

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
“JÚLIO DE MESQUITA” – UNESP
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL - FHDSS

GRAZIELA NAGAO VOLTOLINI DE CASTRO

DIREITO À DIGNIDADE HUMANA, À SAÚDE FÍSICA E MENTAL E À VIDA: A
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

FRANCA

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

GRAZIELA NAGAO VOLTOLINI DE CASTRO

**DIREITO À DIGNIDADE HUMANA, À SAÚDE FÍSICA E MENTAL E À VIDA: A
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

FRANCA

2006

GRAZIELA NAGAO VOLTOLINI DE CASTRO

**DIREITO À DIGNIDADE HUMANA, À SAÚDE FÍSICA E MENTAL E À VIDA: A
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Campus de Franca, para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Yvete Flávio da Costa

FRANCA

2006

Castro, Graziela Nagao Voltolini de

Direito à
dignidade humana, à saúde física e mental e à vida: a
efetividade da prestação jurisdicional / Graziela Nagao
Voltolini de Castro. –Franca: UNESP, 2006

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História,
Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito constitucional – Direitos fundamentais. 2. Direitos
humanos. 3. Princípio da proporcionalidade.

GRAZIELA NAGAO VOLTOLINI DE CASTRO

**DIREITO À DIGNIDADE HUMANA, À SAÚDE FÍSICA E MENTAL E À VIDA: A
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de História
Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”,
Campus de Franca, para obtenção do título de mestre em Direito.
Orientadora: Prof.^a Dra. Yvete Flávio da Costa

COMISSÃO EXAMINADORA

ORIENTADOR: _____

Profa. Dra. Yvete Flávio da Costa

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Franca, ____ de _____ de 2006.

DEDICO este trabalho à UNESP de Franca, Faculdade que sempre amarei, lugar em que verdadeiramente vivi momentos inesquecíveis.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos que colaboram para que mais um sonho fosse realizado. De forma muito especial, agradeço:

A DEUS por me conceder a honra de desfrutar do dom mais sublime de todos:
VIVER!

Aos meus pais que tudo fizeram e fazem pela nossa família. À minha querida mãe, um exemplo de mulher e de mãe, companheira constante, mais que uma grande amiga, uma pessoa surpreendente, meu braço direito, meu aconchego, meu porto seguro, meu anjo da guarda, que sempre “acredita” e me incentiva em todas as trajetórias. Ao meu tão amado pai, que desde a infância me ensinou o verdadeiro sentido da Justiça, proporcionando-me o contato direto com o mundo jurídico, agradeço pela paciência e pelos ensinamentos que tão preciosamente me ajudaram a concluir esta pesquisa.

Aos meus irmãos, Rafaela e Edmar Filho, verdadeiras luzes que de uma forma ou de outra estão constantemente me ajudando a crescer.

Ao meu “irmãozinho do coração” (Emerson) que a cada sorriso me transforma em uma pessoa mais humana e grata à vida. Sua presença nos faz sentir, realmente, a força divina.

À querida Dra. Yvete Flávio da Costa, uma alma maravilhosa. Mais do que uma orientadora dedicada, tornou-se uma grande amiga, uma amiga daquelas que, inevitável e felizmente, sempre será lembrada. Dra. Yvete, agradeço, sinceramente, por sua orientação tão precisa e pela sua dedicação irrestrita. Que estes agradecimentos também sejam extensivos ao Tio Cláudio e ao querido amigo Caio, por terem, em várias ocasiões, sido privados de sua

adorável companhia. Que JESUS esteja sempre intervindo por vocês, eternos amigos.

Aos verdadeiros patrimônios unespianos, Dr. José Geraldo Guimarães e Dra. Riva Sobrado de Freitas, mestres que nos conquistou em todos os sentidos, não só pelo reconhecido e indiscutível cabedal de conhecimento, que em todas as oportunidades demonstraram, mas, também, pela grandeza de espírito.

À Prof. Jete Jane, um modelo, uma pessoa admirável.

A todos os funcionários da Unesp, especialmente, à Maísa, à Consuelo e ao Márcio, sempre gentis e dispostos a nos auxiliar.

À minha amiga Fernanda, uma das inesquecíveis colaboradoras desta vitória, que me ensinou o verdadeiro poder dos atos, pensamentos e palavras.

E, por fim, muito carinhosamente, agradeço ao meu amado marido (Guto) que, há anos, vem me compreendendo, apoiando e incentivando. Realmente foi um presente divino ter, tão jovem, encontrado esta alma maravilhosa e iluminada. São anos vivenciando a cada dia a renovação do amor. Obrigada por todos os momentos de felicidade que me proporciona e pelos sonhos, tão sonhados, que juntos estamos concretizando.

Serei eternamente grata por ter tido o privilégio de encontrar tão raras rosas em meu caminho. Caminho este que, até agora, mostrou-se que sonhar alto sempre vale a pena.

Aprende que o direito deve servir à vida.

Evandro Lins e Silva.

E não haverá consolo maior à alma de um juiz do que tanger o processo com inteligência e sabedoria, para de suas mãos deslumbradas, ver florir a obra plástica e admirável da criação do justo, do humano, na vida.

Galeno Lacerda

RESUMO

O fascínio acerca dos direitos humanos, notadamente dos direitos sociais, conduziram-se ao presente estudo. A proposta primordial foi demonstrar a necessidade de tornar, de forma incondicional e irrestrita, efetiva a fruição dos direitos humanos e fundamentais, na acepção mais extensa possível. O Poder Judiciário, para preservar e efetivar o verdadeiro significado do Estado Democrático de Direito, deve garantir, através dos instrumentos processuais e de uma interpretação conforme os princípios constitucionais, que a pretensão almejada seja satisfeita em sua integralidade, sem resquícios de prejuízos decorrentes da inércia do Estado. Em outras palavras, o Judiciário tem o dever de concretizar, de forma plena, os direitos humanos e fundamentais, especialmente o direito à dignidade humana, à saúde e à vida, uma vez que são direitos que têm eficácia plena e imediata, funcionando como vetores do ordenamento jurídico. Neste contexto, eventuais conflitos entre os direitos constitucionais serão solucionados através da valoração do bem jurídico tutelado. O tempo passa a ter um papel relevante na efetivação da verdadeira Justiça. Portanto, torna-se imprescindível a implementação do sistema processual através de reformas das estruturas judiciárias, incluindo, como ponto essencial, o reconhecimento do humanismo através do direito processual. A celebração da dignidade da pessoa humana requer que os operadores do Direito assumam novos paradigmas e referências, reestruturando a cultura jurídica tradicional, a partir da racionalidade emancipatória dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos - Direitos fundamentais - Direito à dignidade - Direito à vida - Direito à saúde - Direito à efetiva prestação jurisdicional - Medidas de urgência - Antecipação da tutela - Medida cautelar - Tutela inibitória - Princípio da proporcionalidade - Flexibilização dos direitos fundamentais

ABSTRACT

The fascination for the human rights, especially for the social rights, led to the present study. The main purpose was to demonstrate the necessity of making, unconditionally and unrestrictedly, effective the fruition of the human and fundamental rights, in the most extensive acceptance possible. The Judicial Power, in order to preserve and effect the real meaning of the Democratic State of Law, must guarantee, through the procedural instruments and an interpretation according to the constitutional principles, that the pretension aimed is satisfied in its integrity, without remainings of losses from the inertia of the State. In other words, the Judicial Power has the duty to render concrete, entirely, the human and fundamental rights, especially the right to the human dignity, to health and to life, seeing that they are rights which have full and immediate efficacy, working as guidelines of the law system. In this context, eventual conflicts among the constitutional rights will be solved through the appreciation of the juridical good tutored. Time begins to play a relevant role in the effectuating of the true Justice. Therefore, the implementation of the procedural system by means of reformations of the judicial structures, including, as an essential point, the recognition of the humanism through the procedural law, becomes essential. The celebration of the human dignity requires that the Law operators adopt new paradigms and references, restructuring the traditional judicial culture, from the emancipating rationality of the human rights.

KEY-WORDS: Human rights – Fundamental rights – Right to dignity – Right to life – Right to health – Right to the effective judicial service – Right to extensive defence – Urgency measures – Anticipation of the tutelary – Cautelar measure – Inhibitory tutelary – Proportionality principle – Flexibility of the fundamental rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 EFETIVIDADE DO PROCESSO E A CRISE DA JUSTIÇA	20
1.1 O entrave ocorrido entre o processo e o tempo	20
1.2 A necessidade de implementação do sistema processual através de reformas das estruturas judiciárias	25
1.3 A aplicação judicial do direito sob a orientação das normas constitucionais.....	29
1.4 O reconhecimento do humanismo através do direito processual.....	31
CAPÍTULO 2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS QUE VIABILIZAM A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	35
2.1 Tutela antecipada	37
2.1.1 Conceito, natureza jurídica e conteúdo da tutela antecipada.....	37
2.1.2 Antecedentes históricos da antecipação da tutela.....	43
2.1.3 Pressupostos essenciais para sua concessão	52
2.1.3.1 Iniciativa da parte legitimada	52
2.1.3.2 Existência de prova inequívoca	55
2.1.3.3 Verossimilhança da alegação	57
2.1.3.4 Fundado receio de dano irreparável ou, alternativamente, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório	60
2.1.3.5 Perigo de irreversibilidade da decisão.....	63
2.1.4 Executividade da tutela antecipada	65
2.1.5 Ausência de poderes discricionários do juiz na concessão da antecipação da tutela...	69
2.2 Tutela cautelar	71

2.2.1	Características fundamentais da ação cautelar	74
2.2.2	Condições da ação cautelar - <i>fumus boni iuris</i> e <i>periculum in mora</i>	79
2.2.3	Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar	82
2.2.4	Poder geral de cautela.....	87
2.2.5	Provimento cautelar como instrumento de celeridade do processo.....	92
2.3	Tutela inibitória e sua aplicação processual	95
2.3.1	Histórico da tutela inibitória.....	95
2.3.2	Distinção entre tutela ressarcitória e inibitória.....	98
2.3.3	Integração entre as tutelas inibitória, cautelar e satisfativa.....	102
2.3.4	O processo como instrumento para materialização da tutela inibitória.....	104
2.3.5	A tutela inibitória antecipada	105
2.3.6	Ameaça de lesão a direito	109
2.3.7	Sentença inibitória	110
	CAPÍTULO 3 DIREITOS HUMANOS.....	115
3.1	Direitos humanos e direitos fundamentais	115
3.2	Fontes filosófico-doutrinárias e precedentes históricos dos direitos humanos	123
3.3	A constituição brasileira e os direitos fundamentais.....	131
3.4	Interpretação das leis segundo os valores expressos nas declarações dos direitos humanos.....	138
3.5	Relevância contemporânea da luta pela efetividade dos direitos humanos	148
	CAPÍTULO 4 ACIONABILIDADE PROCESSUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	155
4.1	Eficácia dos direitos fundamentais	155
4.2	Princípios constitucionais processuais e suas garantias legais	162
4.2.1	Princípios processuais vinculados à tutela antecipada	168

4.3 Multifuncionalidade dos direitos fundamentais	170
4.3.1 Direito à cognição definitiva e segurança jurídica	170
4.3.2 Direito à tutela tempestiva e efetividade do processo	172
4.3.3 Direito ao provimento judicial adequado	176
4.3.4 Direito às prestações estatais em face do direito de defesa	179
4.4 Relação entre o direito à tutela jurisdicional efetiva, o direito material e a realidade social.....	182
4.5 Conflitos entre direitos fundamentais e suas regras de solução.....	186
4.5.1 Relativização dos direitos e garantias fundamentais.....	190
4.5.2 Flexibilização do princípio do contraditório	191
4.5.3 Direito à efetividade da tutela jurisdicional na classificação funcional dos direitos fundamentais.....	193
4.5.4 Princípio da proporcionalidade.....	195
CONCLUSÃO.....	199
REFERÊNCIAS.....	206

INTRODUÇÃO

Impõe-se, *ab initio*, explicitar as razões que impeliram a idéia do presente estudo. A grande motivação exsurgiu da necessidade de garantia de uma adequada prestação jurisdicional, de tal forma que a lei alcance o processo, atingindo diretamente os jurisdicionados e seus direitos. O dia-a-dia forense demonstrou-nos e nos demonstra a cada momento a importância da atuação eficiente e efetiva do Estado, especialmente quando a lide envolver direitos fundamentais como os direitos à vida, à saúde, à dignidade, que, muitas vezes, não suportam a delonga do processo de cognição exauriente.

O desenvolvimento da presente pesquisa torna-se relevante na medida em que se posiciona o processo como instrumento hábil a execução plena do direito material, atingindo-se, de forma certa, o bem da vida perseguido pelo autor de uma demanda processual. É justamente neste conceito que se insere a necessidade de se reduzir ao máximo o lapso temporal para satisfação concreta e efetiva do direito garantido.

Na medida em que se exige uma prestação jurisdicional cada vez mais eficiente, vem a tona o entrave travado entre o processo e o tempo. A morosidade da justiça, não só problema nacional, intensifica-se nos países da civil *law*, especialmente quando a sociedade emerge para um regime democrático e encontra grande desordem nos diversos segmentos sociais.

Neste contexto, sendo o “tempo processual” um fator relevante para a efetiva prestação jurisdicional, o primeiro capítulo traçará, justamente, um paralelo entre a efetividade do processo e a crise da justiça, enfatizando a necessidade de implementação do sistema processual através de reformas nas estruturas judiciárias, aplicando o direito segundo a orientação constitucional com reconhecimento do humanismo através da atividade

jurisdicional. O que se almeja é justamente o afastamento da atuação jurídica pura e simplesmente positivista-normativista. O Estado deve ir além, reconhecendo o direito através da conduta humana proveniente de um fato cultural, o que lhe proporciona um movimento constante. Somente se o direito for compreendido como um dado natural (conduta humana), no qual o homem impõe um sentido que pode ser proibido, obrigado ou facultado, é que realmente se exercerá a atividade jurisdicional de forma justa, considerando-se efetivamente os reflexos na esfera prática. Em outras palavras, as normas devem ser interpretadas de forma aberta, em consonância com a realidade fática e com a influência sócio-cultural, evitando-se, destarte, um formalismo e positivismo excessivos. Neste contexto, a aplicação da norma, ao ser colocada no plano concreto, deve ocorrer através do método dialético (diálogo, conflito, controvérsia), ligando o fato social ao comando normativo, harmonizando, portanto, o mundo do *ser* com o do *dever ser*. É sobre esta influência de alguns aspectos culturalista que o presente estudo se desenvolve.

Após esta análise inicial, o segundo capítulo abordará, especificamente, os instrumentos processuais que viabilizam a efetividade da prestação jurisdicional, discorrendo sobre aspectos relevantes da antecipação da tutela, da medida cautelar, bem como da tutela inibitória. Torna-se essencial demonstrar a importância da concessão de medidas urgentes, diante de situações envolvendo os direitos fundamentais, especialmente os não-patrimoniais que, em inúmeras situações não suportam a submissão à cognição exauriente, sob pena de perecimento e de irreversibilidade da situação, como nos casos relativos à saúde e à vida. Nestas situações, a ação ressarcitória não mais seria viável, pois a persecução econômica posterior é totalmente desproporcional ao direito violado, como por exemplo, o direito à vida. Conforme será demonstrado, são valores que não podem ser equiparados.

Serão demonstradas, de forma nítida, as diferenças e semelhanças existentes entre as tutelas que viabilizam a efetiva prestação jurisdicional, justamente para que tal prestação

seja tanto quanto possível eficaz, diante da necessidade de cada caso concreto. Também analisar-se-á questões como, o momento oportuno para a utilização da tutela de urgência, a existência ou não de discricionariedade do jurista diante dos elementos essenciais para caracterização e concessão de determinada tutela, bem como a interpretação dos requisitos essenciais para deferimento da tutela de urgência diante de cada caso *sub judice*. Em relação aos direitos não-patrimoniais e constitucionais, será dada uma abordagem no sentido de que a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações sejam interpretadas conforme o texto constitucional, de forma a sopesar-se os valores colidentes. Neste capítulo, todas as questões postas serão analisadas detalhadamente à luz dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, visando, sempre, a sua celeridade processual a fim de viabilizar a plena fruição do direito material almejado.

Neste ínterim, no terceiro capítulo, as reflexões serão voltadas às questões relativas aos direitos humanos, apresentando-se, inicialmente, uma distinção técnica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos fundamentais serão classificados didaticamente em gerações, conforme o contexto histórico em que emergiram, refletindo, assim, os anseios sociais em cada período da história. Portanto, a transposição de uma geração para outra não corresponde a uma substituição, mas, sim, a uma nova conquista de direitos. Após a definição dos direitos humanos e fundamentais, torna-se imprescindível a exposição das fontes filosófico-doutrinárias e dos precedentes históricos dos direitos humanos, no intuito de demonstrar que, desde longínqua data, em vários momentos históricos, tais direitos foram objeto de reflexões entre os diversos povos preocupados com as diretrizes da civilização. Neste contexto, as teorias foram sendo desenvolvidas em retaliação a algum tipo de violação de direitos que eram ou deveriam ser concedidos aos povos. No Brasil, desde a Constituição do Império de 1824, vislumbra-se a declaração de direitos fundamentais individuais no corpo permanente de suas normas. Mas foi somente com a Constituição Federal de 1988, num

período de redemocratização do País, que se estabeleceu uma vasta identificação de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além de um conjunto preciso de garantias constitucionais, impondo-se ao Estado brasileiro a obrigação de reger-se pelo princípio da "prevalência dos direitos humanos". Desta forma, o Judiciário, no desempenho de sua atividade, deverá ter como vetor de orientação a interpretação das leis segundo os valores expressos nas declarações dos direitos humanos. Portanto, ainda neste capítulo, buscar-se-á demonstrar a atuação inovadora do Judiciário no sentido de fazer prevalecer os direitos constitucionais fundamentais em detrimento do formalismo e positivismo jurídico. Serão mencionados vários posicionamentos jurisprudenciais, incluindo das mais altas cortes do País, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é dever do Estado fornecer remédio ainda que não se comprove o estado de carência, prestar assistência hospitalar, proporcionar o transporte gratuito para tratamento médico de doença grave, realizar tratamento em unidade de saúde, entre outros. Em todos estes casos, as normas constitucionais deverão, sempre, serem aplicadas em consonância com os princípios da unidade da jurisdição, do efeito integrador, da máxima efetividade ou eficiência, da justiça ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização e da proporcionalidade, refletindo, como ideologia, a construção histórica de uma sociedade mais justa.

Finalmente, o quarto e último capítulo fornecerá elementos visando a acionabilidade processual dos direitos fundamentais. A análise da eficácia das normas constitucionais proporcionará subsídios para se demonstrar a força normativa de seus preceitos, bem como sua aplicabilidade diante do direito à tutela jurisdicional efetiva, o direito material e a realidade social. Será demonstrado o importante e imprescindível papel do Poder Judiciário diante da efetivação dos preceitos constitucionais, como grande órgão do Estado Democrático de Direito. Ocorre que, durante a atividade jurisdicional, tendo em vista a

multifuncionalidade dos direitos fundamentais, poderão surgir eventuais conflitos. De um lado, tem-se o direito à cognição definitiva e segurança jurídica e, de outro, o direito à tutela tempestiva e efetividade do processo, ou seja, o direito ao provimento judicial adequado. Portanto, torna-se inevitável a necessidade de harmonização dos conflitos entre os diversos direitos fundamentais, através do princípio da razoabilidade, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, de forma que se garanta uma tutela jurídica efetiva, apta a acionar imediatamente a fruição de referidos direitos de eficácia plena e imediata, em consonância com a segurança jurídica, num claro processo de relativização dos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Diante desta abordagem introitoal, vislumbra-se, desde já, que referido trabalho torna-se interessante e fascinante na medida em que, mesmo diante de uma morosidade ilimitada do Judiciário, enraizada pela burocracia judicial, observamos que ainda resta a busca incessante de inúmeros doutrinadores no sentido de que a justiça seja feita em tempo hábil, respeitando, sobretudo, os direitos fundamentais, que também se estende ao âmbito universal. Neste contexto, prima-se pela celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, na medida em que, segundo o nosso saudoso Rui Barbosa, justiça tardia é o mesmo que injustiça.

CAPÍTULO 1 EFETIVIDADE DO PROCESSO E A CRISE DA JUSTIÇA

1.1 O entrave ocorrido entre o processo e o tempo

Inicialmente, torna-se essencial pôr em pauta o entrave verificado entre o processo e o tempo, como fato fundamental no deslinde final do estudo. O tempo, elemento inafastável à atividade processual, consiste no cerne de toda discussão e caracteriza-se por ser o elemento ensejador de todas as questões postas no decorrer da pesquisa. É através do tempo que ocorrem os fatos, que se criam as ideologias, os pensamentos políticos, os direitos, que perecem as pretensões. Enfim, é através do tempo que tudo se passa, cria-se e se transforma. Sendo assim, não poderia ser diferente com o processo, que também se desenvolve no tempo. Assim como o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, também o é no processo.

Carnelutti assinala que "o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas". Cappelletti, neste mesmo sentido, observa que: "a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta".

Darci Guimarães Ribeiro sabiamente dispôs:

Quando a parte busca a satisfação do seu direito via processo, há um espaço de tempo ineliminável entre o início e o fim dessa realização, pois é no processo que os sujeitos praticarão os seus atos processuais tendentes a formar gradualmente a convicção do juiz. Esse espaço de tempo é que é o cerne de minhas preocupações. O tempo que é ineliminável, senão dimensionado, distribuído entre autor e réu, é abominável, por causar injustiças, pois segundo uma máxima de Rui Barbosa a justiça tardia corresponde à verdadeira denegação de justiça.¹

¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do "due process of law". **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 21, n. 60, p. 270-275, mar.1994.

Constata-se, portanto, que a morosidade jurisdicional tem o condão de deteriorar a efetividade processual pretendida pela parte no Estado Democrático de Direito, ocasionando prejuízos de cunho prático e sociológico à sociedade.

Segundo o jurista Marinoni,

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia, e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.²

Em outra oportunidade, o mesmo jurista dispõe que: “Aqueles que conhecem a realidade da justiça civil brasileira podem perceber, sem grande esforço, que o direito à defesa, ao mesmo tempo em que tutela o direito do réu à cognição definitiva, pode privar o autor de muita coisa.”³

É justamente neste ponto que vem à tona a questão da demora excessiva como fator de danos e de injustiças sociais. A demora do processo traz, no mínimo, como prejuízo ao titular do direito, a privação do gozo e fruição do bem da vida a que tinha direito. Dentre outros danos e injustiças, o longo transcurso do processo ocasiona danos econômicos e morais, favorece a especulação e a insolvência, acentua a desigualdade entre os que têm e os que não têm a possibilidade de esperar, incentiva a utilização da ação como instrumento de ameaça e pressão, além de motivar o descrédito ao Poder Judiciário. Sendo assim, o tempo passou a ter um valor relevante no processo, sendo que constantemente busca-se sua abreviação, bem como a afastabilidade de formalismos inúteis, das demoras injustificadas e, principalmente, das protelações temerárias e maliciosas, que só favorecem aquele que é detentor de um dever e não do direito, atentando, acima de tudo, contra a dignidade da justiça

² MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

³ Ibid., p. 226.

e contra o exercício da jurisdição. Assim, para que se garantisse o desenvolvimento eficaz do processo no tempo, evitando-se prejuízos às partes, foram desenvolvendo-se vários institutos visando a redistribuição dos ônus do fator tempo, criando-se as várias formas de tutelar os direitos.

Dentre as formas de tutela do direito no processo civil moderno, destacam-se a sumarização do procedimento e a sumarização da cognição. Na sumarização do procedimento, mantém-se a cognição exauriente buscando-se abreviar a prolação da sentença de mérito. No direito processual brasileiro atual, tal procedimento corresponde ao procedimento sumário previsto no artigo 275 e seguintes do Código de Processo Civil, ao procedimento sumaríssimo aplicado nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (Lei n.º 9.099/95) e nos Juizados Cíveis Federais (Lei n.º 10.259/2001) e ao procedimento aplicado em casos de julgamento antecipado da lide, em que se dispensa a audiência de instrução. Quanto à sumarização da cognição, através de uma cognição não exauriente, busca-se a preservação provisória dos interesses do litigante. Representa o procedimento cautelar.

Desta forma, no Código de Processo Civil de 1973 enfatizou-se o processo cautelar, classificando-se, quanto à finalidade em: cautelar visando a antecipação de provas; cautelar visando a garantia do objeto da lide e a solvência do demandado; e, cautelares inominadas, que antecipavam providências provisórias. Ocorre que, em várias situações, referidas cautelares inominadas apresentavam uma eficácia satisfativa, pois, desde logo, alcançava-se a pretensão final. Portanto, por reiteradas vezes, o artigo 798 era utilizado como “válvula de escape” para alcançar efetividade processual, diante da inexistência de previsão legal de medidas satisfativas de urgência. São exemplos de medidas satisfativas ajuizadas sob a denominação cautelar inominada, a cautelar de sustação de protesto, os alimentos provisionais, a posse provisória dos filhos, as providências referentes à guarda, educação e direito de visitas, a interdição ou demolição de prédio que ameace ruína. Desta forma,

verificava-se claramente uma lacuna no Código de Processo Civil em relação a um instituto que antecipasse os efeitos da tutela. Até então, a saída era a utilização de cautelares inominadas visando a sumarização para se obter a tutela de urgência, suprindo, assim, a ineficiência do procedimento ordinário. Fazia-se, portanto, de rigor, a criação de um instituto que garantisse a efetiva prestação jurisdicional, antecipando os efeitos da sentença, com base em prova não exauriente. Daí a inserção do instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico.

Ocorre que os efeitos da antecipação de tutela já eram percebidos no nosso ordenamento jurídico. Contudo, apresentavam-se sem uma construção sistematizada e com aplicação genérica, já que só poderia ser deferida em situações específicas e vinculada às determinadas relações jurídicas. Além dos casos de cautelares inominadas, os efeitos da tutela antecipada estavam presentes em casos como: liminares possessórias com eficácia mandamental ou executiva; liminar na ação de nunciação de obra nova (artigo 937); liminar nos embargos de terceiro (artigo 1051); liminar nos mandados de segurança; liminares na ação civil pública, máxime no concernente às obrigações de fazer e não-fazer (Lei n.º 7.347/85, artigo 12); liminar na ação autônoma de busca e apreensão, conforme o Decreto-lei n.º 911/69, artigo 3º; liminares nas ações locatícias (Lei n.º 8.245/91, artigo 59, § 1º e artigo 68, II); e, liminares no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90, artigo 84, § 3º).

