentalidade de outro processo. A tutela cautelar vincula-se, pois, à proteção de um direito da parte, associando-se a uma pretensão à segurança (Baptista da Silva, 2001, p. 92), possuindo o traço da temporariedade na medida em que não tem por objetivo a declaração ou o reconhecimento de um direito, mas sim a segurança na preservação de uma situação em que haja um risco de dano, caracterizadora de um *estado de perigo* (Baptista da Silva, 2001, p. 63-75), possibilitando, conforme o caso, futura execução. (TAVARES, 2008, p. 03).

Conforme explicitado acima, a doutrina tradicional, tal como Silva (2001), entende que uma das características da cautelaridade é a sua *temporariedade*, no sentido de que a sua razão de persistir existe enquanto durar a situação de perigo, e também no sentido de que o provimento final cautelar não adquire a imutabilidade característica da coisa julgada material. Nesse sentido, a exigência de que a medida cautelar não crie uma situação fática definitiva, ou

cujos resultados sejam irreversíveis, é algo que advém de sua própria característica de ser uma forma de tutela processual que deverá perdurar até que dure o estado perigoso, não podendo ultrapassá-lo no tempo, sob pena de lesar o direito da parte que a suporta. Assim sendo, “os provimentos cautelares devem ter duração limitada no tempo (...), de modo que não lhes seja atribuída a qualidade de definitivo, protegido pela coisa julgada; e, igualmente, haverão de ser temporários (...) a fim de não causar ao demandado um dano irreparável”. (SILVA, 2001, p. 91-92).

Entretanto, cumpre agora procurar traçar a diferença existente entre *temporiedade* e *provisoriedade*, uma vez que Calamandrei apontava como uma das características das medidas cautelares o fato de serem “provisórias”. Na verdade, seria uma conseqüência advinda da relação que deve existir entre os efeitos da providência antecedente (cautelar) e os efeitos da providência subsequente (definitiva).

De acordo com Silva (2001), o conceito de *provisoriedade* de que se vale a doutrina para qualificar a duração dos provimentos cautelares acaba confundindo o “provisório” com um estado que deve perdurar até que outro provimento definitivo venha modificá-lo, pouco importando que daí advenha, no plano normativo, efeitos definitivos e irreversíveis no plano fático. De fato, as *medidas cautelares* devem ser *temporárias, mas não provisórias* já que não serão substituídas por nenhuma outra medida, se mantendo até que subsista o “estado de perigo”, que é a marca da temporiedade, não havendo, assim, nenhuma semelhança com relação ao que se pretende no provimento definitivo. Somente as *medidas provisórias* é que são substituídas por outras, de caráter definitivo. “Desta forma, a limitação temporal das *cautelares* dá-se tanto no plano normativo quanto no que se refere a seus *efeitos fáticos* (reversibilidade) (MATTOS, 2007, p. 49).

O que interessa nessa discussão acerca da diferença entre *temporiedade* e *provisoriedade* é que se possa traçar a definição mais adequada de “provimento final” no processo cautelar. Nesse sentido, Bruno Bini Mattos assevera que:

E é justamente para este *provimento final* que Ovídio Baptista chama a atenção ao afirmar ser o “*único ponto relevante para a correta conceituação da tutela de simples segurança*”, uma vez que se trata de decisão, ao mesmo tempo, “*jurisdicional, incapaz de produzir coisa julgada*” e definitiva (na medida em que se trata de sentença de mérito, como qualquer outra, mas que não declara a *existência do direito assegurado*, não se formando a coisa julgada material). (...) Ainda no que toca ao trato do *provimento final* característico da *cautelariedade*, tem-se que Eduardo Couture já havia endossado a posição pela qual a *sentença* prolatada em um *processo cautelar* seria de uma quarta espécie (ao lado, portanto, da tripartição clássica: sentenças declaratórias, condenatórias e constitutivas). Talvez nisto se queira buscar a distinção entre o *provimento final do processo principal* e aquele firmado no *processo cautelar*, já que aquela quarta espécie

vislumbrada por Couture poderia ser tomada como sendo a de natureza mandamental (MATOS, 2007, p. 49-50).

Portanto, o que se tem no provimento final do processo cautelar é uma decisão de caráter meramente acautelatório, no sentido de se assegurar pessoas, coisas e provas, pelo tempo que em que se necessitar da *simples segurança*, e não uma decisão definitiva declaratória, condenatória ou constitutiva, que acaba por satisfazer o direito da parte que a pleiteia. Não há uma *satisfação*, mas, sim, uma *ordem* a ser cumprida. No tocante a esse assunto, Silva obtempera:

O que não há na jurisdição cautelar e nem na denominada jurisdição voluntária é a definitividade de julgamento, ou decisão *definitiva* da lide, uma vez que, não produzindo tais sentenças coisa julgada material, a controvérsia a respeito do que o juiz decidira, como aplicação do direito ao caso concreto, não fica imune a novo exame em demanda subsequente. Mas isso não impede, evidentemente, que a sentença cautelar seja definitiva, no sentido em que a própria doutrina entende o conceito de definitividade da sentença, qual provimento que encerra uma determinada demanda. (SILVA, 2001, p. 37).

Diante disso, percebe-se que é inevitável não se adentrar na questão referente à autonomia do “processo cautelar” frente ao “processo principal”, uma vez que ele possui fins específicos (qual seja, resguardar pessoas, coisas e provas) que o torna independente daquilo que se venha a verificar no “processo de conhecimento”.

Ocorre que alguns doutrinadores, como Humberto Theodoro Júnior (2002), entendem que a autonomia do processo é, na verdade, meramente técnica, no sentido de se situar somente na distinção da atividade que é desenvolvida no “processo cautelar” e no “processo principal”. Referido autor defende a instrumentalidade do processo cautelar, no sentido de que ele se serve à realização prática de outro processo e sua acessoriedade, já que depende da existência ou probabilidade de um “processo principal”.

Nesse sentido não é difícil perceber que tal concepção, ao invés de reafirmar a autonomia do processo cautelar, acaba por gerar o movimento inverso, no sentido de se defender a sua dependência em relação ao processo de conhecimento. Retira-se, assim, do “processo cautelar” o reconhecimento de uma atividade de asseguarção de provas, pessoas ou coisas, relegando todas essas particularidades que lhe conferem autonomia à condição de objeto do “processo principal”, decidida sob a égide da “provisoriedade”, mas apreciável em caráter definitivo na decisão do “processo principal”.

Ovídio Baptista da Silva (2007) enumera uma série de situações em que a demanda cautelar basta por si, sem haver a necessidade de ajuizamento de um “processo principal”. Assim sendo, ele ensina que:

Pois bem, aquele que propõe uma ação cautelar de asseguaração de provas, por exemplo, a tomada de uma testemunha, ou a realização de uma vistoria ou de uma **perícia ad perpetuam memoriam**, primeiro não promete ajuizar, nos trinta dias a que se refere o art. 806, nenhuma ação principal; *segundo*, pode ocorrer, e não é raro que ocorra, que o autor da ação cautelar de asseguaração de provas nem mesmo tenha alguma ação que pudesse servir de ação principal.  
(...) As cauções oferecem exemplos importantes de **ações cautelares autônomas**.  
(...) Para demonstrar a natureza cautelar e principal de certas cauções, basta lembrar a mais importante de todas elas, cuja origem se perde no tempo: a caução de dano iminente (*cautio damni infecti*). Esta espécie de caução, concebida pelo direito romano como defesa do direito de vizinhança, foi recebida e preservada pelo direito luso-brasileiro e conservou-se, no direito brasileiro contemporâneo, com a mesma vitalidade de que sempre desfrutara no direito antigo. (SILVA, 2007, p. 105).

Conforme esclarece Mattos (2007), não se pode negar a autonomia do “processo cautelar”, com base em uma simples leitura do que prevê o Código de Processo Civil brasileiro, que não adota o posicionamento ora defendido, uma vez que o próprio código já prevê uma série de situações das quais a necessidade decorrente é meramente *acautelatória*.

No tocante a esse tema, deve-se levar em consideração o *direito substancial de cautela* e a *situação cautelanda* que exprimem essa autonomia, e que serão vistas de forma mais pormenorizada no tópico seguinte.

#### 4.1.3 O “direito substancial de cautela” e a “Situação cautelanda”

A doutrina tradicional diverge quanto à existência ou não do chamado “direito substancial de cautela”. Alguns estudiosos, tais como José Frederico Marques (1987) entendem não haver um “direito à cautela”, mas, somente, *um direito subjetivo processual*, o que acaba por condicionar a *pretensão cautelar* ao processo principal. Também Humberto Theodoro Júnior (2002) tem o mesmo entendimento no sentido de negar a sustentação da *cautelaridade* em uma *pretensão material*, que seria objeto somente do processo principal.

Ovídio Baptista da Silva, após extensas considerações sobre os mais variados posicionamentos doutrinários acerca da existência ou não do *direito substancial de cautela*, posiciona-se no sentido de que é decorrência lógica do monopólio da jurisdição pelo Estado o reconhecimento de uma *pretensão à segurança*. Na verdade, é de acordo com a *situação cautelanda* que se colhe essa pretensão que embasa o processo cautelar, e da qual decorrerá a pretensão de se assegurar pessoas, coisas e provas. Assim prossegue referido processualista:

Certamente pode-se afirmar que o verdadeiro fundamento da pretensão à segurança, ou do “direito substancial de cautela”, promana de princípio de natureza constitucional, imanente a todo Estado de Direito. Sua maior ou menor extensão certamente dependerá de múltiplas contingências e fatores históricos, sociais e políticos, mas sua dimensão constitucional hoje é reconhecida pela doutrina não só européia, como pelos juristas americanos (...). O que tem embaraçado a doutrina e impedido os processualistas de aceitarem a existência de um direito substancial de cautela é um antigo vezo de conceberem a função jurisdicional invariavelmente produtora de coisa julgada. (SILVA, 2001, p. 73-74).