Diante destas considerações iniciais, torna-se oportuno explicitar as razões que impeliram a idéia da presente proposição. A grande motivação se revela na necessidade de garantia de uma adequada prestação jurisdicional, de tal forma que a lei alcance o processo, atingindo diretamente os jurisdicionados e seus direitos.

O desenvolvimento do presente estudo mostra-se relevante, a partir do momento em que vislumbramos o processo como um instrumento para o desfrute daquilo que está calcado no direito material, isto é, o meio através do qual se chega ao bem da vida perseguido

pelo autor de uma demanda processual, e que precisa ao máximo reduzir o lapso temporal e satisfazer o direito que lhe assiste.

A morosidade da Justiça, problema não apenas brasileiro, mas da grande maioria do planeta, mais se acentua nos países da civil *law*, especialmente quando a sociedade emerge para um regime democrático e encontra grande desordem nos diversos segmentos sociais.

Ainda que a demora na prestação jurisdicional não advenha exclusivamente do magistrado, mas também do formalismo excessivo das leis, das praxes bizantinas, da estrutura judiciária que retarda a modernização, bem como da falta do aparelhamento dos serviços forenses, torna-se oportuno citar trecho do discurso de Rui Barbosa, quando paraninfo de formatura:

Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa-fé de ofício que o vezo da tardança nos despachos e sentenças. Os Códigos se cansam debalde em o punir. Mas a geral habitualidade e a conveniência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos.

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifestada. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tradinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolendo. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.⁴

Desta forma, caracterizando-se o processo como um instrumento apto e indispensável à efetivação do direito material, através do pleno exercício do direito de ação. Indiretamente, o processo propicia o total desenvolvimento da pessoa humana, bem como a participação da sociedade na organização política, econômica e social do país. Assim, é inegável que a morosidade processual restrinja os direitos fundamentais do cidadão, privilegiando a parte economicamente mais forte em detrimento da menos favorecida, cuja consequência seria a transformação do princípio da igualdade processual em um dispositivo

⁴ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 6. ed. Rio de Janeiro: Simões, 1957, p. 62 *apud* HERKENHOFF, João Batista. **O direito processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997, p. 48.

irrisório, ou mesmo, em letra morta. Sob todos os aspectos, a lentidão processual, aos poucos vai transformando a ideologia da sociedade em relação à justiça. O Poder Judiciário vai perdendo força e credibilidade.

A confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material, com a conseqüente supressão das tutelas diferenciadas, também é responsável pela lentidão da Justiça, ao estabelecer o procedimento ordinário como procedimento-padrão. A neutralidade do procedimento ordinário não permitiu ao processualista notar que o ônus do tempo no processo não pode ser suportado pelo interessado, como se este fosse o culpado pela ineficácia da estrutura judiciária.

Portanto, o direito ao devido processo legal não pode mais ser considerado apenas uma mera garantia de forma, alheio a realidade social, sob pena de preservar privilégios ao réu⁵. O plano normativo deve ser visto pelo jurista de forma harmônica com o plano fático.

1.2 A necessidade de implementação do sistema processual através de reformas das estruturas judiciárias

A literatura universal, em várias oportunidades⁶, já manifestou o caráter global do drama da justiça. É praticamente universal a insatisfação com a lentidão da prestação jurisdicional. Em várias situações, mesmo saindo vitoriosa, é comum a parte ter a sensação de injustiça em decorrência das angústias e dos prejuízos ocorridos durante o percalço processual.

Para a célere e efetiva prestação jurisdicional, não basta pura e simples reforma das leis e dos códigos vigentes, nem tampouco da própria Constituição Federal. A ineficiência

⁵ O réu tem em seu favor, inclusive o privilégio do foro.

⁶ Jacob Wassermann (O Processo Maurizius), Tolstoi (Ressurreição), Kafka (O Processo).

dos serviços judiciários tem raízes mais profundas e ultrapassam o simples esquema procedimental. Em muitos casos não são os procedimentos ou instrumentos processuais que são ineficazes, mas toda a situação que envolve sua aplicação concreta.

Uma primeira questão, que coloca e que frustra a garantia constitucional de efetiva prestação da jurisdição, seria o gritante descompasso entre a demanda e a oferta dos serviços judiciários. Ao lado do estímulo constitucional de acesso à Justiça, direito cívico valorizado pela grande maioria das constituições, encontra-se a nova qualidade dos litígios, cujas soluções não podem demorar, sob pena de impossibilidade da prestação jurisdicional, como no caso do direito à saúde e à vida. Entretanto, tanto os franceses como os alemães, bem como renomados doutrinadores brasileiros, como Humberto Theodoro Júnior, admitem que a solução para a avalanche de processos não se resolve simplesmente com a expansão proporcional de juízes.

Sendo assim, o aprimoramento da prestação jurisdicional não ocorre somente através de reformas legislativas nem tampouco através do aumento numérico dos juízes. Devemos encontrar outras formas e caminhos úteis para viabilizar e garantir a verdadeira justiça ansiada pelos cidadãos.

Torna-se essencial e indispensável reformar a estrutura e a organização judiciária, ou seja, seu pessoal, sua dinâmica, as bases materiais e as praxes burocráticas. Aqui duas questões surgem: a caótica atuação e organização dos órgãos encarregados da prestação jurisdicional e a forma como buscam soluções para suas inaptidões. Não há uma racionalidade administrativa, pois, inexistem órgãos de planejamento e desenvolvimento dos serviços forenses. Sendo assim, não existem dados científicos, ou seja, estatísticas para se verificar onde e porque ocorrem os entraves processuais, direcionando, desta forma, a reforma legislativa dos procedimentos.

O que se deve analisar não é a lei em si, mas seu impacto entre a ação do

postulante e a conduta do órgão jurisdicional. Juntamente com a reforma legislativa, é essencial a reforma e reciclagem dos agentes, bem como a desburocratização e desritualização do sistema judiciário com a conseqüente modernização do sistema. Normalmente, o retardamento dos processos não decorrem das diligências ou dos prazos, mas do desrespeito ao sistema legal pelos próprios agentes da Justiça. Por exemplo, o que adianta um prazo de três ou cinco dias para cumprimento de uma determinação se a decisão demora dias ou até meses para ser publicada no diário oficial, ou se a expedição de um simples alvará tem demorado em torno de seis meses ou até mais? Desta forma, torna-se relevante observar que o que realmente atravanca o andamento do processo são suas etapas mortas, ou seja, o tempo consumido pelos agentes do Judiciário para praticarem os atos que lhes competem.

Não se pode descurar que no dia-a-dia forense os cartórios estão superlotados e os advogados ficam horas nas filas para serem atendidos, muitas vezes por serventuários totalmente desmotivados, quer pela falta de treinamento, quer pela falta de remuneração adequada. O simples desarquivamento de processos assim como a distribuição de recursos chegam a levar meses ou mesmo anos. Na verdade, o processo demora pela inércia e não em decorrência de diligências longas. Assim, além da economia processual, é primordial a rapidez.

Neste sentido, diante do intenso trabalho legislativo de reforma do Código de Processo Civil italiano, o Prof. Giuseppe Tarzia, deslocou o foco da crise judiciária para fora do campo das normas procedimentais:

Os problemas mais graves da Justiça Civil, pelo menos na Itália, dizem respeito, de outra parte, não à estrutura, mas à duração do processo, dizem respeito aos tempos de espera, aos 'tempos mortos', muito mais que aos tempos de desenvolvimento efetivo do juízo. A sua solução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciárias e não das normas do Código de Processo Civil. A aceleração da Justiça não poderá, portanto, ser assegurada somente com a nova lei

ou com a revisão de todo o processo civil italiano, que está atualmente em estudo.⁷

É necessário que a organização dos serviços judiciários seja direcionada pelos preceitos técnicos da ciência da administração e com emprego de meios e recursos tecnológicos. Além da ampla utilização dos recursos proporcionados pela informática, quanto à organização e administração judiciária local, propõe-se a criação de varas especializadas, direcionando as matérias, além da adoção de ritos especiais e mecanismos processuais, a exemplo das que foram criadas no campo da criança e do adolescente, facilitando o trabalho do magistrado, agilizando, assim, o curso do processo. Também seria oportuno a criação de cursos preparatórios para magistratura gratuitos para que todos os bacharéis tenham acesso, com constante incentivo ao pensamento pluralista, democrático e criativo. Ao pessoal auxiliar cabe um aprimoramento cultural e técnico. Em relação às praxes forenses, pugna-se pela simplificação dos atos, pela criação de serviços de imprensa nos tribunais para barateamento da comunicação, pela modernização da linguagem forense, pela possibilidade das partes dirigirem-se pessoalmente ao magistrado, pela eliminação dos atos burocráticos, entre outros.

Além disso, sendo o Poder Judiciário nacional, deveria haver uma suplementação, inclusive financeira, da União para o programa de aperfeiçoamento da Justiça dos Estados, com o desenvolvimento de programas de aprimoramento técnico e cultural dos juízes e agentes judiciários. Ademais, deveria ser ampliado o limite⁸ estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal para repasse do orçamento do Estado de São Paulo ao Poder Judiciário.

Diante do exposto, o que se deseja com a viabilização do acesso à Justiça e a celeridade processual, não é uma vulgarização do Poder Judiciário e, sim, uma prestação

⁷ TARZIA, Giuseppe. **O novo processo civil de cognição na Itália**. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 65, p.89 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. **Trinolex**, Franca, v. 1, n. 2, p. 30-34, jan./fev. 2005.

⁸ Atualmente o limite é de 6%, mas já há anteprojeto de lei, encaminhado pela OAB-SP, para ampliar para 8%.

jurisdicional acessível, efetiva e, acima de tudo, humana, de forma que o labor realizado no gabinete tenha repercussão externa. Sendo assim, pugna-se, também, pela Justiça coexistencial, ou seja, pela adoção de meios alternativos para solução dos litígios, como a conciliação e a mediação, que tendem a preservar relacionamentos jurídicos, aliviando a sobrecarga de processos litigiosos e, a longo prazo, mudar a mentalidade da sociedade. Aqui cumpre destacar o modelo adotado pelo Código de Processo Civil argentino que instituiu em caráter obrigatório a mediação prévia a todos os juízos, visando promover a comunicação direta entre as partes e a solução extrajudicial da controvérsia.

Já é hora da Justiça brasileira pôr em prática a ideologia da Carta Magna de 1988, que assegura a todos os cidadãos a fruição dos direitos fundamentais. Os operadores da Justiça devem ser ousados e criativos, superando, muitas vezes, o próprio positivismo arraigado, os preconceitos e as praxes arcaicas que rondam os fóruns.

1.3 A aplicação judicial do direito sob a orientação das normas constitucionais

De forma geral, todas as Constituições concretizam em seu cerne valores culturais compartilhados pela sociedade. Tais valores são expressos através de um governo limitado e de um conjunto de direitos fundamentais considerados essenciais para o convívio social harmônico e digno. Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 expressam, como valores primordiais, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Em sentido material, a Constituição é composta por normas referentes aos órgãos e procedimentos legislativos, normas referentes aos órgãos executivos supremos e normas que

determinam as relações básicas entre o Estado e os cidadãos, consistentes nos direitos fundamentais⁹. Estes direitos fundamentais englobam preceitos que impõem limites e tarefas a serem cumpridas pela sociedade e pela instituição estatal, caracterizando verdadeiros princípios norteadores do conteúdo das leis infraconstitucionais, bem como da atuação de todas as entidades intermediárias entre o povo e o Estado, inclusive dos Tribunais e Juízos. Portanto, os entes estatais devem atuar conforme dispõem os direitos fundamentais. A prestação jurisdicional também deve respeitar referidos direitos, redobrando a atenção quando a própria violação de direito fundamental estiver em voga, tendo em vista que o Poder Judiciário somente se legitima na medida em que, efetivamente protege os direitos constitucionais e fundamentais.

Desta forma, as decisões judiciais deverão respeitar os valores fundantes de uma comunidade. Para que isto ocorra, o jurista deve afastar-se do padrão positivista, que adota o sistema simplista da subsunção da norma ao fato, buscando preservar a separação dos poderes e a segurança jurídica. Busca-se um posicionamento atuante do judiciário, de forma que o juiz efetue a ponderação entre os direitos fundamentais e outros valores expressos na Constituição, justificando sua posição com o objetivo de atender aos reclamos sociais por uma comunidade justa e democrática.

Ademais, aflora-se a necessidade de concretizar as normas constitucionais, através de um processo tópico-retórico-argumentativo, aberto a todos os cidadãos, sem, no entanto, deixar de observar o critério sistemático apto a preservar a unidade constitucional.

Toda a aplicação judicial do direito sob a orientação das normas constitucionais está voltada para a premissa de que os direitos fundamentais são a origem do Direito e do atual Estado Democrático, vinculando e direcionando a atuação do Poder Judiciário. Não se

⁹ Classificação segundo Hans Kelsen, na obra **Escritos sobre la democracia y el socialismo**, Madrid: Debate, 1988, p. 117 *apud* PARDO, David Wilson Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

pode falar em Estado Democrático de Direito, onde a aplicação do direito ocorre através do método lógico-formal, observando apenas a segurança e a certeza jurídica. Torna-se essencial uma interpretação e aplicação das normas conforme os direitos fundamentais, que são os valores ansiados pela sociedade e transformados em princípios norteadores do ordenamento jurídico.

1.4 O reconhecimento do humanismo através do direito processual

Antes de adentrarmos no aprofundamento de qualquer tipo de argumentação, o objetivo do presente trabalho, além de acionar os direitos fundamentais, busca resgatar a humanização do Direito, a humanização do processo e a humanização da justiça.

A primeira questão que se coloca seria qual o papel do jurista, do juiz e da justiça diante da realidade hodierna. Para que cheguemos a uma conclusão, tanto o juiz como os juristas em geral necessitam de transpor alguns desafios, quais sejam, o hermenêutico, o ético, o político, o cultural e o desafio humanista.

O desafio hermenêutico está voltado para o intérprete da lei e o aplicador do Direito. Interpretar a lei demanda uma atividade intelectual para compreensão dos dispositivos legais, através de processos, métodos ou momento da atividade hermenêutica. Já a aplicação do Direito seria a solução prática de um problema. É através da interpretação que o jurista pode atuar de forma conservadora ou progressista. O ato de interpretar proporciona ao jurista e, em especial ao juiz na aplicação da lei, o avanço social, a melhor distribuição dos bens, bem como a universalização do Direito, desde que não haja um apego ao sentido literal do comando normativo. A interpretação deve ser abrangente, conciliando-se o método

histórico-evolutivo com o sistemático, o sociológico e o teleológico, que proporcionam ao juiz analisar a finalidade social da lei e o bem comum.

O grande desafio ético consiste em assegurar o valor justiça, de forma que, no conflito entre lei e justiça, a interpretação daquela e a aplicação do Direito ocorram, não conforme disposição literal da norma, mas com fundamento no espírito da lei e na equidade. Neste contexto, destaca-se o pensamento de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior:

O juiz que aplica lei injusta friamente, sem questionamento crítico, é por vezes um homem angustiado. A angústia é o reflexo psicológico da consciência de liberdade e da possibilidade de julgar de forma menos simplista do que reproduzir concretamente a injustiça abstrata da norma.¹⁰

O desafio político consiste no desafio de realizar as expectativas sociais de uma justiça que tenha aptidão para infiltrar nas forças presentes da sociedade. Remete o jurista a refletir acerca das necessidades sociais. Em outras palavras, o grande desafio político é extrair do Judiciário uma atividade jurisdicional criativa diante de novos direitos e situações e, ao mesmo tempo, sensível à realidade, na busca de uma sociedade menos desigual.

Através do desafio cultural, busca-se aproximar o juiz de sua sociedade, pondo-o em contato direto com a realidade fática.

O principal desafio do jurista é o humanista, em que o juiz deve ser desvinculado, definitivamente, da figura de máquina de produzir sentenças que simplesmente aplica a lei posta aos casos concretos. O ato de julgar é o mais nobre de todos, é o momento em que o ser humano mais se aproxima de Deus. Portanto, não pode ser realizado apenas com base em abstrações, de forma técnica onde o que não está nos autos, não está no mundo. No momento da aplicação do Direito, deve haver uma harmonia plena entre o processo instruído e a

¹⁰ CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias *apud* HERKENHOFF, João Batista. **O direito processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997, p. 27.

realidade, de forma a transcender o desafio humanista, principalmente diante de direitos fundamentais como a saúde e a própria vida.

O Código de Processo Civil de 1939 ampliou os poderes concedidos ao juiz em relação às atividades e iniciativas atribuídas às partes, além de ter adotado o conceito publicístico do processo. O Código de 1973 não alterou substancialmente as diretrizes básicas anteriores. Entretanto, fortaleceu a autoridade do juiz na condução do processo, mitigou o princípio da identidade física do juiz, ampliou as hipóteses de impedimento e suspeição, além de outras mudanças. As mudanças posteriores apenas revelaram uma preocupação com a prestação jurisdicional de forma efetiva, que esteja em harmonia com o contexto social.

Neste diapasão, vislumbra-se que o Direito somente direcionar-se-á rumo ao progresso e à humanização, se os juristas, sob a inspiração de um espírito crítico e construtivo, abandonarem a postura de simples servos e colocarem o direito a serviço das forças progressivas, numa integração plena com a sociedade, em ambos os pólos, velando pela dignidade da justiça. Além disso, o Direito deve ser aplicado através de uma interpretação humanístico-sociológica, considerando-se as conseqüências da decisão judicial no sistema social como um todo.

Conforme será demonstrado, ou o direito processual resgata o humanismo ou não cumprirá sua destinação ética.

No entanto, não se pode pretender a humanização sem enfrentar a questão da demora processual, em que o processo ao invés de conduzir-se à justiça e à libertação existencial, conduz-se pela lentidão à doença e à morte. Muitas vezes, a lentidão processual enseja uma renúncia forçada, em que se renuncia a um direito em decorrência dos entraves que impedem sua fruição, caracterizando violência ao princípio da dignidade humana.

A humanização do processo também significa coletivizar os pleitos, as lutas, as aspirações e as esperanças, aproximando-se magistrados e litigantes. Ademais, a tarefa de

julgar não pode ser desvinculada do ser humano, afastada da concretude da vida, pois, o resgate do humanismo não depende apenas da elaboração de normas e de códigos. Torna-se essencial a atuação do Poder Judiciário como um todo, ou seja, dos efetivos operadores da justiça, bem como da atuação dos próprios cidadãos, no sentido de mudar a concepção no cerne do Direito Processual, que não seria apenas um Direito adjetivo e acessório, mas, sim, um Direito que assegura garantias fundamentais da pessoa humana. Segundo Pontes de Miranda¹¹, em importante estudo sobre a evolução do processo civil, o direito processual é “o ramo das leis mais rente à vida, por isso, com base nele, poder-se-iam classificar os povos”.

Enfim, é fundamental que se tome em consideração que a justiça é uma justiça feita por seres humanos, para seres humanos e, portanto, deve ter a face também humana, a serviço da dignidade da pessoa humana.

¹¹ MIRANDA, Pontes de *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. **Trinolex**, Franca, v. 1, n. 2, p. 30-34, jan./fev. 2005.

CAPÍTULO 2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS QUE VIABILIZAM A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Antes de tratarmos propriamente das espécies de tutela que viabilizam a prestação jurisdicional efetiva, cumpre expor como premissa de todo o desenvolvimento do presente trabalho o fato de que o Direito Processual não pode caminhar de forma desvinculada do direito material, tendo em vista que o processo nada mais é do que um instrumento apto a servir o direito material. Sendo assim, a idéia da tutela jurisdicional jamais pode resumir-se a uma simples sentença, que declare numa singela folha de papel um direito, sem qualquer efeito no plano fático. Ao contrário, a prestação jurisdicional deve ir além, ou seja, proporcionar a real efetivação da pretensão objeto da lide, refletindo o Direito Constitucional de forma que obtenhamos uma ordem jurídica justa, bem como a própria efetividade do processo.

Neste contexto, o processo entra em conflito com a demora na prestação jurisdicional, vislumbrada, principalmente, nos procedimentos com trâmite ordinário, baseado em cognição exauriente, ou seja, no conhecimento total dos fatos e no juízo de certeza. Esta situação, muitas vezes, acaba beneficiando alguns e gerando desigualdade na distribuição da justiça. Desta forma, torna-se oportuno destacar a lição do Ministro Teori: “Ora, se o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a tutela de mão própria, é seu dever fazer com que os indivíduos a ela submetidos compulsoriamente não venham a sofrer danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional.”¹²

São inúmeros os fatores que levam à demora processual, dentre eles a escassez de

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 27.

órgãos judiciais, o insuficiente preparo dos membros do judiciário, a falta de informatização adequada, principalmente em comarcas menores, a existência de militantes sem ética profissional, especializados no entrave processual, além da demora decorrente da necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir.

Daí decorre a necessidade de novos instrumentos para uma efetiva prestação jurisdicional, destacando as denominadas tutelas de urgência, que, ao contrário do entendimento de Carnelutti¹³, são baseadas em juízos de verossimilhança.

Há situações práticas em que a única tutela possível para o efetivo direito é a tutela urgente em sentido *lato* (tutela cautelar, tutela antecipatória urgente ou inibitória). No decorrer da história, diante das novas exigências de uma sociedade urbana de *massa*, resultante do crescimento desordenado, e diante da formação dos grandes centros urbanos e também do desenvolvimento da tecnologia de informática e das telecomunicações, tornou-se essencial o desenvolvimento de novas técnicas que proporcionem a efetivação do direito material mediante cognição sumária. Nas palavras de Ovídio Baptista:

Se suprimíssemos de um determinado ordenamento jurídico a tutela da aparência, impondo ao julgador o dever de julgar somente após ouvir ambas as partes, permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada uma fosse capaz de trazer ao processo, certamente correríamos o risco de obter ao final da demanda, uma sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada em juízo de veracidade do mais elevado grau, que, no entanto, poderia ser inútil sob o ponto de vista da efetividade do direito reclamado. O que ganhássemos em segurança teríamos perdido em efetividade.¹⁴

Conforme já mencionado, as tutelas de urgência são fundamentadas nos juízos de verossimilhança, ou seja, na técnica da cognição sumária. Seus requisitos são, o *fumus boni iuris*, que nada mais é do que a verificação da existência de um direito ameaçado por um dano

¹³ Entendia ser os processos sumários incompatíveis com a necessidade da descoberta da verdade, capaz de oferecer a indispensável segurança das relações jurídicas.

¹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3, p. 19.

iminente, bem como o *periculum in mora*, consistente no perigo de perecimento do direito em função da demora da tutela jurisdicional.

As tutelas urgentes encontram fundamento constitucional no artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, onde está implícito o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, bem como o direito do cidadão a uma adequada e efetiva prestação jurisdicional, corolário do Estado Democrático de Direito. As medidas urgentes foram introduzidas em nosso sistema atual através do Livro III, referente ao processo cautelar, com o prazo de contestação de cinco dias (artigo 802), provas especificadas previamente na petição inicial e na contestação (artigos 801 e 802). Entretanto, visando proteger ou satisfazer desde logo direitos sujeitos a risco de danos irreparáveis, o judiciário se deparou com uma avalanche de cautelares inominadas e até cautelares com resultados satisfativos. Começou-se, então, a ser questionada a possibilidade do processo cautelar antecipar a tutela de mérito. Desta questão emanou-se a reforma processual de 1994, dando-se nova redação ao artigo 273 do CPC, com a inserção, em nosso sistema, da antecipação de tutela através da Lei 8.952/94, que purificou, de certa forma, o processo cautelar, de caráter instrumental. O processo cautelar permaneceu inalterado, enquanto a antecipação de tutela foi remetida para o Livro do processo de conhecimento, devendo tal tutela, a partir de então, ser deferida nos próprios autos da ação principal, mantendo ambas, tanto a tutela cautelar como a antecipatória, a possibilidade de seu deferimento de forma liminar.

2.1 Tutela antecipada

2.1.1 Conceito, natureza jurídica e conteúdo da tutela antecipada

Através da tutela jurisdicional, o Estado assegura a aplicação do direito objetivo nas relações intersubjetivas litigiosas. Conforme nossa organização judicial constitucional, o cidadão está obrigado a se submeter à jurisdição estatal para composição dos litígios. Entretanto, o direito à prestação jurisdicional, decorrente do direito constitucional de ação, não pode transformar-se em um castigo para o autor que necessita do reconhecimento urgente de seu direito. Neste contexto emanam as tutelas de urgências.

O instituto da tutela antecipada, visando evitar prejuízos irreversíveis e irreparáveis decorrentes de longínquo curso processual, precipita no tempo os prováveis efeitos do resultado final da pretensão. Em outras palavras, antecipa-se a eficácia social e não a jurídico-formal. Por ser uma tutela que impõe restrições ao direito à segurança jurídica e ao contraditório, tem caráter excepcional, diante da urgência que o caso concreto demandar.

Pode-se dizer que algumas de suas raízes tiveram suas origens nos *interdictos* do direito romano clássico, em que eram concedidas medidas provisórias com base no pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as solicitavam e no real perigo de demora.

Inicialmente, preocupou-se em buscar apenas a preservação dos bens envolvidos no processo, lento, demorado, além de oneroso para o autor, constituindo-se a teoria das medidas cautelares. Entretanto, não foi demarcado o campo da prestação jurisdicional satisfativa. Introduziu-se na legislação processual civil brasileira, através da Lei nº 8.952/94, de uma forma genérica, a antecipação da tutela definitiva de mérito. Contudo, esta alteração não foi exatamente tida como uma novidade, tendo em vista a sua previsão em outras leis igualmente aplicáveis a este sistema (Lei do Inquilinato, Código de Proteção ao Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente). O que o artigo 273, do CPC fez foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há sequer um momento exato para a postulação e o deferimento dessa tutela, podendo ocorrer tanto em sede liminar

como no curso do processo de conhecimento ou, até mesmo, em grau de recurso.

Sob a ótica cronológica, a tutela antecipada significa que os efeitos da decisão antecedem a sentença final, caracterizando-se como interlocutória, passível de agravo de instrumento, nos casos cabíveis, ou de agravo retido.

Para Gláucia Carvalho Santoro, tutela antecipada é:

Remédio jurídico que visa a satisfazer total ou parcialmente a pretensão do autor, tendo em vista a existência de fatos indicativos que a outra parte age com manifesto propósito protelatório, ou com o risco de que a demora da decisão terminativa permita a ocorrência de dano de difícil reparação.¹⁵

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica *mandamental*, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.¹⁶

Diante de tais definições, ainda que diversas, o que se extrai, inicialmente, é que o instituto da tutela antecipada está diretamente vinculado ao princípio da máxima efetividade do processo e ao direito de acesso à justiça, velado através de uma prestação jurisdicional completa, satisfatória e tempestiva. Nesse sentido, a concessão da tutela antecipada busca agilizar o processo para entregar ao autor o direito que lhe é devido, no plano fático, da maneira mais rápida e segura para a jurisdição.

Luiz Guilherme Marinoni, acerca do tema, prescreve:

É preciso, portanto, que os operadores do Direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há razão para timidez no uso da tutela antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado. É necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e

¹⁵ SANTORO, Gláucia Carvalho. **Tutela antecipada**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 33.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil**: comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 646.

equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da Justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário - no qual alguns imaginam que ele não erra - para assumir a responsabilidade de um novo juiz.¹⁷

No decorrer do estudo, será demonstrado que o direito ao acesso à efetiva prestação jurisdicional torna-se uma questão de cidadania, garantindo-se aos membros da sociedade uma tutela rápida, eficaz e segura. Mais do que evitar a demora na concessão da tutela jurisdicional, a tutela antecipada busca evitar que o réu prejudique o autor no tocante à demora que está amparada pelos prazos e recursos processuais.

O artigo 273, nos incisos I e II, autoriza, respectivamente, duas espécies de tutela antecipatória, quais sejam, a de urgência, exigindo como requisitos o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e a de proteção ao autor, em relação ao abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, caracterizando a tutela de evidência.

Segundo Kazuo Watanabe:

O artigo 273, nos incisos I e II, consagra duas espécies de tutela antecipatória: a) a de urgência (n.1), que exige o requisito do 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação'; b) a de proteção ao autor, que não deve sofrer as consequências da demora do processo, decorrente do 'abuso de direito de defesa' ou de 'manifesto propósito protelatório do réu' (n. II, sem necessidade do requisito do *periculum in mora*.¹⁸

Nelson Nery Júnior atenta para este detalhe prescrevendo:

Nem sempre a tutela antecipada tem como móvel a urgência (CPC 273 I), pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC 273 II), que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a *efetividade do processo*, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de o réu estar se utilizando do processo com propósito protelatório. Daí porque o instituto brasileiro é singular [...].¹⁹

Nas palavras de Calmon de Passos, “a antecipação da tutela ora prevista no artigo 273 do CPC é, em verdade, medida pela qual se empresta, provisoriamente, eficácia executiva

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 15-16.

¹⁸ WATANABE, Kazuo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 68.

à decisão de mérito normalmente desprovida desse efeito”.²⁰

A natureza jurídica da tutela antecipada consiste em uma decisão que antecipa, em alguns casos, o próprio mérito do pedido ou mesmo os efeitos decorrentes de futura sentença, conforme o objeto do pedido e a natureza da sentença (declaratória, constitutiva ou condenatória). Assim, a tutela antecipada tem natureza jurídica de provimento antecipatório dos efeitos da sentença de mérito (espécie de tutela de urgência), dando ensejo a uma execução provisória deste provimento. Enquanto a cautelar é garantia, a antecipação da tutela é satisfação.

Em suma, pode-se afirmar que, a antecipação da tutela trata-se de uma prestação jurisdicional cognitiva, de natureza urgente, sumária, satisfativa e executiva. Sua cognição é sumária porque a pretensão é obtida mesmo antes do exaurimento dos atos processuais. Na tutela satisfativa o autor obtém desde logo a pretensão que somente ocorreria com o trânsito em julgado da decisão definitiva. É também um título executivo judicial, ainda que seja o único título judicial não representado por uma sentença judicial. É exequível de imediato.

Com efeito, a medida antecipatória não pode ser confundida com antecipação da sentença. Na verdade, o que se antecipa não é propriamente a declaração do direito e tampouco sua constituição ou condenação objeto da pretensão definitiva, mas, sim, os efeitos executivos de tais tutelas. Em outras palavras, antecipa-se a eficácia da sentença no plano concreto dos fatos.

Conforme já mencionado, tendo a tutela antecipada natureza jurídica de provimento antecipatório dos efeitos da sentença de mérito, ensejando execução provisória deste provimento, poder-se-ia imaginar que, a princípio, somente seria viável sua aplicação nas ações condenatórias.

Contudo, quanto ao conteúdo da antecipação da tutela, apesar de haver grande

²⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. São Paulo: Forense, 1998, p. 21.

divergência na doutrina, prevalece o entendimento de que, desde que presentes os requisitos e não haja o perigo da irreversibilidade, a tutela antecipada pode ser concedida em ações cujo provimento final tenha caráter declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo.

Humberto Theodoro Júnior ensina que:

Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado, ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor, que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas.²¹

Desta forma, segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, é permitido o deferimento da tutela antecipada também nas ações declaratórias e constitutivas, presentes os requisitos para sua concessão. “A concessão da antecipação da tutela é possível em qualquer processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos legais.”²²

Nas ações declaratórias, adiantam-se os efeitos que decorrerão dos preceitos contidos em futura sentença procedente e não a certeza jurídica. Como exemplo, tem-se o adiantamento dos alimentos na ação declaratória de paternidade.²³

Nas ações constitutivas, o elemento central do pedido somente poderá ser antecipado se for compatível com a provisoriedade. Assim, não se pode antecipar, por exemplo, a anulação de um contrato ou a alteração de um estado civil. Entretanto, os efeitos de natureza executiva ou mandamental da futura sentença de procedência da ação constitutiva são passíveis de antecipação.

²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 2, p. 607.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo n.º 5.979-5/1, da 7ª Câmara. Relator: Desembargador Albano Nogueira, São Paulo, SP, 19 de agosto de 1996.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 201.219, da 4ª Turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo, Brasília, DF, 25 de junho de 2002.

As ações condenatórias constituem o núcleo da tutela antecipada. São passíveis de antecipação das prestações de dar, fazer, não fazer ou pagar, através de ordens executivas *lato sensu* ou mandamentais. No caso da obrigação de pagar, pode-se citar o pagamento através da inclusão do credor na folha de pagamento da empresa ré. Quanto ao direito à saúde, antecipam-se os efeitos da obrigação por parte do Estado.

Finalmente, nas ações executivas *lato sensu* e nas ações mandamentais, a tutela antecipada é perfeitamente cabível, com a utilização de *astreintes* e/ou dos meios executivos referidos no § 5º do artigo 461 do CPC. Antecipa-se a eficácia social da sentença, ou seja, os efeitos da futura sentença que operam no âmbito das relações de direito material, visando garantir uma tutela justa e efetiva.

Por outro lado, não é cabível a antecipação da tutela nos processos cautelares, tendo em vista a inexistência de julgamento de mérito.²⁴ Já em relação aos embargos à execução, admite-se que o exequente, demandado nos embargos, diante do interesse em não suspender a execução, em razão de perigo de dano irreparável ou do caráter protelatório dos argumentos do embargante-executado, requeira a tutela antecipada na impugnação aos embargos (contestação).

Em resumida síntese, a antecipação da tutela é justificada pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem o deferimento inicial da pretensão a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida.

2.1.2 Antecedentes históricos da antecipação da tutela

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n.º 9.048-1, da 6ª Câmara. Relator: Desembargador Costa Mansoa, São Paulo, SP, 05 de setembro de 1996.

O instituto da tutela antecipada, desde longa data, já se apresentava inserido nos ordenamentos jurídicos do direito europeu, possuindo raízes históricas no clássico Direito Romano.

A origem da antecipação da tutela está indissolúvelmente relacionada com os procedimentos de satisfação imediata. Inicialmente, destacam-se os “interditos romanos” que admitiam a expedição de ordens definitivas sem mais indagações sobre os fatos, diante da evidência do direito do postulante. Os procedimentos “pretórios” permitiam um *decretum* nas obrigações de fazer e um *interdictum* nas obrigações de não fazer. Na sistemática dos interditos também havia a possibilidade de perdas e danos, caso o resultado fosse diverso da concessão *initio litis*. Tal sistemática se expandiu pelo direito europeu.

No direito europeu, tudo se fez, em matéria de tutela antecipatória, dentro do próprio conceito de poder geral de cautela. Destaca-se a origem do instituto na Itália, em 1942, quando foi introduzido no *Código de Procedure Civile* um verdadeiro sistema de antecipação de tutela meritória. O Código de Processo Civil da Alemanha (ZPO), nos §935 e 940, cuida de caso típico de antecipação de tutela. Entretanto, o direito comparado contemporâneo admite tranqüila e maciçamente que o perigo tutelável pela medida cautelar (*periculum in mora*), tanto pode afetar o processo pendente como o direito material subjetivo do litigante. Portanto, não estabelece uma diferenciação essencial entre tutela cautelar e tutela antecipatória, limitando-se a caracterizá-las como simples espécies de um mesmo gênero de tutela jurisdicional.

Assim, desde os interditos romanos, a evolução do direito processual revela-nos casos em que se permitiu a intervenção no mundo fático, através da antecipação dos efeitos materiais.

As tutelas preventivas inseridas em nosso sistema foram diretamente influenciadas pelas idéias predominantes do racionalismo.

Quanto à tutela processual de natureza puramente preventiva Ovídio Baptista da

Silva esclarece que:

[...]é indispensável acrescentar ao racionalismo, tão presente na formação da ciência jurídica moderna, especialmente no direito processual civil, mais dois ingredientes importantes. O primeiro deve-se à doutrina política da 'separação de poderes', marcada pela influência de Montesquieu, mas que nos vem, mais propriamente de Thomas Hobbes, a reduzir o Poder Judiciário a um poder subordinado, ou melhor, a um órgão do poder, cuja missão constitucional não deveria ir além da tarefa mecânica de reproduzir as palavras da lei, de modo que a jurisdição não passasse de uma atividade meramente intelectual, sem que o julgador lhe pudesse adicionar a menor parcela volitiva. A esse respeito, as lições de Chiovenda são exemplares. Várias passagens de suas obras poderiam ser oferecidas para confirmar esta assertiva. Sirva-nos apenas estas: *'Nella cognizione, la giurisdizione consiste nella sostituzione definitiva e obbligatoria dell'attività intellettuale Del giudice all'attività intellettuale non solo delle parti ma di tutti cittadini nell'affermare esistente o non esistente una volontà concreta di legge concernente le parti'*. No texto, ficam demarcadas a natureza meramente "intelectiva", enquanto pura cognição, da função jurisdicional, e o princípio de que a atividade do juiz deve limitar-se a revelar a "vontade concreta da lei". Sua missão seria apenas verbalizar a "vontade da lei" ou a vontade do legislador. A outra passagem que merece referência é aquela em que o grande processualista, referindo-se à interpretação, dá-lhe a exclusiva tarefa de investigar a "vontade da lei", confirmando a premissa de seu sentido unívoco, porquanto não se haverá de supor que ela possa ter "duas vontades". A conclusão que se deve extrair decorre necessariamente dessa premissa: como seria impensável supor que a lei tivesse "duas vontades" toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido unívoco. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente compreendê-la", mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema "algébrico" da descoberta de sua "vontade". Torna-se fácil compreender as razões que, no Século XIX, fizeram com que os autores dos Códigos procurassem impedir que eles fossem interpretados. Reproduziu-se no Século XIX a tentativa de Justiniano. A intenção que sustenta esse propósito é a mesma que, no início da Era Moderna, procurou eliminar a Retórica, enquanto ciência argumentativa, no campo do Direito, basicamente no campo do Processo. [...]. A idéia de perfeição do direito criado, que se oculta sob essa conduta, foi relevada por uma eminente filósofa contemporânea, ao mostrar o pathos tirânico, conseqüentemente antidemocrático desse modo de compreender o direito. O direito "perfeito" elimina qualquer espécie de questionamento. É o direito do tirano.²⁵

No final do século XX, a Ciência Jurídica passou por inúmeras transformações motivadas pelas mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas. Com o Direito Processual não foi diferente. Fizeram-se necessárias a atualização e modernização, modificando métodos e técnicas, no intuito de uma prestação jurisdicional efetiva, célere e

²⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 50, n. 295, p. 07-20, maio 2002. (Órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica)

capaz de solucionar os litígios entre os homens da maneira mais confiável para as partes e para a sociedade.

No decorrer do cotidiano forense, verificou-se que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar variações irremediáveis. Neste contexto, em vários países, surgiram movimentos e várias escolas se formaram buscando agilizar a prestação jurisdicional de forma a tornar-lhe eficaz.

Atualmente, vivenciamos um excessivo alargamento na prestação jurisdicional, cujas causas são variadas, podendo destacar-se: burocracia processual, exagero no formalismo, multiplicidade de demandas, desaparecimento e desestruturação do Poder Judiciário, ausência da consciência de conciliação entre os operadores do Direito, litigância de má-fé, entre outras.

Além do alargamento na prestação jurisdicional, nas últimas décadas, a população em geral tem sofrido as conseqüências de um significativo agravamento da qualidade da prestação jurisdicional, tendo em vista vários aspectos, incluindo, de um lado, grande demanda de processos e, de outro, ausência de estrutura judiciária adequada.

Uma das causas políticas desta descendência da qualidade da prestação jurisdicional está consolidada no fato de ter a “Constituição-Cidadã” outorgado largamente direitos sociais, ampliado os direitos individuais e explicitado os direitos e interesses difusos e coletivos, deixando o Poder Judiciário desguarnecido, ao mesmo tempo em que sinalizou para ele como desaguadouro das “lesões” ou das “ameaças de lesão” a direito ou interesse, na busca de recomposição, sem sequer realizar mudanças estruturais.

A demora na prestação jurisdicional levou os advogados a buscarem soluções processuais e, no processo cautelar, ingenuamente estruturado no chamado Código de Buzaid, encontraram a saída para as urgências: as liminares acautelatórias para se aguardar a demorada sentença, sem correr o risco da imprestabilidade da atuação estatal. Esta foi a

solução para atender, em um primeiro momento, aos direitos instantâneos. O ponto crucial da utilização das cautelares, praticamente alertando a sociedade brasileira e os juristas nacionais para o problema, surgiu com o bloqueio dos ativos financeiros do Plano Collor I, pela Lei n. 8.024/90. Milhares de brasileiros socorreram-se das liminares, proferidas em processos cautelares, para desbloquear os depósitos de contas-correntes e de poupanças, deixando um saldo de milhares e milhares de processos em duplicidade (ação cautelar e ação ordinária) para serem solucionados, em nome de uma formalidade apenas. A liminar desbloqueando os depósitos bancários, de plena satisfatividade, tornou de absoluta inutilidade o longo caminho a percorrer com o *iter* procedimental de ambas as demandas (cautelar e ordinária).

Tomou-se consciência, então, de dois aspectos da mais alta relevância: necessidade de um instrumento processual, pronto e eficaz, para a proteção do direito instantâneo; e a consciência de que a utilização das medidas cautelares assoberbava a Justiça com dois processos simultâneos, ao mesmo tempo em que lhes desvirtuava a finalidade.

Assim, a razão política e os motivos fáticos indicados levaram o legislador brasileiro à edição da Lei n. 8.952, de 13/12/94, criando-se, então, a tutela antecipada prevista no artigo 273 do CPC.

Antes da inserção propriamente dita do instituto da tutela antecipada em nosso ordenamento, seus efeitos já podiam ser verificados no Código de Processo Civil, através de uma forma especial de tutela antecipada, prevista no artigo 928, onde se permite a antecipação do mérito da demanda, nas ações possessórias, com força nova, desde que presentes os requisitos específicos. No Direito Brasileiro, o instituto processual começa a se estruturar graças ao trabalho e esforço da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, e à compreensão dos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de acolherem as idéias da mencionada comissão e as transformarem em lei. Um dos membros da Comissão que promoveu a Reforma do CPC, Kazuo Watanabe,

considerava que toda a recente remodelação de nosso ordenamento jurídico formal parte de uma tomada de consciência do que realmente deve ser o acesso à Justiça, previsto em nossa Carta Magna como garantia fundamental. A principal preocupação foi a de tornar o processo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade, através de uma tutela que dê àquele que tem um direito exatamente aquilo a que tem direito de obter, de forma rápida e eficaz.

Tutela jurídica ou tutela jurisdicional significa a atividade estatal na busca da solução dos conflitos. Tradicionalmente, o Estado presta a tutela certificando, executando ou acautelando. Tutelas estas identificadas com o processo de conhecimento ou de cognição, de execução e cautelar.

Nas situações de urgência, entendendo-se estas como as situações aptas a gerarem danos irreparáveis ou de difícil reparação, a preocupação é não deixar a resposta estatal cair no vazio. Assim sendo, surge, ao lado da outorga de tutelas acautelatórias, visando precipuamente a prestabilidade e a efetividade da jurisdição, a antecipação dos efeitos de uma futura sentença, em nome de um direito instantâneo que, se não protegido de forma imediata, não mais servirá ao seu titular.

A tradicional tutela cautelar é de natureza provisória e instrumental, tendo como objetivo único afastar possíveis embaraços à jurisdição. Somente por via de consequência, a cautelar protege o direito material. Diferentemente, a tutela de antecipação provoca o adiantamento dos efeitos de uma futura sentença. Ainda não se sabe como será, mas já se tem a visão do que ocorrerá, haja vista os pressupostos exigidos: prova inequívoca e verossimilhança. Antecipa-se a medida para evitar o perecimento do direito material, concretizando-se a antecipação de tutela assecuratória. Contudo, pode haver antecipação sem estar o direito a correr risco. Isto ocorre ao se anteciparem os efeitos da futura sentença como espécie de castigo ao réu que abusar do direito de defesa, caracterizando a tutela de evidência.

É a antecipação de tutela punitiva. Ao lado das duas espécies de tutela de urgência, cautelar e antecipatória - esta última, nas suas duas modalidades, punitiva e assecuratória -, tem-se as chamadas medidas interinais, consubstanciadas na necessidade de se estabelecer disciplina à fruição de um direito surgido no curso de relações de trato continuado e prolongado. Pode-se citar como exemplos, a disciplina sobre a guarda dos filhos, a administração dos bens do casal a partilhar, a questão dos alimentos, alguns direitos humanos inseridos na constituição, dentre outras questões, que precisam de solução provisória, enquanto se aguarda a sentença final relativa à separação do casal.

Por fim, verifica-se que bem antes do artigo 273 do Código de Processo Civil, o legislador ordinário já outorgava a possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença, se a urgência, pressuposto para a outorga da liminar, fosse presumida. Tal ocorre nas ações possessórias, nos mandados de segurança, nas ações populares e, enfim, em todas as ações em que há previsão de concessão de liminar.

Conforme se vislumbra na prática, direito processual não pode caminhar de forma desvinculada do direito material, uma vez que o processo foi concebido como instrumento para que o direito material pudesse se concretizar. Não se pode dizer hoje em dia que a idéia da tutela jurisdicional se resume apenas a uma decisão, pois, o jurisdicionado não deseja apenas uma declaração pura e simples. Ele aspira a real efetivação de sua pretensão, ou seja, o bem da vida objeto da lide. Desta forma, a tutela jurisdicional revela-se muito mais ampla, pois está intimamente ligada a noção de acesso a uma ordem jurídica justa e a própria efetividade do processo.

É sabido também que o processo comporta vários procedimentos. O mais comum de todos esses procedimentos é o ordinário. O grande problema que aflige a solução dos litígios é a demora para se resolver o conflito na jurisdição estatal. O tempo é o grande obstáculo para a correta distribuição de justiça.

No processo de conhecimento, o juiz julga com base no conhecimento total dos fatos, trata-se de um procedimento de cognição plena e exauriente, com vistas a solução definitiva com base num denominado juízo de certeza. Entretanto, as chamadas tutelas de urgência, são baseadas em juízos de verossimilhança, o que afronta a idéia de Carnelutti, o qual vislumbrou nos processos sumários incompatibilidades com os princípios e objetivos da civilização moderna, que exigiria um processo teleologicamente voltado para a descoberta da verdade e, além disso, capaz de oferecer a indispensável segurança que as relações jurídicas necessitam para desenvolver-se. Apesar do grande mestre e jurista Carnelutti combater a idéia das tutelas sumárias, sabemos que a universalização do processo de conhecimento é impossível. Têm-se situações que a única tutela possível para o direito é a cautelar em sentido *lato* (tutela cautelar ou tutela antecipatória urgente). Devido à ineficiência e morosidade do processo de conhecimento, presenciamos uma proliferação de ações cautelares, que transformou o próprio processo de conhecimento em uma técnica de sumarização, como um remédio da ineficiência e lentidão do procedimento ordinário. O estudo sobre o acesso a ordem jurídica justa levou ao questionamento do problema da efetividade da tutela dos direitos. Como o Estado proibiu a instituição da autotutela, não pode o poder público culpar o tempo para se desobrigar do importante compromisso de tutelar, de forma eficaz, os conflitos sociais.

Até poucos anos atrás, a tutela cautelar era um instrumento excepcional e suficiente para evitar que a lentidão do processo resultasse na inefetividade da prestação da tutela jurisdicional. Como ficou explicitado, a proliferação das cautelares distorceu o procedimento ordinário devido às novas exigências de uma sociedade urbana de “massa”, resultante do crescimento desordenado, da formação dos grandes centros urbanos e também do desenvolvimento da tecnologia de informática e das telecomunicações. Daí porque o processualista começou a desenvolver novas técnicas procedimentais que permitem a

efetivação do direito material mediante cognição sumária.

O avanço da legislação brasileira é enfatizado ao positivizar expressamente no Código de Processo Civil as normas da antecipação de tutela, cujo instituto já transparecia no ordenamento jurídico pátrio através de outros instrumentos processuais, como, por exemplo, os alimentos provisórios previstos na Lei nº 5.478/64, em seu artigo 4º, bem como a liminar de reintegração ou manutenção nas ações possessórias, disciplinada no artigo 928 do Código de Processo Civil. Inarredavelmente, tais liminares refletem a natureza de tutela antecipada.

A adoção inicial da tutela de urgência na legislação brasileira foi sugerida por Ovídio Baptista da Silva, em julho de 1983, no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em Porto Alegre²⁶. Foi inserida no anteprojeto de lei, elaborado em 1985, por Comissão Revisora designada pelo Ministério da Justiça para analisar reformas ao Código de Processo Civil de 1973.

Em seguida, dez anteprojotos de lei foram elaborados por Comissão composta pelos Ministros do STJ: Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro e Fátima Nancy Andrichi e pelos processualistas: Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Celso Agrícola Barbi, José Eduardo Carneira Alvim, J. M. Arruda Alvim, Sérgio Sahione Fadel, Sidnei Beneti, Kazuo Watanabe, Petrônio Calmon F., Donaldo Armelin e Humberto Theodoro Júnior, além de outros juristas. Um deles culminou com a Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1.994.

Sendo assim, a previsão legal expressa como o *nomen iuris* de antecipação de tutela adveio somente com a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o Código de Processo Civil, introduzindo-a em seus artigos 273 e 461.

²⁶ Ovídio Baptista da Silva propôs a inserção de parágrafo único ao artigo 285 do CPC com a seguinte redação: Parágrafo único. Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência.

A Constituição Federal de 1988, ao prescrever o artigo 5º, inciso XXXV, inseriu o vocábulo “ameaça”, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Referido dispositivo assegura ao cidadão a possibilidade de valer-se da adequada tutela jurisdicional não somente quando houver direito lesado, mas, também, quando referido direito estiver sob ameaça. Sendo assim, quando determinado direito restar ameaçado e estiverem presentes os requisitos autorizadores, cabível a antecipação da tutela, como garantia, inclusive, de uma prestação jurisdicional efetiva e, portanto, adequada.

Neste contexto, a inclusão da expressão “ameaça” ampliou o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, constituindo-se num antecedente histórico do instituto da tutela antecipada.

A atual abrangência da tutela antecipada foi modificada pela Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002, que inseriu alterações no artigo 273 do CPC.

Finalmente, a reforma do Poder Judiciário, inserida com a EC nº 45/04 (08/12/2004), acrescentou o inciso LXXVII ao artigo 5º da Constituição Federal, demonstrando uma preocupação do legislador com a tempestividade e efetividade do processo, na tentativa de adaptar a Constituição às novas realidades. O novo inciso apresenta a seguinte redação: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

2.1.3 Pressupostos essenciais para sua concessão

2.1.3.1 Iniciativa da parte legitimada

A tutela antecipada pode ser considerada um direito subjetivo do autor que decorre do princípio da necessidade e efetividade da jurisdição. A princípio, o juiz não pode agir de forma discricionária e não haverá a antecipação dos efeitos da sentença se a parte não provocá-la. Para a maioria dos doutrinadores²⁷, o magistrado simplesmente reconhece ou não, provisoriamente, em cognição sumária, o direito subjetivo do autor, que somente será admissível quando estiver em risco a garantia da efetividade da jurisdição, o que impõe ao réu o dever de não agir de maneira contrária a esse direito pleiteado. Assim, segundo tais doutrinadores, para a concessão da tutela antecipada, há necessidade de requerimento expresso do autor.

Entretanto, alguns autores, como por exemplo, Benedito Pereira Filho que manifestou seu posicionamento em artigo publicado na Revista de Direito Processual Civil, 32/223, entendem ser possível a concessão da tutela antecipada de ofício. Admite-se a antecipação de ofício, por exemplo, quando a questão versar sobre matéria de ordem pública ou quando tratar dos direitos fundamentais que são normas de eficácia plena e imediata.

Estão legitimados a requer a tutela antecipada: o autor, contra o réu originário e contra os chamados ao processo; o reconvinte, autor na reconvenção; o oponente, autor na ação de oposição; o devedor, na ação incidental de embargos de devedor (embargos à execução); o exequente-embargado na impugnação (contestação) aos embargos de devedor.

O réu somente poderá requerer tutela antecipada nas ações de caráter dúplice, quando, na contestação, formula pedido em seu favor²⁸. Isto porque o instituto da tutela antecipada foi criado justamente para redistribuir o ônus do tempo no processo, evitando-se prejuízo ao autor. Em casos de ações manifestamente infundadas, a questão deve-se resolver pelo indeferimento da petição inicial (artigo 295 do CPC) ou pelo julgamento antecipado da

²⁷ Entre eles: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 149-150.