As considerações de Ovídio Baptista foram suficientes para que se percebesse que a tutela cautelar se volta para uma dada *situação cautelanda*, da qual advém uma *pretensão cautelar*, a qual se associa ao denominado “estado de perigo”. (SILVA, 2001). Assim, pode-se reservar às tutelas cautelares a compreensão de “tutelas de simples segurança”, através da qual se busca assegurar provas, pessoas e coisas, segurança que se estabelece enquanto perdure o “estado de perigo”. Assim sendo, a *situação cautelanda* é a geradora direta da *pretensão cautelar* que enseja a aplicabilidade imediata da tutela cautelar.

E de acordo com Mattos (2007), este é justamente o ensejo para que Ovídio Baptista reafirme o caráter mandamental da sentença do “processo cautelar”, como característica essencial para quem pretenda compreender as tutelas de *simples segurança*, e sua distinção em relação às chamadas *tutelas jurisdicionais satisfativas*. O que se decide, assim, não é o “mérito do processo principal”, mas, sim, “o mérito do processo cautelar”, reconhecido este como distinto daquele, sendo *de mérito* a sentença prolatada em sede cautelar.

Diante do que foi dito, Mattos afirma que:

De nossa parte entendemos que a segurança pretendida no *processo cautelar*, a asseguarção de provas, pessoas e coisas, é decorrência, em nosso Direito, não apenas da *inafastabilidade da jurisdição*, como se vê na norma inscrita do inc. XXXV da Constituição Republicana de 1988, mas principalmente da principiologia do processo (MATTOS, 2007, p. 54).

Dessa forma, a busca pela “segurança”, traço distintivo da cautelaridade, para que possa ser compatível com o atual ordenamento jurídico - constitucional, deve observar a principiologia institutiva do devido processo constitucional (contraditório, ampla defesa, isonomia) que determina toda a procedimentalidade jurídica.

#### ***4.1.4 O Poder Geral de Cautela e a medida cautelar “ex officio” frente à processualidade constitucional***

O chamado “poder geral de cautela” já fora regulamentado pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1939, e tem inspiração na doutrina italiana. Ele está previsto em nosso atual ordenamento jurídico-processual no artigo 798 do atual Código de Processo Civil, que, conforme entendimento doutrinário de Silva (2001), possibilita ao juiz a concessão de medidas cautelares inominadas a fim de conduzir, com zelo, “a boa marcha do processo”.

Nesse mesmo sentido, conforme defende Humberto Theodoro Júnior (2002), trata-se de um “poder” que possibilita a tomada de certas providências de segurança, fora dos casos arrolados pelo Código de Processo Civil, naquelas situações de perigo em que não haja previsão de nenhum outro procedimento específico regulado em lei. Desse modo, haveria uma grande confiança do legislador ao magistrado, que poderia, assim, agir com um poder discricionário de grandes dimensões na determinação de qual medida seria a mais adequada de acordo com o caso concreto.

Ocorre que em face do atual paradigma constitucional em que se encontra, em que o “Processo” é elevado a nível constitucional, e que, por meio dos seus princípios institutivos, determina-se toda a procedimentalidade infraconstitucional, há de se levantar uma questão quanto à recepção ou não dessa noção “poder” aos juizes face ao ordenamento jurídico-constitucional. Conforme afirma Ronaldo Bretas de Carvalho Dias (2004), todo magistrado, assim como qualquer outro agente normativo, não possui poder, mas, sim, função, exercida com estrita observância e limitação normativa, de acordo com o princípio da legalidade, já que todo poder emana do povo, por imposição constitucional (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal).

Nesse mesmo sentido, Bruno Bini reafirma que:

Neste sentido parte-se de uma compreensão pela qual somente se poderia falar em um poder geral de cautela quando a parte interessada (e não o juiz) pretendesse assegurar provas, pessoas e coisas, o que se manifestaria pela *pretensão* extraída da *situação cautelanda*. Somente a *pretensão* de se assegurar provas, pessoas ou coisas, *pretensão* que seria debatida no processo entre as partes, pode indicar um *poder de cautela*, atribuído à parte nas situações em que não fosse previsto na Lei o procedimento específico a se adotar, e que ainda assim estaria submetida ao processo, dada a concepção deste como *instituição constitucionalizada de modelação procedimental*. Na omissão do legislador (ainda que proposital), o procedimento seria regido pela disciplina do processo constitucional (...) (MATTOS, 2007, p. 56).

Assim sendo, na visão do referido autor, a instituição do processo é que deve reger as situações onde não haja uma previsão cautelar específica, não havendo que se falar, no Estado Democrático de Direito, em outorga de poderes ao magistrado, que manifestaria atos acautelatórios de maneira solipsista. Somente o Processo, por meio de sua principiologia

constitucional, é que orienta a elaboração democrática e participada de provimentos hábeis a assegurar provas, pessoas e coisas.

Já no que se refere à concessão de “medidas cautelares”<sup>20</sup> *ex officio*, tal previsão se dá pelo artigo 797 do Código de Processo Civil, pela qual, conforme defende doutrina corrente tal como Theodoro Júnior (2002), o juiz pode exarar “medida cautelar” sem que nenhuma das partes a requeira, bastando que o julgador constate a presença dos seus requisitos autorizativos quais sejam, o *fumus boni juris e o periculum in mora* e desde que haja risco à efetividade processual.

Há quem defenda, tal como Dinamarco (1998), que o dispositivo em estudo constitui, na verdade, um poder discricionário ao julgador que deve utilizá-lo com o máximo de *sensibilidade e prudência* possíveis, o que parece um equívoco, uma vez que, conforme afirma Madeira (2007), o magistrado, como já dito, não possui “poder” mas, sim, **função** de emitir qualquer provimento, desde que seja solicitado para tal. Outra crítica feita é no sentido de que no atual Estado Democrático de Direito não há poder para o que ele chama de “*espaço do soberano*”, ou seja, para um espaço infiscalizável da autoridade, uma vez que o atual paradigma se funda na construção compartilhada das decisões estatais e na possibilidade de fiscalização incessante dos agentes governativos. Assim sendo, desde que preenchidos os requisitos legais, o juiz tem o *dever* e não o *poder* de concedê-la.

Da análise do referido dispositivo processual em questão, surgem algumas questões no que concerne à legitimidade decisória no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, na medida em que não há previsão da participação argumentativa das partes que serão diretamente afetadas pelo provimento final, prevendo somente a participação unilateral do julgador. Conforme defende Madeira:

(...) em decorrência do princípio da reserva legal (primado da lei ou legalidade), mostra-se impossível aplicar o dispositivo em comento em detrimento dos princípios, de cunho normativo, que integram o paradigma do Estado Democrático de Direito, razão pela qual só se cogita a aplicação do artigo 797 do Código de Processo Civil se se aplicar uma regra procedimental que não se choque com a normatividade constitucional. (MADEIRA, 2007, p. 71).

Assim sendo, a única saída para a compatibilização do artigo 797 do Código de Processo Civil com o atual ordenamento jurídico-processual-constitucional brasileiro é a sua

---

<sup>20</sup> O termo “medida cautelar” não se confunde com “processo cautelar” e nem com “tutela cautelar”. De acordo com Fernando Horta Tavares (2006), significa a providência de urgência, concedida liminarmente ou após audiência de justificação. É um provimento provisório (até que sobrevenha sentença definitiva ou outro provimento que o substitua), ou seja, proferida entre a petição inicial e a sentença e utilizada para fazer atuar a tutela pretendida.

adequação aos princípios institutivos do Processo, regentes de toda a procedimentalidade infraconstitucional, e formadores do devido processo constitucional. Segundo Madeira (2007), para que haja a possibilidade de utilização da técnica da medida cautelar *ex officio* as partes diretamente afetadas pelo provimento devem ser previamente intimadas para que se manifestem acerca da sua possibilidade ou não. Com isto, o decididor cumpriria seu papel de diretor ativo do procedimento, zelando pela observância da processualidade constitucional e evitando decisões solipsistas, sempre violadoras do paradigma constitucional. Somente após a oitiva das partes é que o julgador poderia exarar um provimento interlocutório de concessão ou não da medida.

Ocorre que existem certas situações em que a oitiva das partes pode significar a completa perda da efetividade do “processo principal”, caso em que a medida cautelar deferida *a posteriori* tornar-se-ia sem efeito prático. Um exemplo disso seria o caso em que numa ação de guarda de um filho menor, sendo que um deles, visando a impedir o acesso do outro ao filho, resolve sair definitivamente do país com a criança. Sabendo disso, por meio dos autos e de forma fundamentada, o juiz exara medida cautelar *ex officio* a fim de impedir tal saída. Diante dessa situação, percebe-se que se o juiz, antes de proferir tal provimento, abrisse vista às partes para se manifestarem acerca de referida medida, correria sério risco de que a criança já se encontrasse fora do território nacional. Assim sendo, Madeira defende o seguinte posicionamento:

(...) o juiz prolatará a decisão de ofício, evitando-se a perda da efetividade e um prejuízo maior, sendo que, afastado o perigo, sabedor de que a medida cautelar é sempre revogável e modificável, abrirá vistas às partes para que se manifestem sobre a decisão prolatada, exarando, em seguida, nova decisão interlocutória de *manutenção, modificação ou revogação* do provimento, sempre, de forma fundamentada. (...) Assim, a motivação idônea a permitir a emanção de provimento com contraditório posterior é a garantia de efetividade dos direitos fundamentais, devendo este ser um dos fundamentos decisoriais, além do *periculum in mora, fumus boni juris* e da impossibilidade de oitiva prévia das partes no caso concreto. (MADEIRA, 2007, p. 73).

O fato de se ter em jogo o direito fundamental da criança conviver com seus pais e, reciprocamente, o direito dos pais conviverem com seus filhos justifica o contraditório *postipado*, de forma que não haja agressão à legitimidade decisória e ao modelo procedimental.