²⁸ Artigo 922 do Código de Processo Civil.

lide (artigo 330, I, do CPC). Por outro lado, alguns doutrinadores, em homenagem ao princípio da isonomia, admitem a possibilidade de concessão da tutela negativa em prol do demandado quando houver o risco de o autor adotar conduta que impeça o réu de praticar ato, cuja legitimidade é impugnada, como por exemplo, no caso de ação declaratória de ilegitimidade de ato. Outros defendem que tal situação poderá ser melhor resolvida através de ação cautelar, como a incidental de atentado, prevista no artigo 879, IV, do CPC. Tendo em vista que o fundamento maior da tutela antecipada consiste em evitar o grande lapso temporal e o perecimento da eficácia do direito, parece-nos possível a admissão da tutela negativa em prol do réu em casos como o acima mencionado, em homenagem ao princípio da igualdade e da economia processual. Não seria viável o réu ter que ajuizar ação cautelar, recolher custas iniciais, incumbir-se do ônus da prova e ainda ter que ajuizar ação principal.

Estudiosos do assunto, como Tereza Arruda A. Wambier, entendem que os intervenientes, como o assistente litisconsorcial e, ainda, o Ministério Público na atuação como *custos legis*, podem requerer tal pretensão, ainda que os efeitos da antecipação não os beneficiem diretamente por serem terceiros. Quanto à legitimidade do Ministério Público destaca-se a jurisprudência a seguir:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL - VIDA E SAÚDE - CF, ARTIGO 127 - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO - OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para desencadear ação civil pública com a finalidade de resguardar direito à vida e à saúde, mesmo que afeto a uma ou mais pessoas identificadas. Pleito dessa magnitude tem inegável reflexo social e deve se sobrepor às questões meramente processuais.

2. O Sistema Único de Saúde, por imperativo legal, deve incluir no seu campo de atuação a execução de ações direcionadas à assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (Lei n. 8.080/90, artigo 6º, inciso I, alínea "d").²⁹

Em relação à denunciação da lide, a concessão da tutela antecipada é duvidosa, pois, a denunciação consiste numa ação regressiva de caráter condicional, o que desfigura o

²⁹ Brasil. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2003.018892-4 da 2ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Luiz César Medeiros, Florianópolis, SC, 10 de novembro de 2003.

juízo de verossimilhança e o objeto de prevenção do dano.

Quanto aos embargos à execução, é perfeitamente possível que o exeqüente, demandado nos embargos, tenha interesse em não suspender a execução, em razão de perigo de dano irreparável ou do caráter protelatório dos argumentos do embargante-executado. Nestas hipóteses, seria cabível ao embargado-exeqüente requerer a tutela antecipada na impugnação aos embargos (contestação). Também é facultado ao devedor, na ação incidental de embargos de devedor (embargos à execução), presentes os requisitos legais, requerer a antecipação da tutela, visando evitar prejuízos irreparáveis, inclusive com a penhora antecedente que garante o juízo. Por exemplo, o embargante poderia requerer antecipação dos efeitos da sentença quando ficar evidenciado que um título que fundamenta a execução não é certo, líquido e exeqüível.

2.1.3.2 Existência de prova inequívoca

Tanto a existência de prova inequívoca como a verossimilhança das alegações são pressupostos concorrentes a qualquer espécie de antecipação de tutela.

A inequivocidade constitui-se através da presença lógico-jurídica do elemento de prova (fato, ato, coisa, pessoa) articulado por meio legal (alegações fundamentadas em lei) e expresso no instrumento de prova (documento formal). Tais requisitos demonstram que a inequivocidade não seria mera impressão de certeza jurisdicional sobre a prova exibida, mas demonstração, em decisão do juízo, de univocidade dos aspectos que compõem a base empírica do instituto legal da prova. Assim, só seria verossímil a alegação que se construísse pela univocidade das bases da prova (elemento, meio, instrumento) e não porque parecesse

verdadeira a alegação ou compatíveis os fatos e a relação de direito material alegado.

O termo inequívoco refere-se àquilo absolutamente incontestável, que não se admite controvérsias nem ambigüidade. Entretanto, ainda que o artigo 273 do Código de Processo Civil exija prova inequívoca para concessão da tutela antecipada, não se pode afirmar que exista prova literalmente inequívoca, que inadmita impugnação ou mesmo contestação. Isto porque o próprio conceito de verdade é relativo e não absoluto, sendo, ainda, em alguns casos, provisório. Por exemplo, uma escritura pública, ainda que aparentemente apresente-se conforme os requisitos legais, é passível de ser impugnada em ação anulatória.

Como bem observou Calamandrei “[...] todas las pruebas, se bien se mira, no son más que pruebas de verosimilitud. [...] Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad”³⁰.

Diante deste raciocínio, prova inequívoca, para fins de concessão da tutela antecipada, consiste na prova que revele alto grau de convencimento e afaste dúvida razoável. Sua veracidade é provável e proporciona ao magistrado uma fundamentação convincente. Entretanto, em relação ao direito à vida, à saúde e à dignidade, direitos não-patrimoniais, a interpretação do que seja prova inequívoca deve ser cautelosa, pois, são direitos constitucionais garantidos indistintamente a todos os cidadãos e têm eficácia imediata e plena. Portanto, nestes casos, a prova tende a ser evidente, devendo o magistrado mensurar os valores conflitantes, afastando-se o formalismo arcaico diante de uma interpretação jurídica fundamentada nos preceitos constitucionais.

Por outro lado, a exigência de prova inequívoca é uma garantia dos direitos do réu, que enseja um juízo de verossimilhança, ainda que não totalmente suficiente para declaração plena da existência de um direito.

³⁰ CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juriciones Juridicas Europa-America, 1986, p. 317-319.

Normalmente, em caso de requerimento da tutela antecipada liminarmente, *initio litis*, referidas provas inequívocas são de caráter documental, mas, excepcionalmente, podem ser produzidas *ad perpetuam*, como no caso de justificações prévias, exames de DNA, pareceres técnicos de especialistas no objeto da lide, entre outras. Entretanto, se a tutela for requerida no curso ou mesmo deferida na sentença, todas as provas produzidas durante a instrução processual serão relevantes para seu deferimento ou não.

É possível, em alguns casos, que a pretensão requerida se apresente, desde logo, indiscutível, dispensando-se inclusive produção de outros meios de prova, diante de um juízo de certeza. Tal situação poderia ensejar julgamento antecipado da lide com uma prestação jurisdicional definitiva. Entretanto, ainda que a prestação seja definitiva, oportuno se faz ponderar acerca dos efeitos do julgamento antecipado da lide. Para o autor, torna-se mais conveniente, ainda que a decisão não seja definitiva, a antecipação da tutela, cujos efeitos são exequíveis de imediato e não têm caráter suspensivo. No caso de julgamento antecipado, entre o ajuizamento da ação e a decisão final, o autor pode ficar à mercê de grande lapso temporal em relação à citação do réu (por edital ou precatória), sem considerar que a decisão que julga antecipadamente a lide tem caráter devolutivo e suspensivo, ou seja, não surte efeitos imediatos em caso de eventual recurso.

A existência de prova inequívoca (§1º, artigo 273, do CPC) é fundamento legal e antecedente lógico-jurídico da verossimilhança, de forma que seria impossível o convencimento pela verossimilhança diante da inexistência de prova inequívoca, considerando-se, sempre, seu grau de interpretação e abrangência.

2.1.3.3 Verossimilhança da alegação

A tutela jurisdicional exsurge da aplicação ao caso concreto do conteúdo da lei, através da sentença e segundo o princípio da reserva legal. Desta forma, respeitando os fundamentos legais do Estado Democrático de Direito previstos no artigo 1º da CF/88, nos termos do artigo 273 do CPC, a antecipação dos efeitos do provimento final só poderá ser legitimamente reconhecida a favor do postulante diante da verossimilhança das alegações produzidas.

A antecipação da tutela baseada na prova inequívoca e na verossimilhança das alegações caracteriza uma antecipação assecuratória, não tendo necessariamente a participação ilícita do demandado, repercutindo, sobretudo, na esfera dos interesses particulares dos litigantes.

A verossimilhança não é pura e simplesmente aquilo que se apresenta semelhante à verdade, mas o que se pode vislumbrar diante da similitude entre as alegações condutoras dos conteúdos e os elementos já existentes nos autos do procedimento. Isto porque o pensamento hermenêutico se constrói a partir do processo jurídico-constutivo da lei e de sua vigência e incidência, e não de uma suposta realidade ou pressuposta verdade causal não jurídica.

De qualquer forma, verossímil expressa aquilo que tem grande probabilidade de ser verdadeiro e plausível. A verossimilhança está entre o *fumus boni iuris* exigido na cautelar e a evidência indiscutível presente em casos de julgamento antecipado da lide. Em outras palavras, seria menos que a certeza e mais do que um simples juízo de credibilidade. A verossimilhança não pode ser entendida como mera cogitação de possibilidade ou probabilidade, pois, sua caracterização, na maioria dos casos, é baseada em instrumento pré-constituído da prova. Pretensão de antecipação de tutela sem prova instrumentária descaracteriza a necessária verossimilhança da alegação exigida em lei, excepcionado-se os casos de explícita violação dos direitos não-patrimoniais garantidos constitucionalmente,

através de normas de eficácia e aplicação plena e imediata.

É importante que haja uma probabilidade muito grande de veracidade das alegações do autor, pois, a tutela antecipada quebra a seqüência natural do contraditório. Em resumo, a verossimilhança vai além da plausibilidade quanto ao direito e da probabilidade quanto aos fatos alegados. No entanto, a verossimilhança, quando compreendida na linha da teoria do conhecimento, não pode se colocar no mesmo plano da convicção de verdade.

A lei fala em “verossimilhança da alegação” e não exclusivamente em verossimilhança. Portanto, o termo alegação assume conotações de meio legal de prova, em critérios lógico-jurídicos não vedados, como apto a explicitar o elemento de prova calcado em instrumento formalizado. A prova é instituto jurídico de demonstração e não a evidência em si mesma.

A verossimilhança envolve não só *questiones facti*, mas, também, *quaestiones iuris*. Configura-se pela articulação jurídica entre o instrumento pré-existente (documento judicial ou extrajudicial: gráfico, técnico, testemunhal, fotográfico, sonoro ou sensoriável) e o procedimento litigioso trazido a juízo, não cabendo puras alegações de probabilidade (não vinculadas a instrumentos). Sendo assim, no instituto processual da antecipação de tutela, a lógica autorizada em lei (alegações) tem natureza indutiva, tendo em vista que a hipótese de verossimilhança só pode ser levantada com prévia base empírica, tanto no início como durante o *iter* processual.

Desta forma, a existência de prova inequívoca (§1º, artigo 273) é fundamento legal e antecedente lógico-jurídico da verossimilhança, visto que a ausência de prova inequívoca impossibilitaria o convencimento pela verossimilhança. Teoriza-se, por conseguinte, que a inequívocidade da prova é pressuposto procedimental-essencial da caracterização da verossimilhança da alegação.

Conclui-se que a expressão "verossimilhança das alegações" refere-se à existência

demonstrada dos conteúdos legais da prova (elemento, meio, instrumento), como matéria necessária das "alegações".

Ademais, o julgamento provisório com base na verossimilhança das alegações envolve uma margem de risco, que deverá ser limitada no exercício da jurisdição, através do bom senso do magistrado, observando-se, conforme manifestou Cândido Rangel Dinamarco, que:

[...] a certeza é outro dogma, zelosamente guardado e cultivado entre os juristas e na teoria do processo. Ela tem muito a ver com a verdade, da qual constitui manifestação subjetiva. Considera-se que existe certeza quanto a determinada proposição, quando a mente afasta os motivos divergentes, ou seja, aqueles que conduziriam a desacredita-la, para então racionalmente aceitar os motivos convergentes (disse-se também: 'a certeza está em vós, a verdade nos fatos'). [...]. Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera 'probabilidade', variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis do risco.³¹

2.1.3.4 Fundado receio de dano irreparável ou, alternativamente, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório

Além da prova inequívoca que fundamenta a verossimilhança das alegações, o legislador exigiu, como pressupostos alternativos, a irreparabilidade do dano ou, ainda, a existência de elementos que demonstrem que o réu não possui sérias razões para se contrapor ao pedido exordial (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório). Estes pressupostos alternativos são fundamentos para se requerer uma antecipação de tutela punitiva, na medida em que o pedido é motivado por ato ilícito praticado pelo demandado,

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

agora não mais apenas contra o interesse do demandante, mas também contra a própria função jurisdicional do Estado.

No inciso I do artigo 273, o legislador prescreveu a tutela de urgência, viável quando a demora na entrega da prestação jurisdicional cria o risco de sua inutilidade prática ao término do processo, ou mesmo, de sua reduzida efetividade. Já no inciso II do mesmo artigo, o legislador tratou da tutela de evidência, que deve ser aplicada aos casos em que a verossimilhança das alegações do autor se impõe, desde logo, ao espírito do juiz, sendo razoável, durante o curso do processo, a outorga, ainda que provisoriamente, do direito pleiteado ou, pelo menos, a subtração desse direito do réu. Sendo assim, a tutela diferenciada pode se orientar, ora pelo valor da urgência ora pelo valor da evidência, assim como pode contemplar simultaneamente os dois, pois, um não exclui o outro.

O “fundado receio” de dano irreparável previsto no inciso I do artigo 273 do CPC demanda dados concretos, atuais (iminentes) e grave (apto a fazer perecer ou prejudicar o direito pleiteado). Tais exigências são conseqüências lógicas decorrentes do princípio da necessidade.

Alternativamente ou cumulativamente ao dano irreparável, o legislador autorizou a concessão da tutela antecipada nos casos em que fique caracterizado o abuso de direito por parte do réu, ou seu manifesto propósito protelatório, pois, em determinados casos, a pena meramente pecuniária e a possibilidade de ressarcimento das perdas e danos não se mostraram suficientes. Tais requisitos, diante do conteúdo indeterminado para concessão da tutela antecipada serão observados caso a caso, através da conduta processual do réu, visando evitar que o mesmo se beneficie com a manutenção do *status quo* e que a pretensão requerida inicialmente seja ineficaz.

A concessão da tutela antecipada com base no inciso II do artigo 273 do CPC não

está diretamente vinculada aos pressupostos da urgência e do dano³². Trata-se da tutela de evidência que caracteriza mais um desdobramento da Teoria do Abuso de Direito, na medida em que recusa como defesa hábil aquela apresentada de forma infundada. O abuso do direito e o manifesto propósito protelatório estão diretamente relacionados à ética processual, à aparência do bom direito e à repulsa a expedientes temerários e fundamentados na má-fé, apresentando um caráter mais eficiente que as medidas punitivas referidas nos artigos 16 a 18 do CPC. Busca-se evitar que, em nome do direito de defesa, o réu obtenha vantagens indevidas e imorais. Assim, o que justifica a antecipação da tutela não é propriamente o propósito protelatório do réu, mas, sim, seu comportamento processual, através de seus atos e omissões, como por exemplo, ocultação de provas, não observância de diligências, simulação de doenças, entre outros. Nestes casos, se a demora do processo não beneficiasse o réu, evitar-se-ia o ajuizamento de inúmeras ações, resolvendo-se os problemas extra-oficialmente, sem o assoberbamento do Poder Judiciário.

Os recursos protelatórios são aqueles baseados em normas já declaradas inconstitucionais, em fundamentos adversos ao posicionamento sumulado nos tribunais, em alegações estereotipadas ou infundadas, com acúmulo de incidentes despropositados ou antagônicos aos sustentados em processo conexo, entre outros. Além da utilização de recursos protelatórios, a conduta temerária também pode ser extraprocessual, como no caso de reiterada retenção dos autos por tempo prolongado, fornecimento de endereços inexatos a fim de retardar intimações, prestação de informações errôneas, criação de embaraços à realização da prova pericial etc.

O abuso do direito enseja a prática de atos processuais reprováveis (artigo 14, III e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório, conforme já mencionado, refere-se ao comportamento do réu fora do processo, aos atos e omissões. Ambos estão mais evidentes,

³² Entretanto, de certa forma está sim em voga a urgência, tendo em vista que a antecipação da tutela garante a efetividade jurisdicional.

quando o bem da vida perseguido refere-se aos direitos fundamentais, pois, neste caso viola, entre outros, o princípio da igualdade.

Normalmente, a utilização do artigo 273, II, do CPC, ocorre no juízo de apelação e, neste caso, a tutela antecipada afasta o efeito suspensivo normal do recurso, permitindo-se a realização prática do determinado no provimento judicial recorrido.

2.1.3.5 Perigo de irreversibilidade da decisão

Segundo define Ernane Fidélis dos Santos: “A antecipação, muito embora deva guardar correspondência com a tutela pretendida, não carece de absoluta identificação nem vincula a ela a decisão final de procedência”³³.

Conforme disposto no artigo 273 do CPC, constituem-se pressupostos imprescindíveis para requerimento da tutela antecipada a prova inequívoca dos fatos arrolados, capaz de produzir no juiz um convencimento em torno da verossimilhança das alegações da parte, bem como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, abuso do direito de defesa ou mesmo manifesto propósito protelatório do réu, podendo, estes dois últimos requisitos ser alternativo ou cumulativo.

Além destes pressupostos, há um outro consistente na possibilidade de reverter a medida de antecipação, caso o resultado da ação venha ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação da tutela.

Contudo, tal requisito merece ser criticado. O legislador estabeleceu referido pressuposto baseado na técnica cautelar, cuja decisão, provisória por excelência, deva ser

³³ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 25, n. 97, p. 195-211, jan./mar. 2000.

sempre reversível. Ocorre que em alguns casos a tutela antecipada mostra-se irreversível, como nos casos de despejos liminares irreversíveis. Diante destes casos, surge o imbróglio entre a necessidade de concessão da tutela antecipada diante da prova inequívoca, da verossimilhança das alegações e do perigo de dano e a irreversibilidade da decisão. A questão tem sido decidida pela concessão da tutela antecipada, mesmo em casos irreversíveis, e pela possibilidade de reparação pelo beneficiário da medida, caso revogada posteriormente.

Mesmo diante da possibilidade de reparação, caso a medida concedida seja ao final revogada, a percepção literal do fenômeno da irreversibilidade do resultado pode aniquilar com o instituto da tutela antecipada, tendo em vista que essa reversão não pertence ao mundo das normas jurídicas.

Ademais, a irreversibilidade não pode apresentar um conceito exato, devido à variedade de situações fáticas. É um conceito eminentemente relativo.

O requisito da irreversibilidade da decisão antecipatória estará superado diante da constatação da “recíproca irreversibilidade”, ou seja, a não concessão da tutela antecipada gera situação irreversível para o autor, ao passo que a concessão torna o provimento irreversível ao demandado. Neste caso, cabe ao magistrado proteger o interesse preponderante, através do princípio da proporcionalidade, considerando-se as condições postas, inclusive os direitos fundamentais.

Em ação indenizatória contra Hospital (alegação de erro médico, não dispendo os pais da menor de recursos para a manutenção do tratamento), foi deferida a antecipação da tutela, consistente em pagamentos mensais com dispensa da prestação de caução. O Tribunal de Justiça do RS afastou o impedimento da irreversibilidade, porquanto deverá o julgador, “aplicando o princípio da proporcionalidade, estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em disputa sobre o outro, levando em consideração os valores sociais. [...] O risco do embargante com o deferimento da antecipação de tutela é infinitamente menor do que o risco da embargada com o indeferimento. De um lado tem-se o dinheiro, e de outro saúde (Emb. Decl. n.º 70008166431, TJRS, 6º C. Civ., rel. Des. Arthur Ludwig, ac. De 17.03.2004).³⁴

³⁴ Artigo de YARSHELL, Flávio Luiz. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 178.

Assim caberá ao magistrado, com prudência, ponderar em cada caso concreto os bens e valores colidentes, a fim de decidir em favor do que deve prevalecer à luz do direito.

Podendo a antecipação da tutela ser revogada a qualquer tempo, os efeitos da revogação são imediatos e *ex tunc*, raramente *ex nunc*, como no caso de alimentos provisionais. A restituição do *status quo ante* operar-se-á nos próprios autos, sendo que os danos, se for o caso, serão apurados e executados mediante ações autônomas de liquidação e execução.

2.1.4 Executividade da tutela antecipada

Torna-se essencial, nesta oportunidade, o estudo da execução prática do provimento antecipatório, pois, de nada adiantaria a concessão da tutela antecipada a sem a existência de mecanismos eficazes para sua concretização diante da realidade.

Inicialmente, cumpre consignar que o que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, tampouco a constituição e condenação, postuladas como tutela definitiva. O que realmente se antecipa são os efeitos executivos da futura sentença.

Nos termos do artigo 273, § 3º, do CPC, na execução do pedido deferido em antecipação de tutela, observar-se-á, conforme a natureza, o artigo 588, o artigo 461, §§ 4º e 5º, e artigo 461-A, todos do mesmo diploma legal.

O artigo 588 do CPC trata da execução provisória. Entretanto, a efetivação da tutela antecipada não é propriamente execução no sentido técnico, mas, sim, efeitos práticos antecipados visando a prevenção do dano, que normalmente ocorrerão nos próprios autos. Excepcionalmente, quando a decisão que antecipar a tutela não for cumprida nos próprios

autos em que fora prolatada, sua execução será em ação própria, com natureza de execução provisória. É o caso, por exemplo, de antecipação determinando o pagamento de quantia em dinheiro. Se não houve o cumprimento espontâneo, não haverá outra alternativa senão ajuizar ação de execução por quantia certa, hipótese em que o título executivo será a decisão interlocutória que antecipou a tutela.

Se o provimento antecipado tiver caráter condenatório, adota-se o processo de execução forçada provisória (artigo 588), nos próprios autos, independente de outro processo. Se tiver natureza executiva *lato sensu* ou mandamental, cujos efeitos das tutelas possam ser concedidos por meio de provimentos dessa natureza, dispensando-se a propositura de ação executória, a execução será feita no próprio processo de conhecimento, através de mandados e outros meios executivos que efetivem o direito da parte. Assim, em ambos os casos, diante da inexistência de outra ação autônoma, não há necessidade de citação, sendo os efeitos do provimento antecipatório imediatos na esfera do executado, com imediata realização dos atos executivos, cabendo ao réu apenas requerer eventual reconsideração da decisão antecipatória.

Ainda é controvertida a natureza do provimento antecipatório. Segundo Ovídio Baptista da Silva e Teori Zavascki, a decisão que concede a antecipação da tutela constitui-se num título executivo judicial. Entretanto, Luiz Guilherme Marinoni e Carreira Alvim sustentam que o provimento antecipatório reveste-se de intrínseca executividade e não é propriamente título executivo judicial, pois, não possui natureza condenatória, não exigindo, portanto, a propositura de uma ação de execução, além de não caber embargos de devedor e poder o executado, a qualquer tempo, através de simples petição, requerer a revogação da medida, tendo em vista o princípio da igualdade processual. Entretanto, prejudicando a medida, terceiros fora da relação processual, caberá a interposição de embargos de terceiro.

A Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001, aditou o artigo 520, garantindo a executividade e efetividade da antecipação de tutela em caso de apelação. As providências

adotadas para efetivação da antecipação do provimento não serão interrompidas pela interposição de recurso, sendo que nesta parte terá apenas efeito devolutivo.

A efetividade da antecipação da tutela, em regra ocorrerá *per officium iudicis*. Sempre que houver necessidade, utilizar-se-á dos meios executivos previstos no artigo 461, §§ 4º e 5º, tais como multa diária, busca e apreensão, remoção, desfazimentos de obras, proibição de atos nocivos, inclusive com requisição de força policial se for o caso, nos termos do artigo 579 do CPC. A resistência do demandado poderá, inclusive, configurar crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal), ou crime de prevaricação, em se tratando de funcionário público (CP, artigo 319), ou, ainda, crime de responsabilidade (CF, artigo 85, VII, Dec-Lei n.º 201, de 27-2-1967, artigo 1º, XIV). Entretanto, não cabe ao juiz civil a decretação da prisão do demandado por tais crimes, excetuando os casos de flagrância (CPP, artigo 302). A ação penal é própria de iniciativa do Ministério Público. Ademais, a possibilidade de prisão por estes crimes torna-se remota, pois, são afiançáveis e punidos com pena de detenção.

Sendo assim, os meios coercitivos, de ordem pecuniária, como imposição de multas, são mais eficazes. Neste contexto, quem injustificadamente resiste às ordens judiciais comete “ato atentatório à dignidade da justiça”, sujeitando-se ao pagamento de multa a ser fixada pelo juiz, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízos de outras sanções de outra natureza processual ou material (CPC, artigos 600 e 601).

Quanto à caução, na redação anterior do artigo 273, ela era dispensável, pois o § 3º do referido artigo expressamente excluía o inciso I do artigo 588. Mesmo diante desta exclusão, alguns autores como, por exemplo, Carreira Alvim e Cândido Dinamarco admitiam, conforme as circunstâncias do caso concreto e no exercício do poder geral de cautela, o condicionamento da tutela antecipada à prestação de caução, como nos casos em que há ao mesmo tempo a necessidade e o perigo de irreversibilidade da medida. Ainda que não se

exigisse expressamente a caução, se o autor ao final da ação restasse vencido, deveria responder pelos danos que viesse causar com a execução da tutela antecipada, incluindo o dever de indenizar no intuito de restabelecer o *status quo ante*.

Ocorre que a Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002, deu nova redação ao artigo 588 e ao artigo 273, ambos do CPC, resolvendo a questão da caução. A exigência da caução ficou expressa no inciso II do artigo 588 do CPC, para os casos que puder resultar grave dano ao executado (réu), como levantamento de depósito em dinheiro (já previsto anteriormente) e alienação de domínio (inserido pela Lei 10.444/2002).

O legislador dispensou expressamente a caução em casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de sessenta vezes o salário mínimo, quando presente o estado de necessidade, ou seja, quando o exequente demonstrar ser carente, necessitar da pecúnia e não ter condições de prestar caução. Tal estado de necessidade, em homenagem ao princípio da isonomia, será reconhecido utilizando-se as regras aplicadas à concessão do benefício da assistência judiciária, não demandando maiores elásticos.

A limitação dos sessenta salários mínimos representa apenas uma presunção relativa da situação de pobreza, de forma que o simples fato de a pretensão ultrapassar aquela quantidade não pode jamais motivar a rejeição sumária da tutela antecipada. Em se tratando de direitos fundamentais e evitando-se o perecimento dos mesmos, excepcionalmente, aplicando-se a analogia e a isonomia, deve-se dispensar a caução inclusive para valores superiores a sessenta salários mínimos. Por exemplo, seria o caso de uma pessoa pobre, necessitada de cirurgia de urgência, com custo superior ao limite de sessenta salários mínimos.³⁵ Além dos requisitos essenciais, estaria em voga a proteção ao direito fundamental à vida, à saúde e à dignidade.

Nos casos de antecipação de tutela que ensejam a expropriação de bem do

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 329.

requerido, com a transmissão de domínio, após avaliação do bem e prestação de caução idônea, poderá o autor preferir a adjudicação do bem ou mesmo providenciar por iniciativa particular a alienação (artigo 700, do CPC), evitando-se a submissão ao procedimento lento da hasta pública.

Finalmente, pode-se concluir que todos os efeitos da antecipação da tutela são de responsabilidade do autor, caso a decisão final lhe seja desfavorável, respondendo por todos os danos causados ao réu, independente da apuração de dolo ou culpa, por ser obrigação natural do sistema da lei. Em sentido contrário, Ovídio Baptista da Silva, afirma que ninguém poderá ser responsabilizado por se ter valido de uma faculdade legítima (artigo doutrinário Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva, Revista AJURIS, v. 72, n. 58; Da sentença liminar à nulidade da sentença, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 195-215).

2.1.5 Ausência de poderes discricionários do juiz na concessão da antecipação da tutela

Conforme especificados, os pressupostos essenciais (prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio dano de difícil reparação, abuso do direito, manifesto propósito protelatório e reversibilidade dos efeitos do provimento) para a concessão da tutela antecipada estão inseridos em conceitos abertos e indeterminados, adaptáveis aos diversos casos concretos.

No exercício da jurisdição, cumpre ao magistrado analisar o pedido de antecipação de tutela de acordo com seus pressupostos para concessão e os fatos concretos do processo sob o princípio da persuasão racional. Desta forma, ainda que o *caput* do artigo 273 do CPC empregue o vocábulo “poderá”, não é conferido ao magistrado a discricionariedade

na concessão ou não da antecipação da tutela. No momento da subsunção da norma ao fato, estando presentes os requisitos legais, é dever e não faculdade do juiz a concessão da tutela antecipada, mormente se o objeto do pedido envolver direitos fundamentais.

Tanto diante da concessão da tutela antecipada como em caso de indeferimento, o magistrado deve fundamentar sua decisão, expressando elementos convincentes e que proporcionem ao autor da ação a ampla possibilidade de defesa ao recorrer da decisão singular. Decisões subjetivas, em que simplesmente nega-se a tutela antecipada com base na inexistência de fundamentos legais, não podem ser suportadas, principalmente quando envolver diretamente direitos fundamentais. Tais decisões além de ferirem o princípio da motivação das decisões judiciais, impedem a ampla defesa por parte do autor, que novamente tem que se limitar a utilizar perante o tribunal *ad quem* os mesmos argumentos iniciais, pois, o juiz monocrático, ao indeferir a antecipação da tutela por falta de pressupostos legais, não indicou nenhum elemento concreto que pudesse ser melhor debatido e esclarecido pelo autor.

A Lei Maior, em seu artigo 93, inciso IX, garante o dever de fundamentação de todas as decisões judiciais sob pena de nulidade, visando afastar a arbitrariedade, bem como o cerceamento de defesa à parte prejudicada.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que:

Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, artigo 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é ‘inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais’: não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra.³⁶

Assim, devem ser refutadas decisões do tipo “diante da ausência dos requisitos legais, indefiro o pedido de antecipação de tutela”.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 217.631, da 1ª Turma. Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 09 de setembro de 1997.

Portanto, a concessão da tutela antecipada diante dos pressupostos legais, bem como a motivação da decisão que defere ou indefere a tutela constituem, além de um dever do órgão judiciário, um direito subjetivo processual do autor da ação. Em outras palavras, o que se conclui é que o magistrado tem, sim, ampla liberdade de investigação crítica, mas, no entanto, estando presentes os requisitos legais, cabe-lhe, no exercício da jurisdição, antecipar a tutela requerida.

2.2 Tutela cautelar

O processo, consistente em um conjunto de atos, caracteriza-se por ser o instrumento apto a realizar a atividade jurisdicional, que nada mais visa senão a composição do litígio entre as partes. A tutela cautelar se revela eficaz na medida em que garante a efetivação da função jurisdicional. Impede que durante o desenvolvimento do processo ocorram lesões ou danos aos interesses pendentes de apreciação e solução jurisdicional, garantindo a atuação estatal. Portanto, a tutela cautelar integra a atividade jurisdicional do Estado, proporcionando o resultado útil do processo.

A tutela cautelar também se torna um instrumento útil na efetivação dos direitos humanos e fundamentais, mormente quando não se têm de prontidão provas inequívocas que ensejem a verossimilhança das alegações. Conforme será demonstrado, em determinadas situações, sempre com o intuito de preservação do direito fundamental violado ou ameaçado, tornar-se-á oportuno a utilização do poder geral de cautela.

Segundo Galeno Lacerda, “a finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de

execução”³⁷. Ele não diferenciou a antecipação da prestação jurisdicional, da tutela que visa apenas assegurar uma pretensão, considerando ambas provimentos de ordem cautelar. Estabeleceu como característica básica da medida cautelar o *periculum in mora*.

Por outro lado, o Prof. Calmon de Passos³⁸, estudioso do processo cautelar, diferenciou o que chama de “tutela preventiva substancial”, daquilo que chama de “tutela preventiva processual”. Na chamada “tutela preventiva substancial”, assegura-se um bem da vida, objeto de interesse do direito material, enquanto que a “tutela preventiva processual” assegura o resultado útil do processo. Segundo Calmon, a antecipação do bem da vida somente poderá ser realizada mediante liminar de “caráter assecuratório”. Não prevê uma ação sumária antecipatória para situações em que não se pode tutelar o direito através das ações de conhecimento e execução. Desta forma, seu raciocínio não se fecha, pois, alguns direitos, que somente subsistem diante de uma tutela urgente e imediata, ficam desamparados.

Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior³⁹, entende ser o processo cautelar um processo de existência provisória e dependente de um processo principal que trata da pretensão definitiva. No processo cautelar, não há julgamento de mérito, não ensejando coisa julgada material.

Cumprе consignar a posição do processualista Ovídio A. Baptista da Silva⁴⁰. Ele estabeleceu a exata separação entre as medidas que satisfazem por antecipação e as que protegem sem satisfazer. Entende ser a tutela mandamental a única forma de tutela sumária, porque somente nesta haverá ausência de cognição capaz de declarar a existência do direito afirmado como provável. Ao contrário deste posicionamento, Luiz Guilherme Marinoni⁴¹

³⁷ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 8, t. 1, p. 15.

³⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. São Paulo: Forense, 1998.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: LEUD, 1989, p. 63.

⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Lejur, 1986, p. 65-68.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 51.

entende que não só a sentença mandamental, mas também a condenatória pode ser proferida com base em cognição sumária e não gerar a declaratoriedade suficiente à produção de coisa julgada material. Marinoni não admite, ao contrário de Ovídio A. Batista, que não possa existir sentença condenatória sem eficácia satisfativa no plano jurídico. O que diferencia a sentença antecipatória da sentença proferida em procedimento de cognição exauriente é exatamente a espécie de cognição e não a mandamentalidade.

A inadmissão da tutela satisfativa em cognição exauriente, desampara as pretensões urgentes que demandam a imediata realização do direito material. Por outro lado, o fato de admitir-se a tutela satisfativa em cognição exauriente não implica em atribuir a esta tutela a nota de definitividade.

Kazuo Watanabe⁴² aprofundou-se no estudo da “referibilidade” do processo cautelar ao processo principal. Segundo o eminente jurista, a referibilidade apresenta graus de intensidade, podendo o processo cautelar em situações especiais abranger, inclusive, matéria relativa ao processo principal, como por exemplo, a sustação do protesto de cambial por defeito formal do título constatável *prima facie*. Tal posicionamento não é aceito por Ovídio A. Batista que difere a referibilidade da satisfatividade, na medida em que, não havendo referibilidade há satisfatividade, o que para ele não é aceitável em ação cautelar.

Há ainda, situações em que o direito é *prima facie* evidente, e nestes casos não se trata de cognição sumária, mas, sim, de cognição exauriente mediante procedimento acelerado, como no caso do mandado de segurança e do julgamento antecipado da lide. Nestas situações, basta um provimento liminar em um processo de cognição exauriente e não de um provimento liminar em processo de cognição sumária, seguido por processo de cognição exauriente.

Após todas estas considerações pode-se, *in initio*, concluir que a tutela cautelar

⁴² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

tem por fim assegurar uma pretensão e não satisfazê-la.

2.2.1 Características fundamentais da ação cautelar

Urgência

Tutela de urgência é o gênero, sendo que as tutelas cautelares, assim como a tutela sumária antecipatória e o mandado de segurança, são espécies deste gênero. Todas estas espécies se inter-relacionam, pois todas têm como elemento essencial a urgência derivada do *periculum in mora*.

Preventividade

O processo cautelar tem natureza nitidamente preventiva em relação à pretensão do processo principal. Entretanto, a preventividade não é característica exclusiva da cautelar, pois, a própria antecipação da tutela também é marcada por seu caráter preventivo. Ocorre que neste caso, ao prevenir, antecipa-se a pretensão que seria concedida ao final e, naquele, previne-se eventual frustração da pretensão concedida. Assim, nem todas as ações que têm caráter preventivo serão cautelares.

Sumariedade formal e material

A tutela cautelar por ter como requisito a urgência necessita de uma forma de procedimento abreviado, em sentido formal e material. O procedimento abreviado em sentido formal reclama uma abreviação do procedimento que não tem uma necessária interferência com a cognição, que pode ser, inclusive, exauriente. Em sentido material, a abreviação do procedimento exige uma sumariedade da cognição.

Nas tutelas cautelares não é necessária a demonstração de certeza do perigo de

dano, bastando a urgência e *fumus boni iuris*.

Aparência

A tutela cautelar tem como pressuposto, além do *periculum in mora*, o *fumus boni iuris*, ou seja, a aparência do bom direito. Se as provas existentes indicarem mais que o *fumus*, ter-se-á mais que aparência, ou seja, a evidência do direito. Nestas situações não é viável o procedimento cautelar, sendo cabível, por exemplo, o julgamento antecipado da lide. Sendo assim, a aparência do direito é pressuposto tanto da medida cautelar como da tutela antecipatória, só que em graus diferentes.

Temporariedade e provisoriedade

Provisório é aquilo que serve apenas até que sobrevenha o definitivo. O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo, nada existindo para substituí-lo. A medida cautelar será temporária em situações de perigo, enquanto que a tutela antecipatória será sempre provisória, pois aguarda a tutela exauriente.

Segundo dispõe Ovídio A. Batista da Silva:

A exigência de que a tutela cautelar não crie uma situação fática definitiva, ou uma situação cujos resultados sejam irreversíveis, é uma contingência que promana de sua característica de ser uma forma de tutela processual que deverá perdurar enquanto dure o estado perigoso, não podendo ultrapassá-lo no tempo, sob pena de tornar-se arbitrária e lesiva ao direito da parte que a suporta.⁴³

Neste contexto, as decisões proferidas em ações cautelares estão condicionadas à permanência das situações de fato ensejadoras da medida, podendo, a qualquer tempo, serem modificadas ou revogadas, caso haja modificação das circunstâncias, conforme dispõe o artigo 807 do CPC. Nos termos do artigo 808 do CPC, se ocorrer a modificação ou revogação da medida, é vedado à parte repetir o pedido sob o mesmo fundamento. O mesmo pedido não pode ser renovado diante da autonomia do processo cautelar, que tem características e

⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

requisitos próprios, impossibilitando a rediscussão da mesma matéria.

Inexistência da coisa julgada material

A tutela cautelar não tem aptidão para produzir coisa julgada material. Isto porque a matéria tratada na cautelar não abrange a totalidade da lide nem da relação jurídica material. Aliás, a sentença cautelar não aborda relação jurídica que possa ser controvertida na demanda principal.

Entretanto, o que ocorre é que o processo cautelar impede a renovação do pedido com idêntico fundamento, com base no princípio que proíbe o *bis in idem*, aplicável a todos os ramos do direito. O que não enseja coisa julgada material.

A sentença proferida na ação cautelar se reveste de definitividade e somente transita em julgado quando aborda questão que fere substancialmente o direito do autor. Assim, a sentença cautelar somente faz coisa julgada material nos casos em que acolhe a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

Fungibilidade das medidas cautelares

Antes de analisarmos propriamente a fungibilidade das medidas cautelares, cumpre consignar questão acerca da possibilidade de determinação da medida *ex officio*. É pacífico na doutrina a possibilidade de concessão da medida de ofício no curso do processo principal, já ajuizado. Excepcionalmente, em casos de extrema relevância que envolvam direitos fundamentais, admite-se a concessão da medida cautelar de ofício, pois, acima de tudo estar-se-á garantindo a eficácia e efetividade da prestação jurisdicional, bem como o equilíbrio processual.

Assim, poderá o juiz conceder medida diversa da solicitada pela parte ou mesmo adequá-las de ofício à situação descrita na inicial, além de revogá-las a qualquer momento, quando pertinente (existência de novas circunstâncias).

Autonomia procedimental

Por ter um fim específico independente da procedência ou não do processo principal, o processo cautelar possui autonomia dogmática e estrutural, na medida em que tem identidade própria, finalidade específica e autonomia procedimental.

Como qualquer procedimento judicial, o processo cautelar está sujeito aos pressupostos processuais, devendo as partes serem legítimas e estarem legitimamente representadas para ajuizamento do processo no juízo competente. Em alguns casos, em razão da urgência, admite-se o deferimento do pedido *inaudita altera pars*. Entretanto, a relação processual somente se estabelece com a citação do réu.

O processo cautelar também é autônomo em relação ao processo principal no que se refere às condições da ação, pois tem como condições essenciais o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Ademais, o resultado do processo cautelar não vincula a sentença proferida no processo principal, conforme já demonstrado.

Sendo assim, a ação cautelar é autônoma em relação à ação principal, em todos os sentidos, ainda que se justifique pelo fim a atingir em outro processo.

Instrumentalidade (accessoriedade material) e referibilidade

A finalidade da ação cautelar é justamente garantir o pleno exaurimento e satisfação de eventual provimento da ação principal. Em outras palavras visa assegurar a pretensão principal. A ausência da instrumentalidade seria a ausência de ligação, ensejando a insatisfação e, portanto, a inexistência de cautelaridade. Entretanto, não é necessário demonstrar a existência efetiva do direito postulado no procedimento principal, pois, ao processo cautelar, basta a “aparência de um direito”.

Ao contrário, a tutela antecipatória não tem como característica a instrumentalidade porque não serve a nenhum outro processo.

A medida cautelar é acessória por servir a um outro processo pendente ou futuro.

Seu objeto sempre estará relacionado com o fundamento do pedido principal.

Excepcionalmente, é possível que a ação cautelar esgote suas finalidades, como nos casos de vistorias *ad perpetuam rei memoriam*, buscas e apreensões e guarda de filhos. São as chamadas cautelares satisfativas. Nestas situações, a ação cautelar independe da propositura de ação principal e, portanto, não ocorre a decadência para o ajuizamento deste no prazo de trinta dias.

A cautela pode ser aparentemente executiva no caso da medida de arresto. Pode ser tipicamente condenatória quando impõe uma prestação, conforme ocorre com os alimentos provisionais. Também poderá ter um efeito constitutivo, alterando a relação jurídica entre as partes diante do pedido de separação de corpos. A cautelar terá ainda um caráter declaratório quando ocorrem antecipações de prova e, por fim, um caráter inibitório, na medida em que se impede o titular de um direito de exercê-lo, como na sustação do protesto. Todas estas hipóteses demonstram a acessoriedade da medida cautelar em relação a uma ação futura ou pendente considerada *principaliter*.

Como consequência da instrumentalidade e acessoriedade, a medida cautelar também se reveste de referibilidade a um direito acautelado, ou seja, ao direito a que se dá segurança.

Revocabilidade

Finalmente, exceto nos casos em que a sentença cautelar abordar questões sobre o direito substancial, como nas hipóteses de prescrição e decadência do direito do autor, é intrínseca às medidas cautelares a revocabilidade. A duração do provimento cautelar dependerá da permanência ou não da situação de risco que ensejou seu deferimento.

Tanto a modificação como revogação da medida devem ser motivadas. Entretanto, uma vez revogada ou modificada, jamais poderá ser restabelecida sob o mesmo fundamento.

Em sendo viável, também poderá o juiz substituir a medida por caução, nos

termos do artigo 805 e 826, ambos do CPC.

2.2.2 Condições da ação cautelar - *fumus boni iuris* e *periculum in mora*

Antes de serem propriamente analisadas as condições da ação, verifica-se se estão presentes os pressupostos processuais para formação e desenvolvimento válido da relação processual. Os pressupostos processuais são requisitos extrínsecos da relação processual, sem os quais a relação jurídica não se aperfeiçoa, sendo, portanto, nula. Correspondem à capacidade das partes, à competência do juiz e à forma dos atos processuais.

Se perfeita a relação jurídica, passa-se às considerações acerca das condições da ação, que são requisitos intrínsecos de fundamentação da demanda.

A ausência, tanto dos pressupostos processuais como das condições da ação frustra o processo, ensejando sua extinção, sem julgamento de mérito. No primeiro caso, reconhece-se a nulidade do processo e, no segundo, a carência de ação.

No processo de conhecimento, a distinção entre julgamento de mérito ou extinção do processo sem sua apreciação é de grande relevância, tendo em vista a coisa julgada material, nos processos com julgamento de mérito. No processo cautelar, tanto o julgamento de mérito como o reconhecimento da carência de ação não implicam na coisa julgada material, podendo o juiz, a qualquer tempo, modificar ou revogar o conteúdo da medida cautelar deferida. Tampouco se admite ação rescisória contra sentença proferida na cautelar.

Assim, são condições para julgamento e obtenção da tutela cautelar:

- a possibilidade jurídica do pedido, que se refere a casos não proibidos por lei e inexistência de situação legal que torne o bem insuscetível da medida, como

por exemplo, a impenhorabilidade e inalienabilidade;

- legitimidade das partes, sendo a mesma legitimação do processo principal;
- o interesse processual legítimo, consistente na necessidade de se afastar o *periculum in mora*;
- aparência do bom direito, relativo ao *fumus boni iuris*, que configura o mérito da ação cautelar.

O *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* são, na verdade, as condições essenciais da ação cautelar que se confundem com o mérito. Decorrem do temor de dano jurídico em razão de uma situação objetiva de perigo, bem como da plausibilidade do direito invocado por quem pretenda segurança.

O *periculum in mora* é a primeira e mais importante condição para concessão da liminar e, posteriormente, da pretensão da cautelar. A criação do instituto cautelar está baseada primordialmente no decurso do tempo e na impossibilidade de exaurimento do direito por parte do autor diante da demora processual no reconhecimento de tal direito.

Ao perigo da demora deve ser acrescentado o fundado temor de risco efetivo de perecimento, desvio, destruição, deterioração ou de qualquer outra alteração no estado das coisas, pessoas ou provas necessárias para a eficaz satisfação do provimento final de mérito. O receio do dano deverá estar objetivamente fundamentado da forma mais precisa possível. Inobstante o fato de não se exigir o juízo de certeza, a alegação de receio de dano ao direito com a demora processual deve, no mínimo, ser plausível (justificável), ensejando um juízo de probabilidade e não de possibilidade de perecimento do provável direito, objeto do pedido principal.

Além do *periculum in mora* e do risco do dano, exige-se como condição para concessão da liminar em ação cautelar o *fumus boni iuris*, que nada mais constitui do que o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado. Vai além do

simples direito de ação garantido constitucionalmente.

A declaração da certeza do direito é função do processo principal, bastando para a concessão da medida cautelar a probabilidade. No processo cautelar, a existência do direito acautelado deve ser aferida em termos de probabilidade, através de um juízo menos aprofundado. Sendo assim, a concessão da providência cautelar não está condicionada à demonstração plena da existência do direito alegado pela parte.

Em resumida síntese, o *fumus boni iuris* cria um liame subjetivo entre o mérito do processo principal e o mérito da medida cautelar. Excepcionalmente, a absoluta coincidência de ambos dá origem à satisfatividade.

A plausibilidade do dano e do direito não pode ser apreciada livremente pelo juiz, mormente em casos onde discute-se direitos fundamentais. Dada a urgência da medida, cabe ao magistrado uma avaliação sumária sobre a plausível existência das condições da ação, pois, a existência ou não do próprio direito será concluída na sentença de mérito, proferida nos autos principais. Em todas as circunstâncias, as decisões judiciais deverão ser motivadas, considerando-se, nas diversas situações, o equilíbrio entre as partes.

A sentença no processo cautelar se dá à luz tanto do *periculum in mora* como do *fumus boni iuris*, que constituem o conteúdo meritório da providência cautelar. Portanto, é de improcedência a decisão que negar o pedido e não uma decisão que declara a carência de ação, produzindo apenas coisa julgada formal e não material.

Ademais, a sentença proferida na ação cautelar limita-se a deferir ou não a medida preventiva postulada, sem, no entanto, antecipar qualquer juízo prejudicial ao mérito da ação principal. Portanto, o mérito do julgamento da ação cautelar não fere o mérito da causa e nem faz coisa julgada material, com exceção da sentença que acolhe alegação de decadência ou prescrição do direito do autor, tendo em vista o princípio da economia processual, nos termos do artigo 810 do CPC.

2.2.3 Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar

Tanto a tutela antecipada como a cautelar são tutelas preventivas, fundamentadas na matriz constitucional refletida no artigo 5º, XXXV, que assegura proteção jurisdicional não apenas em caso de lesão, mas, sim, conforme já mencionado, em caso de ameaça ao direito. As tutelas preventivas visam proteger de forma direta e imediata o direito material. Funcionam como mecanismos de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito.

As tutelas de urgência são calcadas nos juízos de verossimilhança, isto é, são baseadas na técnica da cognição sumária. Para que isto ocorra, é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos, que serão enumerados a seguir: a) *fumus boni iuris*, que consiste na verificação efetiva de que a parte realmente dispõe da viabilidade da realização de um direito ameaçado por um dano iminente. b) *Periculum in mora*, é o risco, o perigo, deterioração da coisa, em função da demora da tutela jurisdicional. c) Tem-se, ainda, a possibilidade de concessão de medidas urgentes, em razão das peculiaridades de um determinado direito, são as chamadas liminares nos procedimentos especiais, por exemplo: liminares no mandado de segurança, ações possessórias, dentre outras. No caso específico do mandado de segurança, temos duas técnicas que não podem ser confundidas, sob pena de invalidar todo o procedimento: a primeira técnica é a sumarização da cognição do juiz no plano vertical que dá origem às verdadeiras sentenças satisfativas sumárias e, a segunda, é a cognição exauriente *secundum eventum probationis*. Se todos os documentos estão presentes, proporcionando, desta forma, a análise e a conseqüente demonstração do direito líquido e certo, a sentença do *mandamus* é proferida com base em cognição exauriente.

Cognição nada mais é que a aquisição de um conhecimento. O magistrado, no

decorrer do processo, toma conhecimento de todo o conjunto probatório existente nos autos. A cognição pode ter grau de intensidade vertical ou de amplitude horizontal, obedecendo a peculiaridade de direito material a ser tutelada. A cognição no plano vertical que liga a produção de provas necessárias ao conhecimento do caso concreto é, por sua vez, classificada em cognição exauriente, sumária e superficial. É desenvolvido um conjunto de atividades jurisdicionais para certificar ou não a existência de um direito posto em questão. A cognição exauriente é típica dos procedimentos que objetivam o desfecho definitivo do conflito trazido ao juiz, pois permite a produção de todas as provas necessárias para a solução do litígio. Privilegia a segurança jurídica. A cognição sumária é aquela característica dos juízos de probabilidade, como por exemplo, o procedimento cautelar e a antecipação da tutela do artigo 273 do Código de Processo Civil, em conformidade com as palavras que a lei menciona: prova inequívoca e verossimilhança da alegação. A probabilidade é a situação em que ocorre a preponderância dos motivos convergentes sobre os motivos divergentes em relação à aceitação de determinada proposição. É menos que a certeza, porque os motivos divergentes na probabilidade ficam somente suplantados e não afastados. Por fim, temos a cognição superficial, típica das liminares (com exceção das liminares proferidas em mandado de segurança, em que se exige cognição sumária do magistrado). Deve-se salientar que nos denominados procedimentos materialmente sumários a decisão liminar terá uma cognição mais superficial que na sentença sumária. Na decisão liminar, ocorre a preponderância da verossimilhança, porque o fato poderá ser demonstrado através das provas permitidas pela instrução sumária, como ocorre, por exemplo, nas decisões liminares *inaudita altera pars*, proferidas nos procedimentos cautelares. Quanto à cognição no plano horizontal, tem-se a cognição plena ou ilimitada e parcial ou limitada que se referem à amplitude do conhecimento do juiz de toda extensão fática do conflito de interesses.

A tutela cautelar visa assegurar o resultado útil do processo principal. Portanto,

trabalha com cognição sumária e, por sua vez, não viabiliza a satisfação do direito. Do contrário, na tutela antecipada não se pretende assegurar o resultado útil do processo principal e, sim, a própria satisfação do direito afirmado.

É preciso também estabelecer de forma precisa a distinção entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar.

O instituto da antecipação de tutela, que possui raízes históricas no clássico Direito Romano, tem sido utilizado na Itália, França, Suíça e Alemanha há mais de quarenta anos, não sendo, portanto, um instituto novo em todo o mundo. No Direito Comparado, podemos detectar origens do instituto na Itália. Conforme já informado, o direito comparado contemporâneo admite tranqüila e maciçamente que o perigo obstaculável pela tutela cautelar (*periculum in mora*), tanto pode afetar o processo pendente como o direito material subjetivo do litigante. Não fixa diversidades essenciais entre tutela cautelar e tutela antecipatória, reunindo-as como simples espécies de um mesmo gênero de tutela jurisdicional.

Em nosso direito pátrio, na tutela antecipatória, o juiz profere uma decisão que concede ao autor o exercício do próprio direito por ele afirmado. Tais medidas possuem evidente caráter satisfativo, pois incidem sobre o próprio direito discutido na lide, e não constituem meios processuais para garantir o futuro provimento jurisdicional, como, aliás, ocorre nas medidas cautelares. Como ficou explicitado, o juiz julga a antecipação de tutela com base no juízo de probabilidade. Embora o artigo 273 mencione verossimilhança, na verdade, tal locução significa que o julgador ficará imbuído com sentimento de que a realidade fática pode ser como descreve o autor. A decisão que concede a antecipação de tutela é discricionária? Tal questão vem atormentando os juristas, pois discricionariedade é um conceito próprio do direito administrativo e não compactua com os ditames do processo judicial que é motivado por natureza, uma vez que a própria Constituição Federal prevê que as decisões judiciais serão motivadas. O que ocorre é que o juiz estabelecerá critérios para a

outorga da antecipação da tutela e esta, por sua vez, poderá ser parcial ou total, na medida que a própria lei expressamente confere ao magistrado a possibilidade de revogar ou modificar a medida a qualquer tempo (antes da sentença final). Daí porque a antecipação é provisória. A provisoriedade decorre da própria cognição sumária, que é aplicada neste caso.