#### **4.1.5 Do “*fumus boni juris*”**

O “*fumus boni juris*” é uma expressão latina comumente traduzida como “a fumaça do bom direito” e designa um dos pressupostos de concessão das medidas cautelares em procedimentos cautelares. Alguns autores, tais como Ovídio Baptista (2007), entendem que, na verdade, tal expressão faz parte do próprio conceito de “tutela cautelar”, juntamente com o *periculum in mora*, próximo tópico de nossa análise, com a *temporariedade*, e com a *situação cautelandanda*, institutos já tratados anteriormente. Outros estudiosos, como J. E. Carreira Alvim (2004), por sua vez, entendem que o “*fumus boni juris*” seria apenas um critério de julgamento, em virtude do fato de que o “processo cautelar” já comportaria como pressupostos, aqueles que também constituem os demais procedimentos de conhecimento.

De acordo com Silva (2007, p.60), tal pressuposto deve ser entendido como “a exigência de que o direito acautelado seja tratado, no juízo da **ação assegurativa**, não como um direito efetivamente existente, e sim como uma possibilidade de que ele realmente exista.” Desse modo, caberia ao julgador, haja vista a situação de *urgência* a legitimar as medidas cautelares, enxergar, mediante um procedimento sumário e superficial, a simples aparência de que o que se pede é plausível, sustentável, mas carente da segurança de um julgamento fundado em um procedimento ordinário.

Com o advento da Lei 8952/94 que consagrou no nosso ordenamento jurídico o instituto da “tutela antecipada”, inserida no artigo 273 do Código de Processo Civil, a doutrina pátria passou a incorporar no conceito do referido pressuposto a presença também do chamado *juízo de verossimilhança*, conforme afirma Ovídio Baptista:

O juízo de simples *verossimilhança* desempenha, na verdade, uma função de relevância mais profunda, relativamente à tutela cautelar e, de um modo geral, com relação a todo o fenômeno jurisdicional. Pode-se dizer que o **juízo de probabilidade** do direito para cuja proteção se invoca a tutela assegurativa (cautelar) é não apenas pressuposto, mas igualmente exigência desta espécie de atividade jurisdicional. Com efeito, a proteção não apenas pressupõe a simples **aparência do direito** a ser protegido, mas exige que ele não se mostre ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível. Quer dizer, a tutela cautelar justifica-se porque o juiz não tem meios de averiguar, na premência do tempo determinada pela urgência, se o direito realmente existe.

Se o direito apresentou-se como uma realidade de indiscutível evidência, a resposta jurisdicional não deveria mais ser a **tutela de simples segurança**, e sim alguma forma de tutela definitiva e satisfativa. (SILVA, 2007, p. 61).

Percebe-se que Silva, apesar de descrever com proficiência a respeito do pressuposto do “*fumus boni juris*”, defende, ele, que a prolatação do provimento provisório da cautelaridade se dá por insuficiência temporal do juízo de verificação do direito. Para o autor, a urgência se justificaria a fim de evitar dano futuro e não em razão da liquidez e da certeza de que se revestem os direitos que são objetos de tais concessões. Segundo Silva, toda medida

cautelar sustentar-se-ia, necessariamente, num juízo de verossimilhança (“*fumus boni juris*”), que se expressaria sob a forma de uma “cognição” sumária.

Conforme já salientado em tópico anterior, no atual Estado Democrático de Direito, não se pode conceber a sumarização da *cognitio* que se define pelos princípios institutivos do Processo, permitindo a valoração dos argumentos e das provas compartilhadas pelas partes em juízo, a fim de que possam construir o provimento final que irá afetá-las, sob pena de se permitir em nosso ordenamento pátrio mero *ritos*, que em nada se coadunam com o atual paradigma constitucional. O que se pode admitir é a *sumarização dos procedimentos*, ou seja, da estrutura técnica-normativa de atos seqüenciais e inter-relacionados que constroem qualquer provimento.

Na verdade, o pressuposto do “*fumus boni juris*” significa, nos moldes da processualidade constitucional brasileira, não uma “plausibilidade”, uma possibilidade de um direito que deverá ser aferida pela *sensibilidade* do julgador, mas, sim, a certeza da presença de direitos fundamentais já previamente acertados, mediante um devido processo legislativo, e que necessitam de fruição imediata, de forma que a medida cautelar é que possibilita tal fruição, mediante a construção do provimento pelos diretamente afetados.

#### **4.1.6 Do “*periculum in mora*”**

O “*periculum in mora*” tradicionalmente é traduzido como “perigo na demora”, no sentido de que se a medida cautelar não for desde logo concedida, pode-se tornar ineficaz o provimento emitido quando do “processo principal”. Assim sendo, parte da doutrina, como Silva (2007), Theodoro Júnior (2002) entendem que o “processo cautelar” é instrumental, no sentido de que deve servir a um outro processo, dito principal, de forma que sua função se esgota quando do surgimento desse tipo de procedimento, apesar de ser considerado autônomo, com um objeto específico e bem determinado, qual seja, resguardar bens, pessoas e provas. Assim sendo, Theodoro Júnior preleciona:

Para obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal.

O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 373)

Ovídio Baptista (2007), ao tratar desse elemento que, segundo ele, também contribui para a conceituação do que seja “Processo Cautelar”, prefere traduzi-lo como “perigo de dano iminente e irreparável”. Nesse sentido, tal noção de “dano irreparável” advém justamente da demora na expedição de uma medida judicial cabível, o que revelaria a desnecessidade de uma cognição exauriente, de forma que a atividade judicacional que materializaria o provimento cautelar passaria por uma cognição sumária e vertical, a fim de entregar o bem da vida a quem o requer, em tempo e modo adequados. Assim sendo, defende Silva (2007, p. 42) que “o que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, senão suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra a sua função poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente”.

Na verdade, conforme já explicitado anteriormente, uma vez superado a concepção de “instrumentalidade do processo cautelar”, em face da atual processualidade constitucional brasileira, a noção de “*periculum in mora*” até então defendida necessita ser revista. O Processo não mais desempenha uma função adjetiva em relação ao direito material pleiteado em juízo, só existindo enquanto exista alguma *pretensão* a ser discutida, mas é uma instituição autônoma e com funcionalidade própria, qual seja, a de garantir direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Conforme entende Tavares (2006), o “*periculum in mora*” retrata um risco que corre o direito ameaçado, evidenciado pela probabilidade de dano (risco de perecimento, destruição, desvio, etc) que deve ser fundado, relacionado a um dano próximo e que seja grave e de difícil reparação. Tal elemento mostra a necessidade de que a proteção a bens, pessoas ou provas seja realmente *urgente*, de forma que se assim não for, este mesmo direito pode esvair-se. Percebe-se que não se está, aqui, a se referir a nenhum procedimento principal, ou ao risco de que este perca seu objeto, já que o “perigo da demora” não é de que o “processo cautelar” não sirva como instrumento para um “processo principal”, mas de que a sua *função assegurativa* seja exercida desde logo.

## **4.2 Da tutela antecipada**

### ***4.2.1 Dos requisitos para a concessão da antecipação de tutela***

Passa-se, agora, à análise dos requisitos previstos para a concessão da antecipação de tutela no artigo 273 do Código de Processo Civil, a fim de que se possa compreender a devida aplicabilidade deste instituto na atual processualidade constitucional brasileira. Deve-se ressaltar que não se procurará meramente narrar os conceitos de cada um desses requisitos,

mas também analisá-los frente ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, uma vez que, com a sua adoção pela Constituição Republicana de 1988, passou a exigir de todos os estudiosos do Direito uma constante ressemantização de todos os institutos jurídicos componentes do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido pode-se dizer que a alteração paradigmática ocorrida aponta-nos relevantes modificações concernentes à interpretação do direito, com repercussões diretas na legitimidade da produção e da aplicação normativa.

De acordo com Rosemiro Pereira Leal (2005a, p.117), a expressão “requisitos” equivale “a condições que não causam a formação da estrutura lógica do Processo, por serem qualidades externas e anteriores ao procedimento judicial e ao processo que definem os atributos legalmente exigidos ou conferidos pela Lei para legitimar a atividade jurisdicional”. Não são, deste modo, elementos que definem a essência do instituto em análise, mas somente o qualificam a fim de compreendermos a sua devida aplicação no dia-a-dia da prática forense.

No que se refere à tutela antecipada, os requisitos que delimitam a sua aplicabilidade são, na verdade, não a justificativa de existência do próprio instituto, mas requisitos a serem desenvolvidos de forma a enfatizar a certeza e liquidez dos direitos aptos a serem atendidos antecipadamente em provimentos judiciais intercorrentes.

#### **4.2.1.1 Da prova inequívoca e verossimilhança da alegação**

O artigo 273 do Código de Processo Civil afirma que: “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou antecipadamente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo *prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança da alegação*”. Como se vê, de acordo com o previsto pelo artigo 273, o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo *prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança da alegação*”. Desse modo, o que se parece à primeira vista é que a prova inequívoca é um pressuposto para que ocorra a verossimilhança daquilo que foi alegado em juízo.

A doutrina tradicional entende que na tutela antecipada, assim como nas tutelas cautelares, exige-se também que estejam presentes os requisitos do “*periculum in mora*” e do “*fumus boni juris*”, já tratados anteriormente. Mas não só. Embora sejam estes justificadores do deferimento daquela antecipação, exige-se mais: acresça-se aos requisitos específicos das cautelares a necessidade de demonstrar-se a verossimilhança da alegação para obtenção da tutela prévia (antecipação da aplicabilidade da lei). Assim sendo, Birchall (1999, p. 94) preleciona que “a verossimilhança surge, na tutela antecipada, como um *plus* em relação ao

*fumus boni juris* e está para a probabilidade, assim como a plausibilidade está para a cautelaridade”. Nesse mesmo sentido, J. E. Carreira Alvim reafirma:

A **probabilidade** é o que fatalmente ocorrerá, se não sobrevier algum motivo divergente; a **possibilidade** é o que não ocorrerá, salvo se intervier algum motivo convergente. (...) O *fumus boni juris*, no processo cautelar encontra ‘correspondência’ em sede de antecipação de tutela, na verossimilhança da alegação. Se bem que - e não é demais ressaltar, a ‘probabilidade’ da existência do direito (verossimilhança) seja mais do que a simples ‘aparência’ do bom direito (*fumus boni juris*). (ALVIM, 1996, p. 111).