A característica básica informadora da tutela cautelar é a sua instrumentalidade, que significa que a medida cautelar não possui um fim em si mesma, mas sua existência serve para garantir que a futura prestação jurisdicional seja profícua, na medida em que se tutela o próprio processo. A sua acessoriedade decorre da existência ou da probabilidade de um processo principal. A provisoriedade também é característica das cautelares, porque o provimento cautelar destina-se a preservar determinada situação durante um espaço de tempo limitado. Tal espaço de tempo é delimitado entre a decretação da cautelar e a superveniência do processo principal. Entretanto, nem toda medida provisória é cautelar. As exceções estão contidas no livro que trata sobre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa do Código de Processo Civil e também em Leis Extravagantes, como, por exemplo, os interditos possessórios e o mandado de segurança. As liminares desses procedimentos possuem a natureza de entrega provisória e antecipada do pedido, é decisão de natureza satisfativa, embora precária.

Outra característica das cautelares é a revogabilidade, pois é um provimento de emergência, com a possibilidade de revogação, modificação ou substituição. Há de se destacar que decorre a mutabilidade e a revogabilidade da medida cautelar de acordo com seus próprios objetivos. Se desaparecer o contexto fático que levou à concessão da cautelar, cessa a razão de se acautelar o direito. A existência da cautelar está ligada à referibilidade a um direito. Esse direito deve ser então referido e protegido cautelarmente. Caso não exista um direito a ser acautelado, ter-se-á então uma satisfatividade, característica da antecipação de tutela no processo de conhecimento.

Nesse sentido, Victor A. Bonfim Marins⁴⁴ faz consignar os diferenciais entre a tutela cautelar e antecipação da tutela:

[...] a antecipação dos efeitos da tutela tem o escopo de implementar desde logo os efeitos práticos da sentença de procedência. Já, a tutela cautelar tem por função assegurar a idoneidade do processo, complexivamente considerado.
[...] Esta é, conceitualmente, não satisfativa. Aquela, orientada ou preordenada a satisfação do direito ou da pretensão, muito embora ainda não satisfativa, porquanto não se sabe se o direito alegado existe.

Destarte, não obstante as distinções apregoadas pela doutrina, sustenta-se, com acerto, a fungibilidade dos provimentos de urgência, ou seja, na hipótese da parte invocar um dos institutos no lugar de outro, possível ao magistrado a substituição. O interesse maior é, sim, o direito almejado pelo postulante e não o formalismo processual.

Nesse sentido Humberto Theodoro Jr:

Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória.⁴⁵

Finalmente, cabe lembrar que o sustentáculo constitucional dessas tutelas encontra-se no artigo 5.º , XXXV, da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Sabemos que existe implícito neste artigo o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, na medida em que o Estado é obrigado a garantir ao jurisdicionado a adequada tutela jurisdicional a cada caso concreto. É certo que a

⁴⁴ MARINS, Victor A. Bonfim. **Tutela cautelar, teoria geral e poder geral de cautela**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 567-570.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutela e medidas cautelares - Tutela de emergência. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 253, p. 42-4, nov. 1998.

adequada prestação jurisdicional deve se somar a efetividade processual com o escopo de realizar a cognição da lide em um menor espaço de tempo possível, proporcionando desta forma o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual. Essas regras são importantes balizas que o Estado Democrático de Direito deve garantir ao cidadão procurando assegurar o máximo de estabilidade social nas relações jurídicas.

2.2.4 Poder geral de cautela

Ao atribuir o poder geral de cautela ao juiz, o legislador processual admite que não é possível prever todas as situações e hipóteses de risco e ameaça ao direito da parte.

Conforme será demonstrado, a função cautelar não fica restrita às providências tipificadas, pois o intuito da lei é impedir e evitar situações de perigo que possam comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Assim, nos termos do artigo 798 do CPC, utilizando-se do poder geral de cautela, poderá o juiz determinar outras providências provisórias adequadas, em caso de haver fundado receio de que uma das partes cause lesão grave e de difícil reparação a um determinado direito da parte contrária. Entretanto, este poder socorre o juiz somente em conjunturas excepcionais, em que o direito de uma das partes não poderá ficar desprovido de proteção, sob pena de se inutilizar o próprio processo principal como instrumento da justa composição dos litígios.

Ainda que a lei tenha conferido ao juiz o poder de determinar a providência provisória adequada, estando presente na pretensão o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não poderá se comportar de forma discricionária, sob pena de incorrer em arbitrariedade. Não há discricionariedade por parte do magistrado, pois assim como nas cautelares específicas,

presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, cabe ao magistrado conceder a medida cautelar inominada, que também tem como característica a instrumentalidade. Assim como na concessão da tutela antecipada, presentes os requisitos legais, não é facultado ao juiz o deferimento ou não da medida, cabendo-lhe o dever de concedê-la, especialmente em se tratando de direitos fundamentais, cuja eficácia é imediata e plena. Neste sentido leciona o Prof. Nelson Nery Júnior:

Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da cautela, pois tem o dever de concedê-la. É certo que existe certa dose de subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão da cautelar. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois não lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um.⁴⁶

Mesmo Ovídio Baptista da Silva, que admite a discricionariedade, impõe limites ao ato do juiz, conforme exposto:

Deve, contudo, o ato discricionário manter-se fiel à finalidade prevista em lei. Se o agente, sob o pretexto de valer-se de seu poder discricionário, pratica algum ato aberrante dos propósitos visados pelo legislador, de tal modo que os próprios fins pretendidos pelo preceito legal se frustem, então o ato será ilegítimo e eivado de abuso de poder.⁴⁷

O poder conferido ao juiz ao exercitar o poder geral de cautela não decorre de conceitos abertos facultados pelo legislador, tendo em vista a delimitação do campo de atuação do magistrado. Sendo assim, mesmo diante da subjetividade prevista no artigo 798 do CPC, a atuação do juiz através do poder geral de cautela encontra-se limitada, pois, não se pode antecipar decisão sobre a lide principal, tampouco conceder uma bem superior ou de outra natureza. Também é inaceitável a concessão de uma medida cautelar que se revele impraticável na execução da ação principal. Ademais, o poder geral de cautela não é

⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil**: comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Lejur, 1986.

incondicional, submete-se às mesmas condições da tutela cautelar típica quanto à evidência do *periculum in mora*, bem como do direito material preexistente, ou seja, o *fumus boni iuris*. Não se pode, ainda, decretar segurança atípica, quando prevista a segurança típica e não se admite tutela cautelar para suspender eficácia de decisão judicial. Finalmente, o poder geral de cautela encontra limite no artigo 131 do CPC, tendo em vista que o magistrado deverá sempre fundamentar sua decisão em preceitos legais, ainda que livre seu convencimento.

Desta forma, o poder geral de cautela não é ilimitado, pois conforme apontado acima, a ele se impõem restrições que devem ser observadas pelo juiz, tendo sempre como parâmetro a proporção entre a providência atípica e a prestação que se vislumbra no processo de mérito, diante da instrumentalidade. Em outras palavras, a subjetividade do artigo 798 do CPC se estanca diante da existência dos requisitos legais. Não se trata o poder geral de cautela de um ato discricionário, mas, sim, nos exatos termos expressos por Cândido Rangel Dinamarco, de “uma arma poderosa contra os males corrosivos do tempo no processo”.

Portanto, nenhuma margem de discricionariedade sobra ao magistrado. Presentes os pressupostos necessários à concessão da medida, é dever do juiz conceder a tutela cautelar inominada. A expressão “poderá” traduz, em verdade, obrigação do órgão judicial. Trata-se do princípio do livre convencimento motivado, previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil.

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial:

Medida cautelar inominada. Leis municipais. Eleição de diretores pela comunidade de ensino. Suspensão. Liminar. Pressupostos do artigo 798 do CPC presentes. Recurso improvido. Unânime. Estando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, na medida instrumental preparatória, cabe ao juiz, na sua discricionariedade e prudente arbítrio, deferir a liminar requerida, garantindo, assim, o resultado útil do processo.⁴⁸

Com o advento do poder geral de cautela do juiz, passou-se a discutir na doutrina

⁴⁸ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso n.º 117082500 da 6ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Cordeiro Cleve, Curitiba, PR, 03 de abril de 2002.

a possibilidade de o juiz determinar “medidas provisórias adequadas”, também para antecipar o próprio direito material requerido, e não só para o fim específico de garantia processual. Assim como Humberto Theodoro Júnior⁴⁹, nos direcionamos pela impossibilidade de se admitir medidas cautelares satisfativas, sejam elas específicas ou não, pois, as liminares antecipatórias, que já apresentam decisão satisfativa do direito, não têm natureza cautelar. Em outras palavras, o poder geral de cautela tem como finalidade exclusiva a garantia da utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Seu caráter é instrumental, portanto, não antecipa nada, não sendo hábil a autorizar qualquer espécie de execução provisória. Apenas garante o exaurimento total da procedência da pretensão.

Ao dispor acerca do conceito e da natureza jurídica da tutela antecipada, conforme já mencionado, o Prof. Nelson Nery Júnior leciona:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução ‘*lato sensu*’, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado expediente das impropriamente denominadas ‘cautelares satisfativas’, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa, é porque, *ipso facto*, não é cautelar. É espécie do gênero tutelas diferenciadas.⁵⁰

Se a situação demandar antecipação do direito material, utilizar-se-á da tutela antecipatória, nos termos do artigo 273 e não do poder geral de cautela, pois, de qualquer forma, para que haja uma antecipação do provimento final, os requisitos não podem ser os mesmos para os casos em que se busca apenas garantia da efetividade da prestação jurisdicional. Ademais, nos termos do artigo 273, § 7º, do CPC, admite-se a fungibilidade dos procedimentos, depois de instaurado o processo, através da provocação de uma das partes.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: LEUD, 1989, p. 65.

⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil**: comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 646.

Neste aspecto, cumpre destacar que o princípio da inércia da jurisdição somente será excepcionado, possibilitando-se a concessão *ex officio* das medidas cautelares inominadas, quando se tratar de interesses públicos, incluindo direitos humanos e fundamentais e o procedimento for incidental.

Vários doutrinadores, dentre eles destacando-se Nelson Nery Júnior, admitem o deferimento, de ofício, pelo juiz da tutela cautelar inominada incidental, desde que haja a devida harmonia entre os artigos 2º, 797, 798 e 799, todos do Código de Processo Civil, no sentido de ser respeitado o princípio da demanda. Sendo assim, conclui-se que, uma vez já provocada a atividade jurisdicional com o ajuizamento da ação, no curso do processo, poderá o juiz, *ex officio*, determinar medidas cautelares para assegurar a efetiva realização do processo de conhecimento ou de execução.

Referido posicionamento está em plena consonância com o direito constitucional, consistente na garantia à adequada prestação jurisdicional.

No mesmo sentido, posiciona-se Vicente Greco Filho⁵¹:

b- nos próprios autos do processo de conhecimento ou de execução, quando uma situação de emergência exige a atuação imediata do juiz independentemente de processo cautelar e mesmo de iniciativa da parte. Esta segunda forma de manifestação do poder cautelar geral do juiz tem sido menos estudada pelos autores, que desenvolvem mais sua preocupação sobre as medidas inominadas a serem decididas em procedimento cautelar formal.⁵²

Cumpre observar que uma leitura pura e simples do artigo 798 do CPC poderia levar a uma conclusão no sentido de que as medidas provisionais seriam exclusividade do processo de conhecimento, tendo em vista que a norma dispõe que a medida será tomada quando “houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 156.

⁵² Essa posição já era defendida por Vicente Greco Filho, quando ainda exercia a Procuradoria de Justiça, nos idos de 1984, em artigo Notas sobre Medidas Cautelares e Provimento Definitivo, na revista *Justitia* editada pelo Ministério Público de São Paulo, n. 125, p. 88.

A expressão “antes do julgamento da lide”, a princípio, implicaria em excluir o processo de execução e o próprio processo de cautelar. Entretanto, a interpretação das normas deve ser sistemática, ou seja, estar em plena sintonia com todos os dispositivos legais, em especial, com o conjunto de princípios em voga. Além disso, considerando-se que a lei deve sempre cumprir uma finalidade, ganha corpo a interpretação teleológica como o método superior de exegese. Neste contexto e diante da prestação efetiva da atividade jurisdicional, não cabe interpretação restritiva do dispositivo. Tendo sido concebida a tutela cautelar sob as bases do pensamento de Calamandrei, ou seja, como proteção à eficácia do processo, seria um contra-senso negar a possibilidade de atuação do poder geral de cautela no processo de execução e mesmo no próprio processo cautelar, admitindo-se que estes processos não têm eficácia processual, bem como valorizando-se o direito decorrente de cognição exauriente. Por outro lado, o fato de o processo cautelar veicular pretensão de segurança de outro processo, não afasta a jurisdicionalidade das atividades operadas em seu bojo, requerendo o mesmo zelo por parte do Estado Juiz. Assim, inobstante a dicção do artigo 798 e diante da efetividade da prestação jurisdicional, admite-se a utilização do poder geral de cautela, tanto no bojo do processo de execução como no cautelar.

Por fim, é possível concluir que o poder geral de cautela é um dos instrumentos para o efetivo desempenho da função do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

2.2.5 Provimento cautelar como instrumento de celeridade do processo

Através da Emenda Constitucional nº 45/04 (08/12/2004), acrescentou-se o novo inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “LXXVIII - a

todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Estas referências postas pelo novo dispositivo quanto à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação conduzem à aplicação, além de outras medidas, de medidas cautelares como meio de assegurar, no âmbito processual, a celeridade da tramitação e, no âmbito de direito material, a garantia da efetiva tutela pretendida.

Conforme já mencionado, o provimento cautelar condiz com a tentativa de vencer a marcha inexorável da dimensão do tempo, obtendo-se uma decisão final útil.

Piero Calamandrei classificou as cautelares nas seguintes modalidades:

- instrutórias, em que se antecipa a produção de provas, como no procedimento da vistoria *ad perpetuam rei memoriam* ou a oitiva de pessoa que, provavelmente, não poderá aguardar a audiência de instrução;
- tendentes a garantir a efetividade do próprio processo, como o arresto e o seqüestro;
- cauções, como aquela do artigo 835 do Código de Processo Civil, aliás incompatível com o direito de acesso à jurisdição nesta época globalizada, ou como as que servem de contra-cautela, a neutralizar o risco que a efetivação de outra cautelar possa trazer ao requerido, como por exemplo, o depósito prévio na ação rescisória; e, finalmente,
- medidas provisionais, ou antecipatórias da tutela definitiva em que se adianta o provimento judicial que se espera ao final da causa, como, por exemplo, a liminar *initio litis* na ação possessória e no mandado de segurança, as antecipações referidas nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, e a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, prevista no artigo 312 da lei processual penal.

Sendo assim, vislumbra-se abrangente o campo de atuação do magistrado e do administrador em sede cautelar. O provimento cautelar torna-se instrumento de celeridade processual na medida em que o Estado Democrático de Direito reclama a pronta resposta dos órgãos estatais. Cada vez mais, a atividade cautelar é posta no centro do turbilhão de conflitos que exigem solução urgente, como, por exemplo, para impor a transfusão de sangue a paciente em periclitacão de vida, embora os seus parentes, por convicção religiosa, abominem tal prática.

Além da plausibilidade do alegado direito e da urgência do provimento reclamado para a concessão da cautelar, exsurge também como requisito a adequada proporcionalidade⁵³ entre os efeitos do provimento e a tutela do direito em periclitacão, já prevista em leis específicas sobre a cautelar contra a Fazenda Pública. Esta aferição da proporcionalidade transcende o mero caráter econômico, pois, tem por escopo a valoração dos bens postos em conflito, considerando-se a essencialidade dos mesmos. Ora, na medida em que se sopesam valores em conflito, atinge-se o liame entre o Direito e a Ética, sendo que esta é o fundamento daquele.

Conforme já especificado, não há que se falar em descabimento da cautelar, em qualquer das modalidades em que se apresente, pelo alegado caráter satisfativo. Isto porque o provimento cautelar é sempre satisfativo, mas tal satisfatividade é provisória, embora de eficácia imediata e dependente da ratificação posterior que decorrerá como efeito do trânsito em julgado da decisão definitiva. Tanto é assim que a lei processual institui a responsabilidade objetiva do requerente, com liquidação da indenização respectiva nos próprios autos da ação cautelar (artigo 811, CPC) e até mesmo admite expressamente a demolição de prédio para resguardar relevantes interesses sociais (artigo 888, VIII, CPC).

⁵³ Em resumida síntese, a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não concessão ao autor. Portanto, cabe ao magistrado perquirir prudentemente sobre o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares).

A cognição cautelar, de natureza sumária, busca não inviabilizar o provimento final, mesmo diante da demora da decisão. Portanto, se a solução final do processo exige lapso temporal que se mostra excessivo e vulnerador, tanto do interesse público e da dignidade da Justiça como dos direitos do administrado ou da parte em processo judicial, caberão ao administrador-juiz o dever de, nos limites de sua competência funcional, prover medidas que se mostrem adequadas, utilizando-se, inclusive, do provimento cautelar como instrumento de celeridade processual.

2.3 Tutela inibitória e sua aplicação processual

Conforme já exhaustivamente demonstrado, impõe-se aos direitos individuais e coletivos uma tutela condizente com a natureza do direito em voga, capaz de evitar ou conter de forma satisfatória a possibilidade de lesão. Neste contexto, insere-se a chamada tutela inibitória, voltada a prevenção do ilícito, ainda que danos não se verifiquem, como algo imprescindível à efetividade do Direito e à materialização do acesso à Justiça.

2.3.1 Histórico da tutela inibitória

Tanto na Itália como no Brasil, um dos principais óbices à efetividade do processo identificado pelos teóricos da nova processualística residiu na ausência de procedimentos

típicos para viabilizar a prestação de tutelas tendentes a inibir as lesões⁵⁴.

A doutrina tradicional baseada na escola chiovendiana, no processo civil clássico e no alargamento da relação entre processo e direito material, adotou contra o ato ilícito a técnica ressarcitória. Diante dos valores do Estado Liberal, incluindo a neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do *facere*, a tutela preventiva não foi objeto de autônomo estudo neste período. Nesta época, favorecia-se a liberdade individual bem como o direito subjetivo, de forma que somente ocorria a intervenção jurisdicional diante da efetiva violação do direito. A função preventiva, neste contexto, era excluída da jurisdição, pois, ampliava os poderes de controle do Estado-juiz, limitando a auto-regulamentação das relações jurídicas privadas. Ademais, a prevenção era considerada função administrativa do Estado e não jurisdicional.

A tutela preventiva foi sendo inserida no ordenamento jurídico na medida em que foram sendo firmados os direitos absolutos.

Alguns aspectos da proteção inibitória remontam em nosso ordenamento jurídico às Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 80, §§ 6 e 7, em que a parte que temia ou receava ser agravada poderia requisitar oficial ou extra-oficialmente a proteção a seu direito. As Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 62, §§ 5, 6 e 7, reproduziram as normas afonsinas, que também foram transferidas às Ordenações Filipinas, no Livro III, Título 78, parágrafo 5º que dispõe:

[...] se alguém se temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão, ocupar ou tomar as suas cousas, poderá requerer ao juiz que o segure a ele e as suas cousas do outro que o quiser ofender, a qual segurança o juiz lhe dará; e se depois dela ele receber ofensa daquele de que foi seguro, restituí-lo-á o juiz, e tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar por direito.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64 e 72-75.

No Brasil, a tutela preventiva ainda é timidamente utilizada. O *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular, apesar de apresentarem versões preventivas, são de uso restrito ao âmbito público. O mandado de segurança, especificamente, em razão de sua peculiar natureza, pode exercer função inibitória, principalmente em sua atuação preventiva, com escopo de prevenir a prática de ilegalidades e arbitrariedades.

Entre particulares, a tutela preventiva resumia-se à posse e à propriedade, ou seja, ao interdito proibitório previsto no artigo 932 do CPC e a nunciação de obra nova inserida no artigo 934 do mesmo estatuto. O artigo 932 do Código de Processo Civil dá guarida ao possuidor ao dispor que ao “possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”. Neste sentido, a sentença do interdito proibitório não tem natureza condenatória, mas nitidamente mandamental. No mesmo contexto, o artigo 934 e seguintes do Código de Processo Civil, que regulam a ação de nunciação de obra nova, em que poderá utilizar-se de inibitória para proibir a construção de uma obra ilícita. Ademais, também se destaca o artigo 554 do CPC, que estabelece proteção ao proprietário ou inquilino de um prédio para impedir, *sob cominação de multa*, que o dono ou inquilino do prédio vizinho faça dele uso nocivo à segurança, sossego ou saúde dos que naquele habitam.

Visando solucionar os casos concretos diante da ausência de procedimentos específicos, utilizou-se largamente das chamadas medidas cautelares, que passaram a não ser suficientes. Assim, a Lei 8.952, de 13/12/1994 deu nova redação ao artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro, positivando a atuação inibitória, viabilizando a prestação jurisdicional voltada à prevenção das lesões. Tal norma foi aperfeiçoada pela vigência da Lei 10.444, de 07/05/2002, que alterou parcialmente o referido artigo e acrescentou o artigo 461-A, passando o sistema processual civil brasileiro a contar com normas que viabilizam a tutela

específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Estas tutelas específicas visam impedir atos lesivos aos direitos subjetivos. E mais, o emprego da multa na sentença e na tutela antecipatória, viabiliza a tutela mandamental final e a tutela mandamental antecipatória, permitindo uma tutela preventiva adequada e efetiva aos direitos, notadamente, aos de conteúdo não patrimonial, instrumentalizando, no plano do direito processual, o direito à adequada tutela preventiva prevista constitucionalmente (artigo 5º, XXXV, da CF).

No âmbito coletivo, destaca-se o artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública, admitindo a tutela inibitória para fazer cessar a prática do ilícito, de atos nocivos suscetíveis de repetição, como por exemplo, a venda de produtos nocivos à saúde do consumidor. Também pode ser citado o artigo 213 do Estatuto da Criança e Adolescente, que admite, inclusive, a imposição de multa, de ofício ou a requerimento, para garantia da tutela inibitória antecipatória e final. Ainda, os artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor garantem ao consumidor a proteção, através de tutela inibitória preventiva (artigo 5º, XXXV, CF e artigo 6º, VI, CDC), contra o uso de cláusulas gerais e abusivas (artigo 6º, IV, CDC), proibindo ou coibindo o seu uso.

A tutela inibitória encontra fundamento no artigo 5º, inciso XXXV, da CF; no artigo 11, da Lei 7347/85 e no artigo 461, do Código de Processo Civil. Através de decisão de caráter mandamental, faz-se cessar a atividade nociva, ou seja, ilícita.

2.3.2 Distinção entre tutela ressarcitória e inibitória

A inibitória, assim como a ação ressarcitória, abrange tutela contra o ilícito. Entretanto, trata-se a tutela inibitória de uma tutela jurisdicional atípica idônea à prevenção do

ilícito. Constitui-se em uma medida preventiva, com o escopo de prevenir o ilícito. Portanto, a tutela inibitória apresenta-se como uma tutela anterior à prática do ilícito, e não como uma tutela direcionada ao ressarcimento em decorrência de ato ocorrido no passado. Em outras palavras, a inibitória tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Está voltada para o futuro. Não se volta à reparação do dano, ou melhor, a provar qual das partes deve suportar o custo do dano. Não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado.

Portanto, não se pode confundir a tutela inibitória com a tutela ressarcitória. Ainda que ambas são tutelas contra o ilícito, uma é preventiva e, a outra posterior ao dano, reparatória. Em geral, a tutela ressarcitória substitui o direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano verificado, buscando garantir a integridade patrimonial dos direitos, enquanto que a ação inibitória não tem qualquer caráter sub-rogatório, destinando-se a garantir a integridade do direito em si⁵⁵.

Neste diapasão assevera Marinoni:

Enquanto a ação ressarcitória pelo equivalente tem origem patrimonialista e individualista, a ação inibitória, ao contrário, mostra preocupação com os direitos não patrimoniais e com normas que estabelecem comportamentos fundamentais para o adequado desenvolvimento da vida social.⁵⁶

Durante muito tempo, fundamentado na estruturação do Direito Romano, entendeu-se que a função jurisdicional consistia exclusivamente na reparação dos danos decorrentes de violação de direitos subjetivos. A fusão entre ilícito e dano ensejou o entendimento de que o dano é reparado através do ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão. Esta unificação da categoria da ilicitude com a da responsabilidade civil impediu a doutrina de vislumbrar outras formas de tutela contra o ilícito, restringindo-se à tutela ressarcitória. Neste contexto, tem-se que o grande exemplo de tutela inibitória no direito

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

⁵⁶ Ibid., p. 64.

brasileiro consiste no interdito⁵⁷ proibitório, a refletir valores liberais clássicos e privatísticos.

A superação desta visão estritamente patrimonialista, de que o ilícito só se relacionava com o dano, foi ocorrendo com o advento da valorização da dignidade humana, ou seja, com a elaboração de normas que visam à proteção dos direitos fundamentais que, para serem efetivados, demandam a imposição de condutas positivas. Tendo sido os direitos fundamentais de cunho extrapatrimonial elevados ao grau de princípios constitucionais, assegurou-se-lhes respeito e perpetuidade, ao passo que o reconhecimento da atuação jurisdicional inibitória confere-lhes efetividade. Tais direitos, na maioria dos casos, ao serem violados, não podem ser recuperados.

A ocorrência efetiva do dano passa a ser desnecessária, uma vez que a simples ameaça de violação da norma já seria suficiente para a verificação de prejuízo, afastando a vinculação necessária entre ilícito e dano. A prevenção do ilícito, além de demonstrar a impotência da sentença condenatória⁵⁸ e acenar para uma nova classificação das sentenças, põe em voga o próprio conceito de ilícito e a aceitação de uma tutela que atue antes de sua ocorrência, confrontando o direito à prevenção ao ilícito e o direito de liberdade daquele que apenas pode praticar um ilícito e, conseqüentemente, caracterizando um autêntico conflito de valores.

Entretanto, compreendendo-se que a tutela jurisdicional contra o ilícito não se resume, necessariamente, a reparar o dano, abre-se oportunidade à construção de uma tutela inibitória atípica, destinada a evitar o ilícito.