De acordo com Marinoni (2006, p. 249), a denominada “prova inequívoca” capaz de convencer o juiz da “verossimilhança da alegação” só pode ser entendida como a “prova suficiente” para o surgimento do verossímil, “entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito”, mas não considerada como “prova da certeza” ou “prova da verossimilhança”, uma vez que, quando tal medida é concedida, o procedimento prossegue rumo ao provimento final podendo haver, inclusive, produção de outras provas. Nesse sentido, o que existiria, segundo referido jurista, seria a formação de uma espécie de “juízo”, um “juízo provisório” formado no curso do procedimento tendente à cognição exauriente, mas não um “juízo de verossimilhança” que só se formaria se se pudesse partir da concepção de que “a verdade seria algo absolutamente inatingível”. “Entretanto, se por ‘juízo de verossimilhança’ deseja-se significar juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes, o mais correto é falar em ‘juízo-provisório’” (MARINONI, 2006, p. 251).

Já Zavascki (2006) reflete de modo diverso, entendendo que o que a lei exige não é, nas palavras do autor, a “prova da verdade absoluta” (que será sempre relativa, ainda que se tenha concluído a instrução), mas uma prova robusta, capaz de aproximar o juízo de probabilidade do “juízo de verdade”. Em outras palavras, exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos *certos*, ou seja, que a *verossimilhança* quanto aos fundamentos de direito decorra, diretamente, da *certeza* quanto à verdade dos fatos. Nesse sentido, a “prova inequívoca” deveria ser analisada dentro do contexto do relativismo próprio do sistema de provas.

Alice de Souza Birchall (1999), nessa mesma linha de pensamento, afirma que:

Para possibilitar o deferimento da tutela antecipada, a prova dos fatos constitutivos do direito do autor deve conter o mais alto grau de verdade exigível em sede de cognição incompleta. Em outras palavras: por um lado, a verdade revelada na prova não atinge e, nem poderia, o grau conseguido na cognição exauriente (certeza jurídica); por outro lado, impõe-se que a prova carreada traga toda a certeza jurídica possível, nos estreitos limites da cognição sumária (probabilidade)

A prova inequívoca é aquela que se basta (é suficiente) ao exercício do juízo de probabilidade, ou seja, deve haver estrita correlação entre o direito material pleiteado pelo autor e a verdade dos fatos argüidos – art. 14, I. E, mais, insta que esta correlação esteja apta a convencer, sem equívoco algum, o magistrado (BIRCHAL, 1999, p. 95).

Na verdade, o único problema na conceituação desenvolvida por Zavascki e Birchall é que eles não deixam claro, pela leitura de suas obras, qual a correta definição para o termo “juízo de verdade”, ou o que entendem por “certeza jurídica” quanto aos fatos alegados. No atual paradigma do Estado Democrático de Direito a própria noção do que seja “certeza” e “verdade” perde espaço para a noção de “legitimidade” e de “racionalidade” na construção dos procedimentos. Assim sendo, pode-se dizer que o instituto da prova, conforme defende Madeira (2006, p. 213) “não tem mais por objetivo reproduzir a verdade, e sim, estruturar dialógica e racionalmente o procedimento”. Assim prossegue referido processualista:

No exercício da cognição jurisdicional, a verdade não precisa mais ser buscada, sendo inexigível uma singular intuição, experiência ou sensibilidade do julgador. Em Direito, não existe uma verdade a ser tocada, e sim proposições falseáveis extraídas do discurso processual procedimentalizado (MADEIRA, 2006, p. 214).

Nesse sentido, a prova não é capaz de, por si só, transmitir qualquer verdade ou certeza ao julgador, já que anseia por uma valorização e interpretação exercida de forma compartilhada pelas partes diretamente afetadas pelo provimento. O que ela permite é a estruturação dos debates que percorrerão todo o *iter* procedimental.

Alguns autores, tais como Fernando Luís França (2001), entendem que apesar da relação existente entre “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, não se pode afirmar com precisão que seja pacífico na doutrina o entendimento de que, necessariamente, aquela geraria, inevitavelmente, esta. Nesse sentido, poderia haver uma contradição entre o termo “prova inequívoca” e “verossimilhança”, já que só se poderia afirmar que uma prova é inequívoca se se pudesse afirmar que o fato (seu objeto) também seria inequívoco. E um fato só poderia ser inequívoco por meio de cognição exauriente, de forma que, segundo tal linha de raciocínio, a “prova inequívoca” não poderia ser considerada como requisito para a tutela antecipada.

Nessa mesma linha, Dinamarco (1995, p. 143) defende, inclusive, a substituição do “juízo de verossimilhança” pelo “juízo de probabilidade”, já que a verossimilhança nada mais é do que “imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor”. Segundo ele, chega-se a esta substituição pela preponderância dos motivos convergentes à aceitação da afirmação sobre os motivos divergentes, ou mesmo pela ausência

de fatos extintivos ou modificativos do direito em debate, em confronto com o direito alegado pelo autor, caso em que se teria, aí, a inequívocidade. A esse respeito, França (2001) afirma que quando se fala em conteúdo (e não em motivos, como Dinamarco) refere-se à verossimilhança, uma vez que a probabilidade combinaria, de fato, a verdade com a falta de conteúdo. Segundo ele, Dinamarco ao definir “probabilidade”, acabou definindo “verossimilhança”. E prossegue afirmando que:

Destarte, afirmamos que o conteúdo da prova que é pressuposto para se verificar a verossimilhança, deve-se situar em uma zona intermediária entre a dúvida inicialmente inculcada no juiz com a apresentação da inicial, diminuindo com a apresentação da contestação, sem, contudo, atingir a certeza (profundidade) necessária para a sentença de mérito obtida em cognição exauriente; caso contrário, sendo a prova de grau capaz de autorizar, desde já, uma sentença de mérito não haveria porque antecipar a tutela, sendo o caso de julgamento antecipado da lide. (FRANÇA, 2001, p. 175).

Na verdade, não se pode confundir “prova” com “verossimilhança”, uma vez que aquela (prova) é, sim, pressuposto desta, conforme preceitua Rosemiro Pereira Leal (2005e, p. 67): “A existência de prova inequívoca é fundamento legal e antecedente lógico-jurídico da **verossimilhança** (...). Teoriza-se, por conseguinte, que a inequívocidade da prova é **pressuposto** procedimental da caracterização da **verossimilhança** da alegação”.

Conforme já explicitado ao longo do presente estudo, de acordo com os fundamentos legais do Estado Democrático de Direito, a tutela que se antecipa em seus efeitos não é a da sentença de mérito, que só pode se dar por meio da construção participada das partes integrantes da estrutura procedimental, com a presença indispensável dos princípios institutivos do Processo, de forma que o que é antecipado é o conteúdo da lei aplicável ao caso em análise. Nesse sentido, de acordo com Rosemiro Leal (2005e, p. 67) pode-se dizer que tal antecipação “só poderá ser legitimamente reconhecida a favor do postulante se ocorrentes na estruturação procedimental os aspectos de **verossimilhança das alegações** produzidas”, de forma que ela só seria aferida se a alegação se compusesse do “elemento” do “meio” e do “instrumento” da prova que integram o conceito de “prova inequívoca”. A respeito de tal conceito, Leal afirma que:

**Inequívocidade** seria a presença lógico-jurídica do **elemento** de prova (fato, ato, coisa, pessoa) articulada pelo **meio** legal de prova (alegações ensejadas em lei) e expresso no **instrumento** (documento formal) de prova. Se tal ocorresse, pelos conteúdos técnico-estruturais da **prova**, esta seria **inequívoca**, não porque insuscetível de induzir o julgador a erro quanto à realidade extraprocessual, mas pela **univocidade** (presença indubitosa das bases morfológicas) da teorização do instituto da prova. (LEAL, Rosemiro, 2005e, p. 68)

Assim sendo, a “inequívocidade” não adviria meramente dos juízos de certeza acerca da prova exibida em juízo, mas da demonstração da univocidade dos aspectos que compõem a prova e que conduziriam, assim, ao que é “verossímil”. Nesse sentido, conforme preleciona Rosemiro Leal (2005e, p. 68), a verossimilhança não é algo que se pareça com a verdade, que pareça eloqüente e relevante, mas algo aferível pela “similitude (conjectura sobre base físico-corroborativa-verossimilitude) das alegações condutoras dos **conteúdos de materialidade da prova** instrumentalizados e vistos (já existentes) nos autos do procedimento”.

O termo “verossimilhança da alegação” se configura, portanto, de acordo com a articulação jurídica feita sobre o instrumento de prova (documento judicial ou extrajudicial) trazido a juízo, e previamente à instauração do litígio, e não por meras alegações de mera probabilidade. De acordo com Leal (2005e) o termo “alegação” seria o mesmo que **meio** legal de prova hábil a demonstrar o **elemento** de prova calcado no **instrumento** de prova.

Concluindo, Leal esclarece que:

Portanto, a verossimilhança, em PROCESSO, há de ser conteúdo instantâneo da alegação (**meio** lógico-jurídico) pelo nexos material do **elemento** e do **instrumento** de prova **já existentes** nos autos e **perpassados** pelo contraditório (art. 301 do CPC), não sendo a **verossimilhança** mera cogitação de possibilidade ou probabilidade pela qual o julgador compatibilizasse alegações de fatos e a lei, porque (...) a sua caracterização é induzida da **base empírica** precógnita, ou seja, pela já existência nos autos (suporte físico) do procedimento, do **instrumento pré-constituído** da prova. (LEAL, Rosemiro, 2005e, p. 69).

#### **4.2.1.2 Do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**

Identifica-se mais uma exigência para a concessão da tutela antecipada: a demonstração do dano ou do perigo de dano. Tal requisito se apresenta como uma complementação das situações jurídicas de “inequívocidade” e de “verossimilhança” uma vez que, pelo texto da lei, percebe-se o uso da conjunção “e”, o que coloca o **fundado receio** como elemento inseparável do juízo antecipatório da tutela legal. Tradicionalmente significa dizer que o magistrado só concederá a antecipação, depois de convencido pela apreciação das alegações e da prova de que o direito material da parte requerente está ameaçado, mesmo que não o seja por ato ilícito, a se perder ou a se deteriorar.

No que se refere ao conceito do que seja *dano*, Birchall esclarece que:

*Dano* será tudo aquilo que, por impossibilitar ou obstacular a execução da obrigação na forma contratada ou da efetiva realização do direito material, atinge-o frontalmente, não obstante possa a prestação principal ser convertida em perdas e danos pela sua impossibilidade. A virtude da tutela antecipada é defender o direito

objeto da ação proposta, através da antecipação dos efeitos da sentença de mérito. (BIRCHAL, 1999, P. 100).

Apesar do fato de a autora se referir à “antecipação de tutela” como sinônimo de “antecipação dos efeitos de uma sentença de mérito”, e não como antecipação da aplicabilidade do conteúdo da lei, percebe-se que a figura do *dano* é definida como qualquer ato ou fato capaz de criar obstáculos à fruição plena de qualquer direito fundamental já previamente garantido constitucionalmente.

A afirmação do perigo ou do dano ao direito material pretendido deve ser *fundado*, ou seja, cabe à parte que requer a tutela antecipatória provar a atualidade do empecilho ao exercício desse direito. Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal (2005f) afirma que o “fundado receio” não pode ser decorrente de uma mera cogitação do juízo sentenciante em face das alegações do requerente, mas um aspecto que seja fundado em **prova inequívoca**, ou seja, o “fundado receio” deve decorrer de um fato que seja objetivamente demonstrável no procedimento, e não de um simples receio da parte. Desse modo, pode-se dizer que “o **fundado receio** decorre do elemento de prova, já integrante da estrutura procedimental, apto a persuadir o julgador, não sendo, por conseguinte, manifestação de mero temor alegado pela parte” (LEAL, Rosemiro, 2005f, p. 75).

A doutrina tradicional entende que aqui se trata, na verdade, do requisito do “*periculum in mora*” já tratado no tópico referente à “Tutela cautelar” que, mais uma vez se ressalta, não corresponde ao perigo da demora a fim de tornar útil o chamado “processo principal”, mas, sim, está a confirmar a necessidade de urgência na concessão da medida requerida, sob pena do direito fundamental da parte, já previamente acertado por meio do devido processo no âmbito legislativo, esvair-se.

Conforme reafirma Leal (2005f), o requisito de “receio de dano”, nesse sentido, não é aferido pela *sensibilidade* do juiz desvinculado da procedimentalidade em bases de “probabilidade de certeza”, mas prefixados no procedimento, sob pena de que, se assim não o for, haverá afronta direta ao princípio da reserva legal (artigo 5º, II, da Constituição Republicana de 1988).

Alguns autores, tais como França (2001), entendem que o “receio” de que se trata no inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil poderia conceber não somente um dano futuro, prevenível pela antecipação de tutela, mas antes englobaria também um dano já ocorrido, de forma a evitar que este se protraia durante o tempo necessário que, segundo ele, se gasta com o procedimento ordinário. Portanto, à tutela antecipada caberia, assim, prevenir a ocorrência de um dano futuro irreparável ou de difícil reparação, ou um receio presente, pois

que já ocorrido, através da técnica da repressão. Na primeira hipótese, a função da tutela antecipada seria a de evitar a ocorrência do dano iminente, e na segunda, a de evitar que o dano, embora já ocorrido, continue a gerar efeitos futuramente. Nesse mesmo sentido, Carreira Alvim obtempera:

O receio, aludido na lei, traduz a apreensão de um dano ainda não ocorrido, mas prestes a ocorrer, pelo que deve, para ser **fundado**, vir acompanhado de circunstâncias fáticas objetivas, a demonstrar que a falta da tutela dará ensejo à ocorrência do dano, e que este será irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação. (...) Se o dano já ocorreu, ainda assim pode a tutela antecipada fazer que cesse, como, por exemplo, na hipótese de protesto de título cambial já pago, determinando *in limine litis* a baixa do mesmo. (ALVIM, 1996, p. 123).

Portanto, no que se refere ao “dano irreparável ou de difícil reparação”, segundo tal linha de pensamento, a antecipação de tutela seria um instituto hábil a evitar danos que possam potencialmente ocorrer a direitos fundamentais, ou danos já ocorridos e que seriam, nesse caso, indenizados.

Desse modo, Fernando Luís França procura traçar a diferença existente entre o que seja “reparar” e o que seja “indenizar”. De acordo com referido jurista:

“reparar, é o mesmo que retornar ao *status quo ante*, ao estado primitivo, como se nada tivesse acontecido, o que deve ocorrer de forma específica. Já indenizar é o ato de remeter o patrimônio do sujeito à mesma situação na qual seria encontrado, se não tivesse acontecido o ato danoso”, o que se dá, normalmente, pela via pecuniária. (FRANÇA, 2001, P. 184)

Sendo assim, França (2001) entende que a violação ou ameaça a um direito de cunho patrimonial, como por exemplo, o direito a recebimento de uma dívida de um credor seria um tipo de dano reparável, ficando excluída da espécie de “dano irreparável”; já no caso de um direito de cunho não patrimonial como, por exemplo, os que envolvam direitos da personalidade, ou ainda, no caso em que se envolva direitos de cunho patrimonial mas com função não patrimonial, como os direitos decorrentes do crédito alimentício, seriam espécies de dano irreparável onde o procedimento de cognição poderia obstacular a fruição imediata dos direitos em debate e, assim, estaria justificada a concessão de tutela antecipada com base no inciso I do artigo 273.

Ocorre que tal raciocínio não é repartido por toda a doutrina pátria, de forma que alguns juristas, divergindo de tal posicionamento, defendem ser inadmissível a concessão de antecipação da tutela da lei para o caso de dano já ocorrido. É o que preleciona Rosemiro Pereira Leal:

Também, inimaginável tutela inibitória de dano já ocorrido, porque não há receio sobre o acontecido (fato consumado) ou sobre o que estivesse acontecendo (dano continuado), porque sobre fato danoso consumado ou já em consumação ou repetição seria cogitável o **procedimento cautelar** para não agravamento dos danos ou preservação ou afastamento de circunstâncias a possibilitar apuração e reparação (ressarcimento) de futuros efeitos extensivos. (LEAL, Rosemiro, 2005f, p. 76).

Conforme já visto na primeira parte do presente capítulo, a “tutela cautelar” possui a finalidade específica de proteger bens, pessoas ou coisas que se encontrem em “situação de perigo”. Nesse caso, quando houvesse um dano já ocorrido ou ocorrendo, de acordo com o pensamento de Leal (2005f), a via mais adequada seria, de fato, uma “medida cautelar”, a fim de assegurar o direito da parte que se encontra em risco.

Leal (2005f) vai mais adiante e afirma que a própria figura do “dano irreparável” não poderia existir, uma vez que não existiria, na nossa legislação pátria, qualquer dano que não pudesse ser ressarcido, ainda que não pudesse ser compensado. Utilizando-se da definição de *dano* utilizada pelo Professor César Fiúza em que “dano é expressão material de prejuízo. Pode ser material ou pessoal, este físico ou moral, ambos indenizáveis”, Rosemiro Pereira Leal entende que o dano, como efeito do ato ilícito, é sempre juridicamente reparável pelo devido ressarcimento, de forma que tal expressão seria uma criação insólita do legislador que perturbaria a tradição do direito no que se refere às linhas de pensamento que fixam as normas referentes à responsabilidade jurídica.

#### **4.2.1.3 Do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório do réu**

Outras duas hipóteses possíveis para se alcançar o provimento antecipado da tutela da lei são a configuração do abuso do direito de defesa, por parte do réu, e a intenção patente deste em protelar o procedimento. Ao contrário do que se deveria esperar, o legislador empregou conceitos jurídicos indeterminados, de interpretação subjetiva, portanto, tornando dificultosa e problemática a objetividade que seria desejada no trato de matéria de tamanha relevância, o que acaba por permitir ao juiz de se utilizar de critérios discricionários ao conceder ou não a antecipação de tutela pretendida, com base nesse requisito, não se embasando, assim, em critérios exclusivamente legais.

A antecipação da tutela, com fundamentos no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, tem sido considerada, por parte significativa da doutrina, como uma

reação do Estado ao uso indevido de um direito assegurado ao réu, nominando-a de antecipação-sanção.

Conforme analisa José Marcos Rodrigues Vieira (1995), a lei, ao atribuir a possibilidade de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório com exclusividade somente ao réu, pode-se dizer que houve, aí, um grave erro de ordem técnica, uma vez que também o autor exerce direito de defesa, pois se não fosse assim, estaria o réu somente a defender-se e o autor somente a atacar, causando um inaceitável desequilíbrio entre as partes, com ofensa a princípios constitucionais como o da igualdade entre as partes, do contraditório, etc. Acabaria por se retornar, dessa forma, à Teoria do Processo como Situação Jurídica, idealizada por James Goldschmidt (1925)<sup>21</sup>.