Daí decorre a tutela inibitória que consiste em uma ação específica, visando

⁵⁷ O Interdito era uma ordem cautelar do magistrado no sentido de vedar um ato, em caso de interesse público ou para proteger a posse. Com a implementação da economia agrária e industrial, a questão voltou-se ao redor do direito de propriedade, que converteu-se no modelo típico de tutela inibitória.

⁵⁸ A classificação das sentenças em condenatória, constitutiva e declaratória, decorrente da doutrina italiana e da tradição jurídica do século XIX, na época da formação da escola sistemática.

conservar a integridade do direito, preservando lesões. Assume relevante importância na medida em que alguns direitos não podem ser reparados ou mesmo não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, como, por exemplo, nos casos em que estão em voga certos direitos fundamentais, como o direito à saúde e à própria vida, direito ao meio ambiente saudável, entre outros. De nada adiantaria a reparação do dano causado, se a própria existência já foi comprometida e o objeto não mais subsiste. Ademais, é mais interessante para a atuação do poder jurisdicional a prevenção do que o ressarcimento, evitando-se, quiçá, decisões sem eficácia prática nenhuma, ou porque não há mais como ressarcir ou por qualquer outro motivo.

A inibitória torna-se útil quando a proteção, abstratamente conferida pelas normas jurídicas que reconhecem direitos subjetivos, mostra-se insuficiente para evitar lesões e conferir efetividade à norma de direito material.

Outra peculiaridade no tocante a tutela inibitória consiste no interesse de agir, como condição da ação. Nos termos do entendimento chiovendiano, a ação necessitava de um fundamento jurídico atual, excluindo, a princípio, a admissibilidade de qualquer remédio jurisdicional de conteúdo preventivo. Ocorre que o interesse de agir da inibitória apresenta outro enfoque, na medida em que o que se busca é evitar ilícito irreversível, que é a exposição à violação dos direitos humanos.

Cumprido esclarecer que a tutela inibitória é requerida através de ação inibitória, que constitui ação de cognição exauriente. Entretanto, nada impede que a tutela inibitória seja concedida antecipadamente, no curso da ação, como tutela antecipatória. Ao contrário, considerando-se a natureza preventiva da inibitória, é fácil concluir que na maioria dos casos concretos apenas a inibitória antecipada poderá satisfazer o intuito da ação.

2.3.3 Integração entre as tutelas inibitória, cautelar e satisfativa

Antes de adentrar à questão propriamente dita, cumpre esclarecer que a tutela de urgência representa a atuação célere da jurisdição, concedendo ao particular uma proteção imediata e provisória, alicerçada em juízo de verossimilhança, ao qual se chega após cognição sumária, enquanto que a tutela definitiva seria a atuação da jurisdição, após cognição exauriente, oferecendo ao jurisdicionado, com base em um juízo de certeza e em caráter definitivo, a proteção almejada. Assim, sendo a inibitória uma ação de cognição exauriente, que proporciona a amplitude do contraditório e gera coisa julgada material, não se confunde com as tutelas de urgência, constituindo, pois, uma ação autônoma.

Os provimentos cautelares não se confundem com os provimentos preventivos. Um provimento não é cautelar apenas por ser preventivo. As semelhanças existentes entre as tutelas cautelar e inibitória é que ambas se orientam para o futuro e apresentam tônica preventiva. No entanto, conforme orientação de Marinoni⁵⁹, a inibitória, ao contrário da cautelar, que é instrumental e caracteriza-se pela cognição sumária, tem total autonomia e apresenta cognição exauriente. Sua finalidade também é diversa do fim visado pela cautelar, pois, o perigo na ação cautelar está relacionado com o risco da ação principal, enquanto o perigo na inibitória está relacionado com o dano efetivo do bem material. No mesmo sentido, manifesta-se Calamandrei⁶⁰:

[...] es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. Em ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 1998, p. 50.

⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1945, p. 40-41.

la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos, en contraposición a la tutela sucesiva o represiva, de tutela jurisdiccional preventiva, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico: el caso más notorio de este tipo de juicios preventivos se tiene en la figura de la condena en futuro, admitida también en nuestro derecho; pero el ejemplo no es único.

E conclui o grande mestre:

[...] en estos casos de tutela preventiva no estamos, sin embargos todavía en el campo de la tutela cautelar; en efecto, si se prescinde del momento del interés (que nace aquí del peligro en lugar de nacer de la lesión del derecho), nos encontramos todavía frente a casos de tutela ordinaria, con efectos definitivos.

Através da tutela cautelar, pleiteia-se a atuação do Estado no sentido de assegurar que o direito subjetivo seja plenamente exercitado. Portanto, apenas assegura e não satisfaz o direito subjetivo. Por outro lado, advém a necessidade de o direito ser efetivado no plano concreto das relações humanas. Daí decorre a tutela satisfativa presente quando for possível materializar os comandos inseridos nas normas jurídicas.

Diante desta breve exposição, conclui-se que a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa não se contrapõem à atuação jurisdiccional tendente à concessão de tutela inibitória ou ressarcitória. Ao contrário, são complementares, sendo que cada uma delas abrange um aspecto da atuação jurisdiccional, podendo ser aplicadas sistematicamente. Assegurar ou satisfazer a pretensão do particular, inibir a violação da norma ou reparar a lesão ocorrida são atividades complementares que se combinam. Sendo assim, é plenamente possível a concessão de uma tutela simultaneamente cautelar e inibitória quando se procede ao arresto dos bens de um pretense devedor, de modo a impedir que qualquer lesão seja perpetrada ao direito do credor, assegurando o adimplemento de seu crédito. Ademais, quando alguém busca impedir que uma casa de shows inicie suas atividades, visa à obtenção de tutela inibitória e satisfativa, prevenindo-se lesão a direito consistente na não produção de ruído excessivo em zona exclusivamente residencial. Assim, se o provimento final for concedido

antecipadamente, no momento da instauração da relação processual, estará caracterizada prestação de tutela de urgência, neste caso, revestida de natureza inibitória.

A norma do § 3º do artigo 461, CPC, regulamenta especificamente a prestação de tutela inibitória em caráter urgente, ora cautelar, ora satisfativa.

Desde já, podemos concluir que a tutela inibitória, consistente na atuação da jurisdição que objetiva prevenir violações às normas jurídicas e as subseqüentes lesões aos direitos delas decorrentes. Difere-se da tutela ressarcitória, em que a atuação jurisdicional ocorre através da reparação dos danos verificados como consequência de violações a normas jurídicas. Também a tutela inibitória não exclui a tutela cautelar, que seria a atuação da jurisdição visando assegurar a efetividade da proteção concedida ao direito subjetivo, nem a tutela satisfativa, consistente na atuação da jurisdição com o fim de tutelar o direito do particular, realizando-o concretamente.

2.3.4 O processo como instrumento para materialização da tutela inibitória

O processo consiste num instrumento fundamental para expressão da jurisdição estatal, de forma que, na visão doutrinária contemporânea, este instrumento deve ser capaz de viabilizar o acesso à “ordem jurídica justa” de que fala Kazuo Watanabe. Somente assim ocorrerá a adequada garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Os preceitos previstos nos artigos 461 e 461-A, do CPC, podem ser utilizados em qualquer processo de conhecimento, sempre que, pela natureza do objeto litigioso, verifique-se a necessidade de sua invocação. Sua estruturação técnica é de cognição exauriente. Portanto, a tutela inibitória não é uma espécie do gênero tutelas de urgência, que se baseiam

em cognição sumária.

Por ser uma ação de conhecimento, a ação inibitória demanda tempo para a prestação da tutela final de prevenção do ilícito. Daí a necessidade de antecipação da tutela neste tipo de ação.

A ação inibitória busca uma decisão mandamental que impõe um “fazer”, um “não fazer” ou um “entregar coisa”, conforme a natureza da conduta ilícita temida. Este entregar coisa, fazer ou não fazer deve ser imposto sob pena de multa, nos termos dos artigos 461, 461-A do CPC e 84 do CDC⁶¹. Encontra fundamento constitucional no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

2.3.5 A tutela inibitória antecipada

Deveras relevante é o papel da tutela inibitória antecipada para a tutela adequada dos direitos fundamentais, especialmente, em relação aos direitos não-obrigacionais como, por exemplo, os direitos da personalidade. Na maioria das situações, a parte não dispõe de tempo hábil para aperfeiçoar a prova plena ou mesmo para aguardar toda a tramitação dos autos. Neste contexto, o § 3º do artigo 461 do CPC expressamente contempla a possibilidade de proteção do direito *initio litis*, dispondo que “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

⁶¹ A grande dificuldade de se admitir a atipicidade da inibitória na Itália advém do fato de o direito italiano não consagrar a atipicidade de uma sentença que possa impor um fazer ou um não fazer sob pena de multa.

Conforme se vislumbra do mencionado parágrafo, ao contrário da antecipação da tutela prevista no artigo 273 do CPC, no caso da antecipação da tutela inibitória, é necessária a coexistência de tão-somente dois requisitos, quais sejam, a relevância do fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final. Na verdade, tais requisitos refletem as mesmas exigências para concessão de provimento cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Entretanto, quanto à noção de *periculum in mora* para as medidas antecipatórias e cautelares, cumpre destacar a análise formulada por José Roberto dos Santos Bedaque⁶²:

Arruda Alvim procura encontrar diferenças entre o dano a ser evitado pela cautelar e o dano a que se refere o artigo 273 (cfr. 'Tutela antecipatória', p. 40 e ss.). Em primeiro lugar, afirma, há várias maneiras de se afastar o dano mediante tutela cautelar (CPC, artigo 798). Já o do artigo 273, só mediante antecipação. Mas entre as várias formas cautelares para evitar dano e assegurar a efetividade do provimento está exatamente a antecipação provisória dos efeitos. Ou seja, por esse raciocínio, a medida prevista pelo artigo 273 seria uma espécie de cautelar. O problema não está na consequência, mas na concepção mesma de tutela cautelar. Também não vejo por que o dano ligado à cautelar seja necessariamente causado pela parte contrária, enquanto o outro, não. O risco de dano, em qualquer hipótese, decorre da impossibilidade de a tutela definitiva ser prestada de plano. Pode decorrer de comportamento da outra parte, ou não. O problema está relacionado ao tempo necessário para a entrega do provimento definitivo e à necessidade de medida urgente. A urgência decorre do perigo de dano, cuja origem, tanto na cautelar conservativa, como na antecipatória, pode ou não estar ligada ao comportamento do adversário (cfr. especialmente p. 42/43 do trabalho acima citado, onde o ilustre professor identifica diferenças e semelhanças entre as duas espécies de tutela, que, a seu ver, têm natureza distinta).

Quanto ao *fumus boni iuris* para a concessão da tutela inibitória antecipada, o requerente deverá demonstrar a probabilidade da ilicitude. Quanto ao *periculum in mora*, o requerente deverá demonstrar o justificado receio de ineficácia do provimento final, em decorrência da probabilidade do ilícito que, pode ou não, estar associado ao dano. Sendo assim, havendo a probabilidade de ilícito, conseqüentemente, o autor do pedido deve demonstrar a pré-existência (plausibilidade) do direito afirmado. Ocorre que determinados direitos fundamentais independem de demonstração expressa, pois, são inerentes à existência

⁶² BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência.** São Paulo: Malheiros, 1998, p. 307, nota de rodapé 72 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 119. (Temas atuais de direito processual civil, v. 2)

humana, tais como, os direitos da personalidade. Ademais, outros direitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde, estão literalmente previstos na Constituição Federal e, portanto, não requerem maiores esforços do autor em demonstrar sua existência.

Quanto ao requisito de receio de ineficácia do provimento final, torna-se essencial esclarecer que se trata de requisito distinto daquele indispensável à viabilização da tutela inibitória (ameaça de lesão a direito ou ameaça de ocorrência de ilícito). Isto porque o receio de ineficácia do provimento definitivo está relacionado com o tempo da demanda. Neste contexto, destaca-se a visão contrária de Cristina Rapisarda⁶³, aqui novamente citada, para, através da dialética e da retórica, melhor demonstrar nosso ponto de vista. Segundo a estudiosa da tutela inibitória, o dano é o elemento essencial que distingue o requisito para a concessão da inibitória provisória e a inibitória final. Para a concessão da inibitória provisória, é necessário haver o perigo de dano, enquanto que, para o provimento final, não há que se falar em dano e, sim, em ilícito. Desta forma, segundo a visão de Rapisarda, a inibitória final prescinde totalmente do dano, sendo que a tutela provisória a ele está totalmente vinculada. Portanto, adotar este posicionamento seria reconhecer como incabível a concessão de tutela inibitória provisória quando ocorresse apenas o ilícito, sem que do mesmo resultasse dano, retirando-se todo o valor da tutela inibitória como instrumento de proteção contra o ilícito. Sendo assim, entendemos que o receio de ineficácia do provimento final, a que alude o § 3º do artigo 461 do CPC, não pode ser equiparado à ocorrência de dano ao direito postulado, pois, a ineficácia decorre pura e simplesmente do ilícito. Desta forma, *periculum in mora* caracteriza-se pela possibilidade de ocorrência do ilícito.

Presentes os requisitos legais, a concessão da tutela inibitória provisória pode ser deferida, tanto antes como depois da oitiva do réu. Diante da função precipuamente

⁶³ RAPISARDA, Cristina. Tutela preventiva, inibitória cautelare ex artigo 700, C.P.C. ed inibitória finale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, jan./mar. 1986, p. 143-144 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121.

preventiva da inibitória, é possível a concessão da medida *inaudita altera pars*, mormente quando o contraditório puder frustrar sua eficácia.

No momento de se analisar a concessão do provimento provisório, torna-se oportuna a ponderação dos interesses em voga, sob a orientação do princípio da probabilidade, pois, diante de determinados direitos fundamentais, como os da personalidade e os relacionados com a vida, os efeitos da decisão judicial antecipatória podem tornar-se irreversíveis. Assim, cabe ao magistrado ponderar quais dos direitos devem ser mitigados diante do caso concreto, afastando-se o argumento de que a tutela antecipatória não pode ser admitida apenas porque pode causar dano irreparável ao réu. O contrário, nas palavras de Marinoni, seria o mesmo que “desprezar a obviedade de que não tem cabimento se impedir a tutela adequada de um direito provável para se proteger um direito improvável”. Ademais, em casos de irreversibilidade do provimento provisório, que posteriormente é revogado, Nelson Nery Jr.⁶⁴ dispõe:

[...] de toda sorte, essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida [...]
[...] quanto à execução *stricto sensu* da decisão antecipatória da tutela específica, deve ser feita imediatamente, sem necessidade de prestação de caução.

Na concessão da inibitória, aplica-se o princípio da fungibilidade, sendo que a atuação do juiz está limitada pelo direito material e pelo fim da tutela jurídica pretendida pelo autor. No direito moderno, o que se busca, antes mesmo das formalidades legais, é a efetividade da proteção e prestação jurídica.

A atuação do provimento antecipado está prevista no artigo 273, § 3º, do CPC, que remete aos incisos II e III do artigo 588 do mesmo estatuto. Cumpre esclarecer, desde logo, que a expressão “no que couber” prevista, *in initio*, no § 3º do artigo 273 do CPC, revela

⁶⁴ NERY JR., Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: RT, 1996, p. 59.

que os princípios da execução provisória previstos nos incisos II e III do artigo 588 do CPC, somente terão aplicabilidade no âmbito da tutela antecipatória, quando não inviabilizarem a proteção jurídica que se pretenda outorgar com a medida.

2.3.6 Ameaça de lesão a direito

Neste âmbito, cabe analisar qual o grau de prova de risco ao direito que o Poder Judiciário pode exigir para a concessão da tutela preventiva. Tem-se como premissa que, para a concessão da inibitória, não se pode cogitar de risco genérico, sendo necessários dados objetivos e capazes de demonstrarem a efetiva ocorrência de um fundado receio de lesão. Portanto, a ameaça ao direito, para produzir justo receio na consciência do magistrado, deve ser objetiva e atual. O que interessa é a seriedade da ameaça que se traduz em credibilidade e aptidão para infundir, no espírito normal, o estado de receio. Tal seriedade está diretamente vinculada à razoabilidade do perigo de dano.

Conforme já mencionado, é essencial a análise do direito ameaçado. Alguns direitos fundamentais, por serem intrínsecos à condição humana, independem de prova.

O perigo de lesão que se exige não se confunde com o risco genérico, devendo os elementos serem objetivos e concretos. Entretanto, jamais poderá ser exigida prova no sentido de que os dados objetivos realmente indicam ameaça concreta sob pena de obrigar a parte a limites que ultrapassem a possibilidade humana, sacrificando, assim, o direito que se busca tutelar. Outrossim, diante do impasse da negação da justiça e da redução da exigência de prova, o Direito deve voltar-se à segunda, por ser a solução mais factível.

Conforme já dito, o que se busca através da inibitória é evitar o ilícito. Portanto,

não é necessária a comprovação do dano ou mesmo da culpa. O ato ilícito pode ocorrer sem que a ele esteja, necessariamente, agregado o resultado dano material. Assim, mesmo ausente o dano, cabe ao Direito evitar o ilícito e, conseqüentemente, o dano. Ao autor da inibitória somente é exigida a demonstração de futura ocorrência do ilícito e não o dano. Tal posicionamento está em plena harmonia com o ensinamento de Marinoni⁶⁵, conforme segue:

É certo a probabilidade do ilícito e, com freqüência, a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível se separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, o que se quer deixar claro, na linha da melhor doutrina italiana, é que para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória.

Ademais, considerando-se que a ação preventiva não se funda na reparação do dano, inexistente razão para a perquirição de culpa. Neste contexto, lembra Marinoni, que “a tutela inibitória não pune quem pode praticar o ilícito, mas apenas impede que o ilícito seja praticado. Se alguém, ainda que sem culpa, está na iminência de praticar ilícito, é cabível a ação inibitória”⁶⁶.

Cumprido esclarecer que alguns direitos fundamentais, como os direitos da personalidade e os demais direitos absolutos podem ser ofendidos sem culpa.

2.3.7 Sentença inibitória

Conforme será demonstrado, o provimento necessário para a atuação da tutela inibitória define-se como executivo *lato sensu* ou mandamental. Por ser a ação de direito material pretendida pela parte uma ordem coercitiva, o provimento jamais poderá ser

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 1998, p. 38.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 39.

qualificado como declaratório ou condenatório. A sentença inibitória não pode ser condenatória porque seria apenas um simples convite para o adimplemento, podendo gerar, no máximo, a execução de desfazer (artigos 642 e 643 do CPC), não sendo apta a conduzir à abstenção. Também não poderá ser a sentença inibitória preponderantemente executiva *lato sensu*, uma vez que não pode a sentença realizar, por si só, a mudança no mundo físico, dependendo da atuação do demandado para atingir sua eficácia completa. Na sentença inibitória, é imprescindível a participação e colaboração do demandado para a completa realização da ação de direito material.

Sendo assim, normalmente a sentença inibitória é mandamental, expressa através de uma ordem específica e adimplível apenas pelo demandado, sendo possível a utilização de meios coercitivos para efetivação da tutela.

Para que a sentença mandamental preventiva seja eficiente, deve-se ter disponíveis formas de coerção que atuem de maneira indireta sobre a vontade da pessoa do obrigado. Observa-se que a obrigação de não fazer é sempre infungível, não podendo jamais ser subrogada para terceiro.

Não basta a utilização de meios tradicionais, consistente na invasão do patrimônio do devedor, para a efetivação do provimento judicial. Deve-se, portanto, encontrar meios alternativos capazes de influir na vontade do devedor. Assim, torna-se imprescindível, principalmente na tutela de direitos fundamentais, o reconhecimento do crime de desobediência, bem como a realização pelo juiz de atos materiais, com uso, inclusive de força policial.

Os meios de coerção podem ocorrer de ofício ou a requerimento do autor. Dentre eles destacam-se as *astreintes* e as medidas de apoio.

As *astreintes* caracterizam-se como meios de pressão consistentes em condenar o demandado a adimplir o resultado da sentença inibitória, sob pena de pagamento de uma soma

em dinheiro, pequena ou não, conforme o caso concreto, que pode ser progressiva. A *astreinte* não se confunde com a indenização do dano, pois, tem a função de agregar coerção à ordem judicial, significando mera potencialidade de prejuízo. Enquanto a indenização visa a recomposição do patrimônio de alguém, às custas do patrimônio de outrem.

O valor da multa será fixado conforme o caso concreto, levando-se em consideração a capacidade econômica do sujeito passivo da ordem, sua capacidade de suportar ou não a pena pecuniária, bem como, eventualmente, sua capacidade de absorver o impacto da aplicação da *astreinte*.

Visando obter o escopo da medida, o valor da multa poderá ser alterado, a qualquer momento, conforme a necessidade, estando a atuação jurisdicional limitada à efetividade da medida.

Observa-se que o artigo 461 do CPC não estabelece limitação ao valor da multa. Portanto, tendo uma função coercitiva, de impor receio ao devedor, poderá, inclusive, ser fixada progressivamente e ultrapassar o valor da prestação. Neste sentido é o entendimento jurisprudencial:

Ao contrário do Código de 39, a lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença, que tem o objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação e não o de ressarcir. Nem se justifica tolerância com o devedor recalcitrante que, podendo fazê-lo, se abstém de cumprir a sentença.⁶⁷

Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das "astreintes" não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista do seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.⁶⁸

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 141.559-RJ. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro, Brasília, DF, 17 de maio de 1998.

⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil e legislação extravagante em vigor**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

O momento, a partir do qual a multa é devida, ou seja, o *dies a quo*, é fixado pelo juiz. Entretanto, o mesmo não poderá tornar a multa exigível em período anterior ao do momento da preclusão da sentença ou da decisão interlocutória que a estipula, ou seja, antes de passado o prazo para impugnação de referidas decisões. Ainda, cumpre lembrar que, considerando-se o fim efetivo do processo, deve-se desvincular a *astreinte* do resultado final e, portanto, a multa fixada provisoriamente, em decisão liminar, é exigível mesmo em caso de improcedência final da ação, seja por sentença ou através de acórdão. A única exceção em que a multa não é exigível, é se a decisão final reconhecer sua nulidade.

Com o mesmo objeto, ao lado da multa pecuniária, o artigo 461 do CPC disponibiliza ao magistrado outros mecanismos na busca da coerção e influencia ao devedor para o cumprimento espontâneo da obrigação. São as chamadas medidas necessárias, ou seja, a busca e apreensão, a remoção de pessoas ou coisas, o desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da possibilidade de requisição de força policial. Tal rol de medidas não é taxativo, podendo o juiz adotar outra providência qualquer para poder proporcionar ao autor a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente. A única exceção que encontramos é na prisão como medida coercitiva, pois, cabível somente nas hipóteses em que se mostre o único meio idôneo de obter a obediência à ordem judicial, respeitando-se, sempre, na escolha do meio coercitivo, o critério do menor sacrifício ao devedor.

Quanto à sentença proferida nas ações inibitórias, deve-se consignar que a mesma faz coisa julgada material, na medida em que declara ou não um direito. Em relação aos limites subjetivos, vislumbra-se que a coisa julgada entre as partes também pode ter seus efeitos estendidos a terceiros. Já, em relação aos limites objetivos, surge a questão no sentido de poder a decisão que impede o ilícito permanecer inabalada eternamente, ou somente poder vigir em determinado tempo e para certa ameaça de ilícito. Para se chegar a uma conclusão, utiliza-se do posicionamento adotado no mandado de segurança preventivo. A relação jurídica

estabelecida na inibitória apresenta caráter uno e indivisível, assim como no mandado de segurança preventivo. Desta forma, até por questões de celeridade e economia processual, enquanto subsistir a mesma causa *pedendi*, inafastável será a coisa julgada, mesmo em relação aos fatos subseqüentes. Portanto, pode-se afirmar que a sentença proferida na ação inibitória gera efeitos futuros imodificáveis, pelo menos até que perdurarem existentes os motivos que ensejaram tal decisão judicial.

CAPÍTULO 3 DIREITOS HUMANOS

3.1 Direitos humanos e direitos fundamentais

Direito fundamental é conceituado na doutrina como sendo aquele direito reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional de cada Estado. Portanto, refere-se à legislação interna. Os direitos humanos relacionam-se diretamente com o direito internacional, que está direcionado para uma validade e eficácia universal no tempo e no espaço. Sendo assim, os direitos humanos têm caráter supranacional, não são estáticos e não ficaram restritos à Declaração Universal proclamada em 1948. O indivíduo dele se torna titular, pela sua simples qualidade de ser humano. Neste sentido posiciona-se Norberto Bobbio, observando que “quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência”⁶⁹.

Os direitos fundamentais concebem-se, antes, nas idéias, nas lutas, nos movimentos sociais, nos atos heróicos individuais, nas tensões políticas e sociais que antecedem as mudanças, tendo duplo sentido jurídico. De um lado, são eles essenciais aos homens nas relações de uns com os outros homens e com o próprio Estado. E, por outro lado, eles fornecem os fundamentos da organização estatal, dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem, tanto impondo limites como determinando obrigações.

Os direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), inerentes à própria condição de ser humano.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 31-32.

Daí decorre seu caráter inviolável, atemporal e universal. Em contrapartida, os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo. Assim, os direitos fundamentais seriam os direitos humanos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

J.J. Canotilho⁷⁰, ao invés da terminologia direitos humanos, utiliza “direitos formalmente constitucionais”, que são os direitos consagrados, reconhecidos e protegidos pelas normas que têm a forma constitucional e “direitos materialmente formais”, que seriam outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Tal diferenciação ocorre apenas em relação aos direitos positivos no âmbito nacional e internacional, sem fazer alusão à existência de direitos naturais inerentes ao ser humano.

Segundo José Afonso da Silva, a expressão mais apropriada seria a de “direitos fundamentais do homem”, pois, “além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”⁷¹.

Alexandre de Moraes assume a terminologia “direitos humanos fundamentais”, definindo-os como “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”⁷².

Finalmente, outros doutrinadores entendem que os direitos do homem são aqueles direitos ainda não positivados, enquanto os direitos humanos constituem os direitos

⁷⁰ CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 528.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 176-177.

⁷² MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 39.

positivados na esfera do direito internacional, enquanto que os direitos fundamentais abrangem os direitos reconhecidos, outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada país. Neste contexto, cumpre concluir que o aspecto da positivação constitui o critério mais apropriado para diferenciar direitos humanos e direitos fundamentais, tendo em vista que os direitos humanos têm contornos mais amplos e imprecisos que a terminologia direitos fundamentais, cujo sentido é mais preciso, restrito e delimitado no tempo e no espaço, por constituir o quadro de direitos e liberdades garantidos por determinados Estados de Direito.