Resta saber o que a doutrina pátria entende acerca de quais sejam os elementos caracterizadores do “abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório do réu”. Parte da doutrina subsume do artigo 17 do Código de Processo Civil, os elementos que caracterizariam tal requisito. Nesse sentido, Birchall afirma que:

Embora o inciso em estudo tenha sido introduzido pela Lei 8952/94 e, portanto, seja instituto novo no processo civil, ele nos remete ao artigo 17 do CPC que define os comportamentos reveladores de má-fé do litigante. (...) As hipóteses em estudo defendem não só o direito material, mas, sobretudo o próprio processo através do qual se dá o exercício da jurisdição pelo Estado que deve buscar a solução mais célere à pacificação dos jurisdicionados. (BIRCHALL, 1999, p. 103)

Também Carreira Alvim, compartilhando do mesmo entendimento, preleciona que:

O direito processual, tanto quanto o direito material, comporta abusos, sendo que o cometido no processo é até mais pernicioso que o perpetrado contra o direito mesmo, uma vez que, além das partes, atinge o próprio Estado, na sua tarefa de distribuir justiça, dando ensejo ao entulhamento do foro e tornando morosa a prestação jurisdicional. (ALVIM, 1995, p. 171).

De acordo com Zavascki (2005), se a intenção do legislador com a adoção das tutelas de urgência no ordenamento jurídico-processual brasileiro é privilegiar a celeridade na prestação jurisdicional, conforme é divulgado em larga escala pela nossa doutrina, deve-se entender que tal expressão utilizada no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil é criticável, haja vista que, literalmente, sugere a possibilidade de antecipação de tutela mediante mera *intenção* de protelar. Assim sendo, o que justificaria a antecipação não seria o

---

<sup>21</sup> Segundo Leal (2005a) tal teoria projetava um processo estruturado com base em situações jurídicas egressas de um complexo de normas reconhecidas previamente por lei. O Processo se desenvolvia por meio da atividade jurisdicional, de forma que o provimento final (sentença) simplesmente resolvia um “duelo” entre as partes, como se fosse um jogo entre elas. A sentença, nesse aspecto, somente resolvia um conflito pendente, mas não guardava nenhuma relação causal com o processo.

propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu de atos ou omissões destinados a retardar o procedimento. Na tentativa de diferenciar as duas expressões que caracterizam o inciso em estudo, Zavascki (2005) entende que o “abuso do direito de defesa” seria um ato processual, ou seja, praticado ao longo da estrutura procedimental; já o “manifesto propósito protelatório do réu” seria qualquer comportamento fora do *iter* procedimental, embora estivesse com ele relacionado como, por exemplo, ocultação de prova, simulação de doença, etc.

Parece que o abuso do direito de defesa, nesse sentido, seria a prática, no curso do procedimento, de atos indevidos e desnecessários, tema em que Calmon de Passos preleciona:

Talvez a melhor maneira de definir o abuso do direito de defesa seja dizer-se que ele ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o limite que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que ele se associa e é devida a seu titular, sem outro fim, mesmo lícito que seja ou moralmente justificável. Todo desvio de finalidade é um abuso. (PASSOS, 1995, p. 30).

Na verdade, pelo fato do legislador não especificar teoricamente os critérios de abusividade, isso acaba por conferir ao juiz o domínio total sobre o significado intencional da defesa, uma vez que o direito de defesa não pode ser abusivo, já que é um direito de defender-se. Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal (2005d) obtempera que o direito de defesa é um princípio constitucional que não pode conter uma abusividade intrínseca. Quem pode cometer o abuso é o operador do direito, e não o direito em si. Caso haja, segundo ele, alguma abusividade por parte deles, tais questões devem ser resolvidas por meio de procedimentos judiciais autônomos ou pelos órgãos de fiscalização profissional. Portanto, o mau uso do direito de defesa deve afetar, na verdade, o advogado e não a parte.

Logo, não é o procedimento de antecipação tutelar o âmbito mais adequado para se decidir acerca do mérito do abuso ou não do direito de defesa porque, (...) “pouco importando se simulação, dolo ou abuso, estes resultam em FRAUDE À JURISDIÇÃO no Processo e não diretamente ao modelo procedimental ou às partes ou outros sujeitos do Processo”. (LEAL, Rosemiro, 2005d, p. 59).

Não se está a defender que qualquer conduta ilícita das partes não deva ser devidamente apurada por um procedimento cognitivo, mas a questão é que ela não pode ser decidida em um espaço estrutural destinado a outro fim. Caso se agisse deste modo, “estar-se-ia a afrontar diretamente **devido processo legal** para a construção da sentença de **mérito ressarcitório** que, no direito brasileiro, em face do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, não pode revestir a forma de ato interditivo. (LEAL, 2005d, p. 60). O

problema é que o inciso II do artigo 273 admite decisão interditiva por fatos só suscetíveis de verificação por um procedimento legal específico.

Com relação à conceituação do que seja “manifesto propósito protelatório do réu”, Costa Machado afirma que:

Manifesto propósito protelatório do réu é a intenção clara do magistrado de procrastinar o andamento do processo e a outorga do provimento final, intenção cuja evidência é revelada pela utilização exorbitante do direito de resposta, que não a contestação e o direito de provocar incidentes, bem como pela prática de quaisquer atos isolados de caráter temerário. Acerca do direito de resposta deve-se atentar para o fato de que ele é exorbitante, ou excessivo, tanto na hipótese de o réu se valer de uma só das suas modalidades de forma flagrantemente procrastinatória, como no caso de ele se valer do oferecimento simultâneo de várias respostas (reconvenção, exceção, impugnação ao valor da causa, denúncia, etc) descabidas, todas ou algumas, ou desprovidas de razoável fundamento ou articulação. (COSTA MACHADO, 1999, p. 56).

O que se percebe diante de tal entendimento é que a definição do “manifesto propósito protelatório do réu” é algo extremamente subjetivo, de forma que a sua caracterização acaba por recair nas mãos do julgador. Nesse sentido, a falta de delimitação, em critérios legais, a respeito do que seja “direito de resposta exorbitante”, ou ainda “atos isolados temerários” acaba por tornar a concessão da tutela antecipada com base, exclusivamente, no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil, uma técnica jurídico-processual de dominação e coerção do Estado frente aos jurisdicionados, uma vez que pode o julgador entender, pelo simples fato do réu se utilizar de vários institutos que lhe são disponíveis na legislação processual (reconvenção, exceção, etc), de que ele estaria com a intenção de procrastinar o feito, o que, muitas das vezes, não procede. Conforme afirma Madeira (2006), a atividade cognitiva (provimento) não pode estampar a lógica ou a razão do decididor, já que a cognição independe de qualquer concepção de “justiça” por ele utilizada. Com o advento do Estado Democrático de Direito, não se admite a interpretação solipsista de um soberano; a *ratio legis* (ordenamento jurídico previamente escriturado em um texto legal) só pode corresponder a um sistema aberto à fiscalização pelos legitimados ao provimento (partes). Desse modo, qualquer instituto jurídico que não esteja devidamente estruturado em critérios exclusivamente legais se revela antidemocrático e ilegítimo, uma vez que não permite a sua fiscalidade pelos sujeitos que serão diretamente afetados pelo provimento final.

No que se refere ao “ato protelatório” não se pode protelar aquilo que está dentro do tempo legal, uma vez que o que está fora do tempo legal já é atingível pelos institutos da decadência, prescrição, preclusão, não havendo como protelar. Conforme afirma Leal:

Não há que falar em ato protelatório se praticado no tempo legal de defesa, porque o tempo legal de defesa é insuprimível e irredutível. Protelação é o que vai além do tempo legal oportunamente utilizado. É o excesso legalmente vedado de tempo para atuar no procedimento e não ausência ou demora de demonstração ou argumentação insatisfatória no tempo legal da prova (...) a possível inconsistência ou impertinência da matéria de defesa, oportunamente apresentada, não traduz intenção protelatória, mas inocuidade da defesa que, se assim produzida, tornaria incontroverso o direito alegado pelo Autor. (LEAL, Rosemiro, 2005d, p. 61)

Conforme o entendimento de Fernando Lage Tolentino (2007, p. 187) “a ampla defesa objetiva resguardar o autor ao réu e a possíveis interessados, que participam em regime de contraditório no procedimento, o direito de produzir provas e argumentos que visem a fundamentar suas teses”. Partindo de tal afirmação, conclui-se que a viabilidade de seu exercício passa, necessariamente, pela implementação de direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, como, por exemplo, o direito constitucional incondicionado da ação<sup>22</sup>. Nesse sentido, a Constituição Federal disciplina a essencialidade da presença do advogado, como sujeito apto a exercer a atividade fiscalizatória da atuação jurisdicional, em nome das partes, de forma a contribuir para a construção democrática do provimento.

Desse modo, por todos os argumentos já apresentados, pode-se dizer ser inadmissível a concessão de antecipação da tutela legal somente com base no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil, uma vez que, de acordo com o entendimento de Leal (2005d), somente a **inocuidade de defesa** do réu é que seria fundamento técnico da verossimilhança das alegações do autor, se demonstrada por prova inequívoca, mas não o abuso de direito de defesa ou o suposto propósito protelatório manifestado no tempo legal. Não se pode conceder a antecipação de tutela legal por resultar de sanção ao réu por uma suposta litigância de má-fé se os atos judiciais se articularam dentro do tempo da defesa.

#### ***4.2.2 As tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade***

Como visto, com a entrada em vigor da Lei 8952/94, introduziu-se, em nosso sistema, o instituto da antecipação da tutela da lei, o que viabilizou o surgimento de tutelas que permitissem a satisfação, mesmo que provisória (haja vista ser uma decisão interlocutória que pode ser modificada a qualquer momento) do direito pleiteado pela parte requerente.

---

<sup>22</sup> Conforme entendimento de Rosemiro Pereira Leal (2005a, p. 129), “o direito-de-ação será instituto de direito material constitucionalizado que enseja o exercício do *direito de movimentar a jurisdição*, seja de modo juridicamente adequado ou não, não se misturando ao *direito de agir* que, para nós e perante várias legislações processuais, inclusive a brasileira, significa o direito de *estar no procedimento* apurável após a instauração do procedimento pela existência e observância de pressupostos e condições que a lei estabelecer para a formação técnico-jurídica do procedimento”.

A tutela antecipada e a tutela cautelar são espécies do gênero “tutelas de urgência”, na medida em que ambas exsurgem da necessidade de se evitar que situações de risco, de perigo, comprometam a fruição do direito fundamental requerido em juízo. Nesse sentido, tais procedimentos possuem, inclusive, requisitos de concessão semelhantes, qual seja, o *periculum in mora*, previsto no inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil e que também está presente no artigo 798 do mesmo código, onde se prevê o “poder geral de cautela” do julgador, bem como dos cidadãos, uma vez que a jurisdição (atuação dos conteúdos da lei) também é exercida por eles.

E foi justamente esse traço característico e comum, no que concerne à tentativa de diferenciação entre os requisitos de concessão de uma ou de outra espécie de tutela, que gerou, na doutrina, o que Nepomuceno (2007, p. 189) chama de “zona cinzenta” ou de “zona de penumbra” entre as tutelas cautelar e antecipatória, responsável pela instituição da fungibilidade entre ambas, consagrada no artigo 273, §7º do Código de Processo Civil. Assim sendo, em 2002, através da Lei 10.444, tal fungibilidade foi entre as referidas tutelas foi prevista com a seguinte redação:

Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, 2002).

Conforme afirma Nepomuceno, com a criação de referido dispositivo legal:

(...) Torna-se possível ao julgador, quando verificar que a tutela pretendida pela parte não tem natureza antecipatória, mas sim cautelar, deferir esta em lugar daquela; o que, em última análise, significa admitir a possibilidade de concessão de provimentos de natureza cautelar sem a necessidade de sua instrumentalização através de um processo desta respectiva natureza, passando a ser deferidos no âmbito do próprio processo de conhecimento..

Assim, v. g., em ação anulatória de duplicata, o autor, sob o rótulo de antecipação de tutela, pretende o cancelamento do protesto do título, o juiz, posto que repute como de natureza cautelar a pretensão deduzida, ao invés de indeferir a medida, concederá a tutela de urgência, sob a forma de cautelar, , desde que presentes os respectivos pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. (NEPOMUCENO, 2007, p. 191).

Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no procedimento de conhecimento, é correto admitir a concessão, também, de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar. Nesse caso, caso haja dúvida quanto à natureza da tutela pretendida, aplica-se a idéia da fungibilidade, uma vez que seu objetivo é evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente no procedimento em análise. Desse modo, compartilhando do entendimento de Nepomuceno

(2007, p. 191) “sustenta-se o cabimento da fungibilidade em sentido inverso, ou seja, a possibilidade de o juiz conceder, no âmbito do processo cautelar, medida de natureza antecipatória, quando entender ter esta natureza o provimento de urgência pretendido”.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que não se está, aqui, a defender a completa identidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, uma vez que ambas possuem finalidades distintas e específicas já tratadas anteriormente. A primeira prevê a antecipação da aplicabilidade da lei pretendida em procedimento de conhecimento, e não uma antecipação da sentença de mérito, que só pode ser proferida após a construção das partes que serão afetadas por ela; enquanto a segunda se destina a proteger bens, pessoas ou provas que se encontrem em situação de perigo. Ao contrário, conforme preleciona Marinoni (2006), tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no procedimento de conhecimento, nos casos em que houver dúvida quanto à sua natureza.

Conforme já destacado anteriormente, na codificação processual civil italiana, por exemplo, não há uma disciplina específica de antecipação de tutela, havendo, sim, uma sistematização dos procedimentos cautelares em um dispositivo genérico que se destina às situações de urgência que não são tratadas de forma individualizada. Sendo assim, tais casos encontram amparo no texto legal não só para provimentos conservativos, mas também antecipatórios, na conformidade de entendimento doutrinário que alargou sua incidência. Percebe-se, assim, que no ordenamento jurídico-processual italiano não há a previsão desta técnica normativa, uma vez que as tutelas de urgência, aí, se encontram todas justificadas em um único dispositivo legal.

Tradicionalmente, entende-se, conforme assevera Nepomuceno (2007), que a razão do surgimento do princípio da fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada no ordenamento jurídico-processual pátrio se deve à manifestação clara e evidente pela busca incessante pela tão propalada “efetividade do processo”, já debatida ao longo do presente estudo, que norteia a grande maioria das reformas pelas quais passaram o direito processual, na atualidade. Tais medidas, como essa, se mostram de extrema importância em situações emergenciais onde a simplificação dos procedimentos é fator de grande valia para a estrutura procedimental, especialmente numa concepção de “Processo” visto sob a ótica restrita e insuficiente de ser um “meio” de fruição de resultados no menor tempo possível.

E é justamente nesse aspecto que cabe, aqui, uma reflexão a respeito do conteúdo normativo previsto no parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, de acordo com o referencial teórico que se está a desenvolver ao longo deste trabalho. Uma vez entendido o

Processo como uma instituição constitucionalizada, balizada pelos referentes lógico-jurídicos do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do direito ao advogado, conforme preconizado por Rosemiro Pereira Leal (2005a), surge a questão de se analisar se seria cabível tal fungibilidade, pelo menos nos moldes como se depreende do referido artigo, frente à atual processualidade constitucional brasileira, já que não se prevê a participação das partes na construção de tal provimento, só se prevendo que o juiz, de forma isolada e monocrática, poderá deferir a medida cautelar em caráter incidental nos procedimentos de conhecimento.

Conforme afirma Fazzalari (2006), a construção do provimento jurisdicional pelas partes que serão diretamente afetadas por ele é o que dá a legitimidade a elas, de forma que se tornam verdadeiras “construtoras”, sujeitos ativos da decisão que irá interferir de qualquer maneira em suas vidas. É o que informa Fazzalari:

Uma vez que o provimento de *quo* (quando for emanado) ou, melhor, os seus efeitos incidem no patrimônio de alguns sujeitos (...), e já que é óbvia a exigência que eles, enquanto estão para tornar-se destinatários da eficácia do provimento jurisdicional, participem do *iter* de formação do mesmo; por essa razão – isto é, enquanto sejam, por hipótese, legitimados *passivos em relação ao provimento requerido* – tais sujeitos são “contraditores” legitimados a “dizer e contradizer” no curso do procedimento: “*legitimados para o processo*”, em suma, justamente em virtude de tal participação, o procedimento é “processo”. (FAZZALARI, 2006, p. 369-370).

De acordo com a teoria acerca da legitimidade desenvolvida por Fazzalari (2006), juntamente com a Teoria Neo-Institucionalista trabalhada por Leal (2005a), deve-se concluir que o dispositivo normativo em estudo só pode ser compatível com a atual processualidade constitucional se se admitir a participação das partes, no sentido de opinarem acerca de tal medida, ainda que seja posterior ao seu deferimento pelo juiz.

Portanto, a solução sugerida, aqui, se assemelha à que foi dada por Madeira (2007), ao tratar das medidas cautelares *ex officio*, no sentido de se permitir o contraditório “postecipado”, afim de que as partes possam argumentar acerca da admissão de tutela cautelar em sede de tutela antecipada e vice-versa, para que o juiz possa se certificar sobre o conteúdo da decisão prolatada, podendo manter, modificar ou revogar o anterior ato judicial por meio de uma interlocutória. Caso o julgador não proceda dessa maneira, pode-se entender que não se estará a construir um provimento em bases democráticas, mas um provimento baseado na fala de um só, o que foge por completo do modelo constitucional processual instituído com a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

Vale dizer que alguns processualistas, tais como Fernando Horta Tavares (2006a), possuem entendimento diverso, ao alegar que a técnica do “contraditório postecipado” não

tem previsão constitucional. A Constituição da República, nesse sentido, ao se referir à garantia do “contraditório” no artigo 5º, inciso LIV, não autoriza que ele seja manejável no momento em que for mais adequado, de acordo com o caso concreto. É, ele, uma garantia fundamental que deve ser observada por todos os jurisdicionados, independente das suas vontades individuais.

Assim sendo, o que se defende, conforme já explicitado anteriormente, é que as garantias constitucionais processuais poderiam ser devidamente observadas caso a máquina estatal fosse melhor aparelhada, com um número adequado de servidores e de material físico, bem como com a eliminação dos prazos diferenciados e das prerrogativas concedidas aos agentes estatais. Dessa forma, poder-se-ia perfeitamente conceder a garantia do contraditório em tempo adequado a resguardar o direito das partes a participarem da construção do provimento que as afetará.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao longo do presente estudo, conclui-se que as tutelas de urgência, consubstanciadas nos institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada, representam um avanço da técnica procedimental em relação ao procedimento ordinário, na medida em que permitem a fruição imediata de direitos lesados ou ameaçados antes mesmo da coisa julgada material, por meio de decisão interlocutória, em qualquer tipo de procedimento jurisdicional em que se instaure. Ambas foram criadas sob a justificativa da “morosidade do processo”, de forma que todos os legisladores deveriam criar técnicas aptas a combaterem o mal que o tempo causaria ao processo.

Conforme visto, o Tempo não é um “inimigo” do Processo, uma vez que o tempo é um evento que flui por si mesmo, não se submetendo a modificações externas, nem tampouco possuindo força para causar prejuízo a qualquer litigante. O problema, na verdade, é que, sob a justificativa desse citado combate entre “Tempo” e “Processo”, criam-se institutos que desrespeitam garantias constitucionais processuais, bem como se utilizam dos lapsos temporais entre um ato procedimental e outro com prerrogativas para a máquina estatal.

Assim sendo, a efetividade do Processo não mais pode ser pensada sob a ótica do Estado, com se fosse um bem de consumo a ser oferecido a todos os jurisdicionados, mas decorre, diretamente, da observância aos princípios institutivos do devido processo constitucional (contraditório, isonomia e ampla defesa) na aplicação dos procedimentos estruturados no ordenamento jurídico. A não obediência ao devido processo constitucional torna ilegítima as decisões oriundas dos procedimentos infraconstitucionais, já que a deliberação e a construção de decisões em um Estado Democrático de Direito não podem afastar a atuação de seus destinatários. São eles que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis.

E é nesse sentido que se pode, atualmente, falar em uma efetividade *pelo* Processo, e não mais em uma efetividade *do* Processo, ou seja, a efetividade deve, necessariamente, se dar pela via do devido processo constitucional, com a participação ativa dos cidadãos, sob pena de permanermos sob o manto da falsa democracia, onde um grupo seletivo de doutrinadores pode sempre decidir o que é melhor para todos.

A efetividade do direito, que engloba a do processo, passa pela eficiência da atividade Governativa judiciária e pela adoção de procedimentos adequados dentro do devido processo legal. O cumprimento dos prazos legais por todos os agentes da máquina estatal (e não somente pelos advogados), o fim dos injustificáveis privilégios concedidos a alguns agentes do Estado e a não interrupção dos prazos são medidas que propiciam a conjugação democrática entre Tempo e Processo, respeitando-se os direitos e as garantias constitucionalmente asseguradas.

O Processo, na pós-modernidade, é instituição constitucionalizada, cujo fundamento encontra-se nos princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa assegurados constitucionalmente. Não é mais uma fórmula a ser seguida para a propositura de uma demanda, e nem um mero instrumento de atuação da vontade estatal. É, antes, forma de exercício da cidadania e efetivação da democracia. Pensar Processo, hoje, significa pensar a própria Constituição, uma vez que Processo e Constituição se integram reciprocamente.

Desse modo, não se pode mais admitir que as tutelas de urgência sirvam somente a garantir a efetividade do Processo quando, na verdade, a sua maior importância consiste em permitir a antecipação dos conteúdos da lei, no espaço-tempo. Assim, tem-se que a tutela antecipatória não consiste em uma antecipação de uma futura sentença de mérito, que só pode se dar de forma compartilhada pelas partes diretamente afetadas por este provimento final, mas, sim, na imediata aplicabilidade de direitos já devidamente acertados por um devido processo legislativo.

Portanto, tais direitos já são dotados de liquidez (auto-executoriedade) e certeza (infungibilidade) e uma vez constantes na Constituição, compõem esta, que se reveste em um título executivo cartularizado oponível em face do Estado. E é com a finalidade de garantir a implementação desses direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio que se justifica a existência das tutelas de urgência aptas a permitirem a sua fruição imediata. Por isso, as liminares concedidas em tutelas de urgência não se tornam decisões ilegítimas já que se destinam a suprir a omissão da Administração Pública em garantir a implementação de direitos desde já, visto que se trata de direitos debatidos em cognição prévia na esfera constituinte.

Em momento algum se pretende a extinção da técnica procedimental das tutelas de urgência, mas o que se objetiva é a sua ressemantização em bases democráticas, de forma que os seus requisitos autorizativos sejam revistos sob a ótica do devido processo constitucional. Nesse sentido, conclui-se que a tutela cautelar, entendida tradicionalmente como um “instrumento” que visaria somente a assegurar a existência de um outro processo dito como

“principal” possui, na verdade, um objeto específico e bem delimitado, qual seja, efetivar o “direito à segurança”, em qualquer situação fática que exija a assegução de provas, pessoas e coisas, o que persiste enquanto dure a necessidade de cautela. Já no tocante à antecipação da tutela, percebe-se que sua função de antecipar a aplicabilidade da lei deve ser pautar na inequívocidade da prova, desde que tal inequívocidade seja aferida pelos seus conteúdos materiais encaminhados pelo instrumento probatório, e não em meros juízos de certeza ou plausibilidade do direito. Assim sendo, o instituto da Prova não mais tem por objetivo reproduzir a verdade, e sim, estruturar dialógica e racionalmente o procedimento.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréia Alves de. A Efetividade, Eficiência e Eficácia no Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. IV.

ALMEIDA, Andréia Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALVIM, J. E. Carreira. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil reformado**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada com as reformas das Leis 10352/01, 10358/01 e 10444/02**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

ASSIS, Zamira de. A idéia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de Tutela: Processo Cautelar e Tutela Antecipada – Reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, p.179-189, 2007.

BAÊTA, Edson Ribeiro. **Tutela específica e Efetividade do Processo**. 2002. 121 fls. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As bases do direito processual civil. In: **Temas de direito processual civil: primeira série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARRETO, Helena Guimarães. Duração razoável do procedimento e celeridade processual: uma análise crítica do rito sumaríssimo na Justiça do Trabalho. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo – Princípios Constitucionais do Processo**. Curitiba: Juruá, p.213-241, 2007.

BIDART, Adolpho Gersi. *El tiempo y el proceso*. In: **Revista de Processo**. Ano 6, n. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul /set 1981.

BIRCHAL, Alice de Souza. **Sistematização e Exegese das tutelas urgentes de família no Código de Processo Civil**. 1999.192 fls. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2007.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Organização de Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEDAQUE, José Roberto. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e tutelas de urgência – tentativas de ressemantização**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Carlos Eduardo A. Fundamentação racional das decisões jurídicas. In: In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo – Princípios Constitucionais do Processo**. Curitiba: Juruá, p.59-122, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado. Efetividade do Direito e Eficiência do Judiciário. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de Tutela: Processo Cautelar e Tutela Antecipada – Reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, p. 79-99, 2007.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHAVES, Terezinha Ribeiro. **A efetividade do processo no Estado Democrático de Direito**. 2003. 103 fls. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós- Graduação em Direito.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Luciana da Silva. *Due process of Law* e Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. 1. ed., Porto Alegre: Síntese, 2001, v. II.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Tutela Antecipada**. 3. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade do processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 7, n.13 e 14, 2º sem 2004a

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **A responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A reforma do Judiciário e os Princípios do Devido Processo Legal e da Eficiência**. In: Encontro dos Advogados Mineiros, XI, Araxá, Ordem dos Advogados do Brasil- Seção Minas Gerais, p. 1-8, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FRANÇA, Fernando Luís. **A antecipação de tutela *ex officio* pelo juiz em face do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório (art. 273, inciso II do CPC)**. 2001. 246 fls. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GUASP, Jaime. ***Derecho Procesal Civil***. Madrid, 1968.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I-II.

LEAL, André Cordeiro. A Teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos Juizados Especiais Cíveis. **Revista do Curso de Direito**. v.2, 2º semestre de 2003. Belo Horizonte: Unicentro Izabela Hendrix, p. 12-19, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed., São Paulo: Thomson-IOB, 2005a.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e os direitos fundamentais líquidos e certos. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 23-31, 2005b.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos de Liquidez e Certeza na Constitucionalidade Econômica. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, p.33-39, 2005c.

LEAL, Rosemiro Pereira. Antecipação de tutela legal em face de defesa abusiva e manifesto propósito protelatório na Teoria do Processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 57-62, 2005d.

LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e Inequivocidade na tutela antecipada em processo civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 62-71, 2005e.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundado receio de dano irreparável na antecipação de tutela no processo civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 71-78, 2005f.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 87-100, 2005g.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do Processo na Teoria Neo-Institucionalista. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo – Princípios Constitucionais do Processo**. Curitiba: Juruá, p.281-291, 2007.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **A cognição no direito democrático**. 2006. 228 fls. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Medida cautelar *ex officio* e legitimidade decisória. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de Tutela: Processo Cautelar e Tutela Antecipada – Reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, p.61-79, 2007.

MATTOS, Bruno Bini F. de. Considerações acerca do caráter assecuratório do processo cautelar. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de Tutela: Processo Cautelar e Tutela Antecipada – Reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático de Direito**. Juruá, p. 39-61, 2007.

MARINONI, Luís Guilherme. **Efetividade do Processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luís Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luís Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luís Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, v. IV, 1987.

MOREIRA, Luís. **Fundamentação em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NEPOMUCENO, Luciana Diniz. As tutelas de urgência na ação rescisória – Uma visão do artigo 489 do CPC com a nova redação que lhe foi imprimida pela Lei 11280/06. In: DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG**. v. 1, Belo Horizonte, p. 39-55, jan. / jun. 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso: Da Teoria Geral dos Recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. Cidadania e Efetividade do Processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 30-35, set / out. 1999

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: Avanços e Retrocessos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, Ano 3, v. 3, n. 15, jan. / fev., p. 5, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A Instrumentalidade do Processo e o Devido Processo Legal. **Consulex: Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 184, p. 58- 63, set. 2004.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de Normalização:** normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: [http:// www.pucminas.br/](http://www.pucminas.br/) biblioteca.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia- EDUSP, 1987, v. 1 e 2.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de Processo Civil: processo de conhecimento.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil – Processo Cautelar (Tutela de Urgência).** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. II.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Leonardo Oliveira. Devido Processo Legal e Procedimento: Correlações Teóricas. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuidos de Teoria Geral do Processo**. 1. ed., Porto Alegre: Síntese, 2004, v. IV.

SOUSA, Patrus Ananias de. **Processo Constitucional e o Devido Processo Legal na Constituição de 1824**. 2001. 303 f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

TAVARES, Fernando Horta. **Aulas ministradas no Programa de Pós-Graduação em Direito**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2006a.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, p. 215-226, 2006b.

TAVARES, Fernando Horta; MATTOS, Bruno Bini F. de; CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado; ASSIS, Zamira de. **Urgência de Tutelas: Por uma teoria de Efetividade do Processo adequada ao Estado Democrático de Direito**. Disponível em <http://ww.abdpc.org.br/artigos>. Acesso em 08 de jun. de 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 6. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de Segurança. **Revista de Processo**. V.22, n.88, out./dez. 1997

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do CPC brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito da FUMEC**. Belo Horizonte: v. 2, p. 5-29, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execuções das medidas cautelares e antecipatórias. **Revista de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre: Síntese, n.8, nov. / dez. 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. II.

TOLENTINO, Fernando Lage. Ampla defesa e direito ao advogado – Da necessidade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, Direito e Processo – Princípios Constitucionais do Processo**. Curitiba: Juruá, p.177-191, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Tutela Antecipatória**. Boletim Técnico da OAB/MG. Belo Horizonte, v.2, n.2, abril de 1995.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria Geral da Efetividade do Processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: v.1, n.1, 1º sem. de 1998.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da Ação Cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. . 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.