Entretanto, mesmo diante desta diferenciação didática, não se pode perder de vista que o compromisso maior, tanto dos direitos humanos como dos direitos fundamentais, está, invariavelmente, direcionado às questões atinentes à dignidade da pessoa humana, ou seja, ao desenvolvimento da cidadania. Daí sua importância para os sistemas jurídicos dos povos da atualidade.

Ademais, esta breve distinção entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos” deixa evidente que os direitos fundamentais constituem também direitos humanos, pois, seu titular sempre será o próprio ser humano, ainda que representado por pessoas jurídicas.

Discussões acerca dos direitos fundamentais têm ressurgido, em vários países e contextos discursivos, com diferenciadas nomenclaturas. Por exemplo, a doutrina francesa, voltada para o aspecto limitador da *potestas estatal*, denomina-os de liberdades públicas. Já os alemães os denominam de direitos fundamentais e, os ligados à tradição anglo-saxônica utilizam a expressão direitos civis, *civil rights*, diante de sua relação direta com a cidadania e a esfera pública. Nossa doutrina constitucionalista, baseada sobretudo na experiência da Carta de Bonn, incorporou a terminologia alemã.

Tendo em vista a existência de diversas concepções filosóficas acerca do tema, tanto a doutrina pátria como a estrangeira apresentam dificuldades na classificação dos direitos imanentes ao ser humano. Segundo os jusnaturalistas, os direitos do homem são

considerados pré-estatais e até mesmo supra-estatais, pois, decorrem do direito natural, muito anteriores e/ou superiores à vontade do Estado. Para os positivistas, os direitos humanos decorrem da outorga legal, sendo, portanto, regulados conforme o ordenamento vigente. Em contrapartida, segundo os idealistas, os direitos humanos constituem idéias, princípios abstratos colhidos pela realidade em determinado tempo e espaço. Já para os realistas, os direitos humanos são decorrentes de lutas sociais e políticas. De qualquer forma, os direitos humanos e fundamentais sempre estiveram relacionados com a história da limitação do poder.

Conforme brevemente já exemplificado, os direitos humanos são fruto de momentos históricos específicos. Portanto, por não decorrerem de um fundamento único e absoluto, torna-se inviável à doutrina tentar catalogar os direitos humanos, devendo, sim, enfatizar a busca de caminhos para protegê-los.

Apenas para fins didáticos, torna-se prudente a tentativa de organizar os direitos fundamentais quanto ao seu surgimento e conteúdo principal, adotando-se, portanto, a classificação dos direitos e garantias fundamentais em gerações ou, para alguns, dimensões.

Os direitos do homem foram se concretizando no decorrer da história. Inicialmente, firmaram-se os direitos de liberdade, ou seja, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado, reservando ao indivíduo ou aos grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado. Em seguida, vieram os direitos políticos, com grande participação dos membros de uma comunidade no poder político. Na seqüência, foram propugnados os direitos sociais, expressando novas exigências, novos valores, como o bem-estar e a liberdade através ou por meio do Estado. E, na atualidade, fala-se em direitos de quarta geração, que consiste no direito à autodeterminação, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à paz e ao desenvolvimento, além de uma tímida menção a uma quinta geração, relacionada com a cibernética.

As três primeiras gerações são condizentes com o lema da Revolução Francesa: Primeira Geração: Liberdade – direitos individuais e de não intervenção estatal; Segunda Geração: Igualdade – direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, de um Estado agora intervencionista; e, Terceira Geração: Solidariedade e Fraternidade – direitos universais e sem um titular único, mas voltado para toda sociedade, como um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A primeira geração demarcou o reconhecimento do *status* constitucional material e formal dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de primeira geração foram inspirados nas doutrinas iluminista e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. São os direitos de resistência e oposição ao Estado absolutista, caracterizando-se como direitos civis e políticos, que englobam os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), às liberdades de expressão coletiva, ao direito de participação política e, ainda, algumas garantias processuais. No contexto histórico, tais direitos nada mais são do que uma reação da burguesia em face do absolutismo, buscando limitar a intervenção do Estado na liberdade individual, refletindo, assim, um caráter negativo. Classificam-se como direitos civis e políticos, também os chamados de direitos de liberdade, caracterizando a fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. No decorrer do tempo, tais direitos foram sendo complementados por um leque de outras liberdades de expressão coletiva, como liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de associação, entre outros, bem como complementados pelos direitos de participação política, de voto e pela capacidade eleitoral passiva.

Os direitos fundamentais de segunda geração foram surgindo embasados no marxismo, no final do século XIX, diante do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos dela decorrentes. Com caráter social (trabalhista), tais direitos visavam tornar efetivas as liberdades que, até então, eram apenas formais,

caracterizando a transposição das liberdades formais abstratas, para as liberdades materiais concretas. Portanto, têm caráter positivo, pois, buscavam uma atuação positiva do Estado, refletida na igualdade material, principalmente em relação aos indivíduos desprovidos das condições de ascender aos conteúdos dos direitos através de mecanismos e da intervenção estatal. Em resumo, buscava-se a atuação do Estado no sentido de efetivar os direitos sóciopolíticos e econômicos, visando alcançar o bem-estar social, ou seja, a justiça social, equilibrando as diferenças existentes entre as classes detentoras de um maior ou menor grau de poder econômico.

Também denominados de direitos de solidariedade e fraternidade, os direitos de terceira geração foram desenvolvidos no século XX, compondo os direitos que pertencem a todos os indivíduos, transcendendo a titularidade individual, para a titularidade coletiva ou difusa. O foco passa do plano individual para o interesse difuso e comum. São os denominados “direitos transindividuais”. Englobam os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, qualidade de vida, à utilização e conservação do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação. Neste contexto, cumpre observar que a maior parte dos direitos que englobam esta classificação não encontra respaldo no texto constitucional, sendo consagrados com mais intensidade no âmbito internacional, principalmente no que diz respeito a direitos à paz e ao desenvolvimento e progresso social. Desses direitos de terceira geração nascem os direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, os direitos coletivos e os direitos difusos.

Finalmente, os direitos fundamentais de quarta e quinta geração, segundo parte da doutrina, são aqueles direitos surgidos na última década em decorrência do avanço do desenvolvimento tecnológico da humanidade, sendo, ainda, apenas pretensões de direitos, diante da inexistência de uma consistente positivação da matéria. Os direitos de quarta geração seriam os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, bem como os direitos

ligados à pesquisa genética, advindos da necessidade de se impor um controle à manipulação do genótipo dos seres, em especial o do ser humano, bem como direito de morrer com dignidade, direito à mudança de sexo, entre outros⁷³. O constitucionalista cearense Paulo Bonavides⁷⁴ foi o precursor da idéia de existência de uma quarta geração de direitos fundamentais. Defendeu a existência de uma quarta geração de direitos, correspondente, segundo ele, ao “direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. Bonavides identifica na democracia atual duas alterações, relevantes para que ela seja vista, hoje, como direito de quarta geração, quais sejam: a internacionalização da democracia que passa a ser vista como um bem comum; e a busca pela maior oxigenação da atuação democrática, através da participação de instituições não-oficiais, de associações, de sindicatos, de organizações não-governamentais, entre outras, nas negociações e decisões do Estado.

Os direitos de quinta geração, segundo uma parcela ínfima da doutrina⁷⁵, são os direitos ligados ao avanço da cibernética. Compreendem aspectos suscitados pelo grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras e estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via internet.

Entretanto, conforme defende parte da doutrina, referidos direitos de quarta e quinta gerações nada mais são do que novas liberdades fundamentais contra as ingerências por parte do Estado e dos particulares, que poderiam, inclusive, enquadrar-se na categoria de direitos fundamentais de primeira geração, por evidenciar liberdades, ainda que com nova roupagem e adaptadas às exigências do homem contemporâneo.

⁷³ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 86.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁷⁵ ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 220.

A transposição de uma geração para outra não corresponde a uma substituição. Ao contrário, os direitos das mencionadas gerações ampliam-se, estendem-se, adicionam-se, adensam-se nos que se seguem como um *plus*. Não há antinomia entre eles, mas uma relação de complementariedade. Não há, assim, a superação de uma por outra "geração de direitos", mas, sim, uma adição de direitos conquistados e que se somam e se completam, compondo um novo subsistema constitucional de direitos fundamentais.

Após este breve relato sobre as gerações dos direitos fundamentais, faz-se oportuno destacar que os direitos humanos são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, tendo também como característica a exigibilidade e efetividade, diante do caráter normativo, sobretudo porque estão consignados em tratados internacionais com força coativa em todas as Constituições modernas. Portanto, não é suficiente seu simples reconhecimento abstrato, em que o jurista tem apenas uma atitude passiva e não ativa em relação à aplicabilidade e eficácia dos direitos humanos.

Ademais, a doutrina alemã adicionou como característica dos direitos fundamentais a dupla dimensionalidade. A subjetiva, tradicionalmente desenvolvida pelos teóricos e, a objetiva, que expressa valores ansiados por toda a sociedade politicamente organizada e enfatiza a subjetiva, na medida em que insere nos direitos humanos maior carga de imperatividade, ampliando sua influência no ordenamento jurídico dos países. Desta forma, um dos pontos positivos decorrentes do caráter objetivo dos direitos humanos consiste na sua incidência em todas as esferas do direito público e privado. Sua eficácia vinculante torna-se cada vez mais genérica, extensa e de aplicabilidade imediata, com perda do caráter de normas programáticas.

Os direitos humanos são os direitos fundamentais da pessoa humana. No regime democrático, toda pessoa deve ter a sua dignidade respeitada e a sua integridade protegida, independentemente da origem, raça, etnia, gênero, idade, condição econômica e social,

orientação ou identidade sexual, credo religioso ou convicção política.

São direitos humanos que devem ser garantidos, inclusive com a utilização das tutelas de urgência, se necessário: os direitos civis (direito à vida, segurança, justiça, liberdade e igualdade), políticos (direito à participação nas decisões políticas), econômicos (direito ao trabalho), sociais (direito à educação, saúde e bem-estar), culturais (direito à participação na vida cultural) e ambientais (direito a um meio ambiente saudável).

Tais direitos constituem hoje um dos mais importantes instrumentos de nossa civilização visando assegurar um convívio social digno, justo e pacífico. Conforme será melhor demonstrado, os direitos fundamentais estão diretamente relacionados com a democracia, uma vez que, sem o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem, não há democracia e, sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

3.2 Fontes filosófico-doutrinárias e precedentes históricos dos direitos humanos

Os direitos humanos, desde longínqua data, em vários momentos históricos, foram objeto de reflexões entre os diversos povos preocupados com as diretrizes da civilização, destacando-se os hebreus, através dos valores contidos nos Dez Mandamentos, os judeus, os gregos, voltados para o humanismo e os romanos.

Na história da humanidade, ainda que em períodos diferentes, sempre esteve em voga questionamentos e pensamentos acerca de valores como a ética, justiça, moral, direito natural, dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. De alguma forma, sempre foram refletidos nas ideologias de cada época.

O antigo Testamento já trazia a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoíca greco-romana e do cristianismo sobrevieram a unidade da humanidade e a igualdade de todos os homens em dignidade.

No século V a.C., destacou-se a escola sofista criticando veementemente o princípio da autoridade, pois defendia a tese de ser impossível a elaboração de uma verdade universal, ou seja, uma ciência objetiva universal diante dos vários pontos de vista acerca da realidade. Adotava o individualismo e o subjetivismo, rejeitando a idéia de justiça absoluta e, diante da elaboração de uma teoria crítica, pôs-se em pauta questões relativas ao homem e ao pensamento humano.

Nesse contexto, surge o pensador Aristóteles (384-332 a.C.), criador do pensamento tópico, consistente na técnica de pensar através de problemas. Defende a problematização das situações para se chegar a uma conclusão despida de preconceitos e ideologias preestabelecidas. Preocupava-se com a felicidade humana, realizável tão-somente no seio da sociedade civil que, para tanto, deveria ser organizada através do Estado, proporcionando aos homens a virtude e a felicidade universal. Já destacava a preocupação com a dignidade da pessoa humana.

A contribuição de Platão, filósofo idealista, aos direitos humanos ocorreu através do diálogo "As Leis", no qual a justiça puniria os que burlassem o estabelecido pelo direito divino. Nesta obra, defende a ética nas relações econômicas, a proibição de enriquecimento de forma ilícita, a solidariedade e a felicidade.

Todas as teorias foram desenvolvidas em retaliação a algum tipo de violação de direitos que eram ou deveriam ser concedidos aos povos. Por exemplo, na antiguidade clássica, não se podia desfrutar plenamente da liberdade individual, o direito à educação não era amplo, não se permitia a liberdade de crenças, era flagrante a desigualdade entre a pessoa

individual e a autoridade estatal.

Na Europa pré-Declaração Francesa predominava o Estado Absoluto, composto pela ação conjunta do Estado e do clero com o cristianismo como religião oficial. Neste contexto, cumpre destacar que a doutrina cristã valorizou a pessoa humana, de forma a estabelecer um vínculo entre indivíduo e a divindade, superando a concepção do Estado como única unidade perfeita. Todavia, diante da união ao Estado, a Igreja ainda condicionava o cidadão à submissão ao Estado, que representava Deus.

Nessa fase história emergem as teorias cristãs de São Tomás de Aquino, segundo as quais, os direitos humanos se propagam com maior intensidade, uma vez que a religião cristã tem propagação universal e os privilegia. Este sentimento universalista cristão se alastrou durante o período medieval, enfatizando o direito natural e ao mesmo tempo dando margem à inquisição como sistema penal. Pode-se afirmar que, neste período, através do pensamento de poder advindo de Deus, valorizou-se a pessoa humana. Entretanto, não houve instrumentalização das garantias nem mecanismos para sua proteção.

Desta forma, conclui-se que na Idade Média houve a imposição da ideologia da Igreja. Sendo assim, predominou a ideologia do direito natural, revelada pela religião. Houve uma influência eclesiástica e mística. O direito continuava sendo racional, mas guiado por uma vontade superior (Deus). Desta forma, nesta fase, o método da ciência era o dedutivo. O direito era uma ordem superior que visava manter a paz social, a estabilidade e a ordem.

No final da Idade Média (Baixa Idade Média) começa-se encarar o direito através do sujeito. Surgia o Renascimento. O direito, então, volta-se para a razão. O homem começa a se colocar no lugar do outro. O direito passa a ser um produto da razão. Direito natural já mencionado pelos estóicos, com a diferença de que estes colocavam o direito no plano ideológico (normativo). O direito é algo pressuposto, que já existe independentemente de qualquer expressão da experiência. Assim, o direito é abstrato e pressuposto na reta-razão

(pensamento estóico), relaciona-se com a natureza (pensamento cosmológico), com a religião (pensamento místico e religioso), e com o homem (pensamento racional). Não é posto.

Seqüencialmente a este período, imanou na Europa movimentos em prol das garantias do indivíduo, culminando com a doutrina contratualista, ou seja, com o contrato social, segundo o qual, a origem do poder passa de Deus para os próprios homens. A teoria contratualista já delimitava traços dos direitos humanos. Os indivíduos passam a pactuar comportamentos e condutas individuais e coletivas, renunciando alguns direitos em prol da preservação de outros, como a vida, a propriedade, a liberdade, a igualdade, como forma de saírem de um estado primitivo. Neste contexto, vão surgindo vários movimentos como o Iluminismo. Ocorre a ascensão da burguesia, como nova classe social. O homem passa a ser visto como centro do universo e enfatiza-se a razão natural. Surge uma nova concepção jurídica baseada no jusnaturalismo, com princípios da igualdade formal e da universalidade do Direito.

O Jusnaturalismo espalhou-se por toda a Europa e América a partir do século XVII, servindo como base doutrinária para as declarações dos direitos fundamentais dos indivíduos. A versão mais antiga do jusnaturalismo é a dos Estóicos, que é uma corrente filosófica típica do período helenístico. Supunha ser possível a razão humana viver de acordo com a verdade, desde que conseguisse eliminar as paixões, os vícios, as vicissitudes, elevando-se a um grau superior as ganâncias humanas. Seria para os Estóicos viver de acordo com a reta-razão, superior às paixões humanas. Para tocar a verdade, era preciso estar livre das mazelas humanas. O justo somente seria a reta-razão. O direito é a antítese das paixões, dos exageros, das contradições. Assim, a primeira expressão do jusnaturalismo do direito seria o direito de acordo com a reta-razão, em que se construiriam normas no sentido de que o vício deturpa a verdade. Tal contexto tem uma origem racional. Culminou com o denominado “jusnaturalismo democrático”, em que legítima era aquela decisão tomada pela maioria.

Do jusnaturalismo surgem os primeiros fundamentos filosóficos dos direitos humanos, enquanto corrente ideológica defensora de um direito existente, além do direito positivo. Os principais direitos eram: a vida, liberdade, segurança, propriedade, resistência, opressão. A igualdade dos homens era reconhecida à medida em que se conferia a titularidade de tais direitos a todos os indivíduos indistintamente.

A Idade Moderna caracteriza-se pela ruptura do direito natural e religião, sendo certo que o direito passa a emanar da razão e o homem torna-se objeto do pensamento jusnaturalista. É neste contexto que, segundo Immanuel Kant, os direitos humanos vão sendo definidos de forma clara, na medida em que, a partir do pensamento racional, o homem passa a refletir sobre sua dignidade enquanto ser humano. Segundo Kant, o princípio universal se resume na busca da verdade. Suas idéias contribuíram para o desenvolvimento posterior de legislações internacionais que culminaram na célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem. Referida Declaração visou proteger diretamente o indivíduo singular, tornando-o sujeito de direito internacional.

Vários dos direitos humanos foram sendo positivados e foram também surgindo escolas filosóficas que os analisavam sob várias óticas. Dentre elas, destaca-se a escola filosófica Pandectística, que surgiu no século XIX, tendo sua origem germânica, formada por juristas que realizavam estudos sobre as Pandectas ou Digesto de Justiniano. A teoria Pandectista foi desenvolvida na Alemanha e consiste na atitude teórica de reduzir o direito a conceitos que pudessem proporcionar compreensão ao direito. Em contraposição a estas teorias, tem-se o ponto de vista dos adeptos da *Common Law*, em que o direito subjetivo, antes de ter um conceito definido, seria aquele determinado pelo jurista. Assim, a noção de direito subjetivo não teria um conceito definido e limitado. Já para os pandectistas, os juristas somente estarão aptos a decidir algo previsto e conceituado em lei. Assim, a crítica a esta posição pandectista consiste no fato de que, se o órgão *ad quem* mudou algo ou indeferiu

algum pedido, é porque o objeto daquele direito tem vários conceitos e várias formas de ser interpretado. Diante do exposto, não há como ser provado cientificamente a existência ou não do direito subjetivo. O que podemos concluir inarredavelmente é a constante influência dos fatores ideológicos em um ou em outro posicionamento.

Dentro do pensamento positivista, destaca-se Hans Kelsen, o qual deu origem à Teoria Pura do Direito. Segundo Kelsen, tudo aquilo que esteja aquém da ciência jurídica deve ser excluído, ou mesmo relevado. Desta forma, o objeto de estudo da ciência do direito é a norma, ou seja, o "dever ser" e não "o ser". Kelsen coloca o direito como algo precisamente técnico-jurídico, excluindo-se qualquer possibilidade de direito subjetivo transcendental. Assim, somente reconhece os direitos humanos que estejam positivados no ordenamento.

Após a ruptura do Estado com a Igreja, surgem os primeiros documentos estabelecendo direitos independentes da vontade do Estado. O direito comunal europeu, fundado na liberdade e igualdade opunha-se drasticamente à compartimentalização social e às servidões feudais. O absolutismo passou a ser contestado na reação dos barões ingleses, que no século XIII impuseram a João Sem Terra o reconhecimento dos direitos fundamentais, inscritos na Magna Carta e que aperfeiçoara nas *bill of rights* que lhe seguiram.

Somente com as Revoluções Inglesa (1688), Americana (1776) e Francesa (1789), é que se introduz uma preocupação em se construir elementos sólidos e efetivadores dos direitos humanos. Neste contexto, como antecedentes históricos, pode-se citar os seguintes instrumentos que já acenavam para a necessidade de garantia de alguns direitos essenciais ao ser humano:

- a Magna Carta *Libertatum* (1215);
- a *Petition of Right* (1628);
- *Habeas Corpus Act* (1679);
- a *Bill of Right* (1688-1689): surgiu como consequência da Revolução Inglesa;

- *Act of Seattlement* (1701).

A primeira declaração de direitos associada ao contexto moderno foi sancionada em 20 de junho de 1776, através da Convenção de Virgínea. Em 04 de julho de 1776, o Congresso Continental, nos EUA, formulou a Declaração de Independência que proclamava alguns direitos já veiculados na Declaração de Virgínea, agregando outros, como a insurreição contra o poder arbitrário por parte dos governantes. Foi nesta declaração a expressão primeira dos direitos, com a alcunha de “direitos humanos”. Assim foram surgindo as várias *bill of rights* dos Estados independentes americanos.

As Declarações americana e francesa universalizaram os conceitos iluministas. A Revolução Francesa do séc. XVII resumiu os direitos como seus princípios basilares: "*liberté, égalité, fraternité*". Em 26 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional elaborou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inspirada nos precedentes norte-americanos, proclamando em seus artigos 3º, 5º, 7º e 16º o seguinte:

ARTIGO 3. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis dos homem. Estes Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

ARTIGO 5. A lei não tem direito de proibir a não ser nas ações prejudiciais para a sociedade. Não se pode impedir nada que não seja proibidos pela lei e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não determina.

ARTIGO 7. Nenhum homem pode ser acusado, encarcerado nem detido, a não ser nos casos determinados pela lei e consoante as formas por ela prescritas. Os que solicitam, determinam, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser castigados; porém, todo cidadão chamado ou detido em virtude da lei deve obedecer instantaneamente; torna-se culpado pela resistência.

ARTIGO 16. Toda sociedade em que não estiver assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.

O artigo 8º resguarda o princípio da intervenção mínima. Por sua vez, o artigo 9º tutela o princípio da presunção de inocência. Já o artigo segundo vem para garantir todos os princípios nessa declaração dispostos, contra qualquer violação. Foi a Declaração Francesa que universalizou esses princípios fundamentais, manifestando uma nova dimensão na vida

jurídica e em suas relações povo/poder. Entretanto, também cumpre destacar a Constituição Mexicana de 31.01.1917, a Constituição de Weimar, de 11.08.1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 17.01.1918, seguida pela primeira Constituição Soviética (Lei Fundamental) de 10.07.1918 e a Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista Italiano em 21.04.1927.

Durante a II Guerra Mundial (1939-1945), verificou-se os direitos promulgados pelas ditaduras que se instalaram na Alemanha, Itália e Japão. Em seguida, em 10 de dezembro de 1948, abre-se a discussão acerca dos direitos humanos, que alcançou seu apogeu com a aprovação, em Paris, da "Declaração Universal dos Direitos do Homem", fomentando, em seu artigo 1º, que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade", eclodindo o ápice da igualdade. Tais princípios revitalizam os pressupostos da dignidade da pessoa humana e do respeito à integridade. Este foi o documento que definiu os direitos humanos e as liberdades fundamentais pela primeira vez na esfera internacional.

Finalmente, cumpre consignar que, além da Declaração da ONU sobre Direitos Humanos, temos outros documentos relativos aos direitos, quais sejam:

1. Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, do Congresso Soviético Pan-Russo de 1918;
2. Carta das Nações Unidas de 1945;
3. Resoluções da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas;
4. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966;
5. Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950;
6. Carta Social Européia de 1961;
7. Convenção Americana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981;

8. Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1991.

Assim, diante destas inúmeras manifestações de interesses pelos direitos humanos, vislumbra uma internacionalização e universalização dos mesmos. Em 1993, o ápice da Conferência de Viena foi o reconhecimento da universalização dos direitos definidos na Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

3.3 A constituição brasileira e os direitos fundamentais

Antes de iniciar a análise dos direitos humanos no cerne de nossa Constituição vigente, cumpre fazer uma breve digressão a respeito do papel desempenhado pelos direitos humanos no âmbito do Estado constitucional. Tanto a idéia de Constituição como de Estado de Direito e de direitos fundamentais são interdependentes, manifestando-se paralelamente como limites normativos ao poder estatal.

Os direitos fundamentais, no mesmo contexto que a definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, integram a essência do Estado constitucional, constituindo elemento nuclear da Constituição material. Os direitos fundamentais caracterizam-se pela *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático, pois, podem ser considerados pressupostos, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito à igualdade, liberdade e à participação na sociedade e no procedimento político. Há uma estreita ligação entre os direitos fundamentais e o princípio do Estado social consagrado na Constituição Federal, ainda que de forma não explícita.

A Constituição do Império do Brasil de 1824 foi a primeira a introduzir a

declaração de direitos fundamentais individuais no corpo permanente de suas normas. Em relação àquele texto constitucional imperial, lecionava Pimenta Bueno⁷⁶ que “os principais direitos individuais são, como o artigo 179, da Constituição e seus parágrafos reconhecem, os de liberdade, igualdade, propriedade e segurança, mas não só cada um deles se divide em diversos ramos, mas também eles se combinam entre si, e formam outros direitos igualmente essenciais”.

A Constituição Republicana de 1891 estabeleceu, em título relativo aos "cidadãos brasileiros", uma "declaração de direitos", que estendia por trinta e um incisos a garantia da inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

A Constituição de 1934, após a Revolução Constitucionalista de 1932, foi a primeira a cuidar de direitos sociais: os direitos dos trabalhadores, dos servidores públicos, sendo que a sua situação em face de uma ordem econômica definida vem traçada em termos específicos (Título IV - "Da Ordem Econômica e Social", Título V - "Da Família, da Educação e da Cultura" e Título VII - "Dos Funcionários Públicos").

Em 1936 anunciou-se a morte da Constituição de 1934, formalmente, em 10 de novembro de 1937, com o golpe de Vargas e a implantação do Estado Novo. Na nova Carta não foi dedicada qualquer palavra acerca de direitos, pois os mesmos não combinam com ditadura. Os direitos fundamentais foram extintos neste período.

Assim, a Constituição de 1946 buscou o resgate do constitucionalismo perdido em 1937, tentando recompor, no que concerne aos direitos fundamentais, o modelo de subsistema acolhido na Constituição de 1934. Neste período, o Brasil viveu talvez um de seus únicos períodos de ensaio de uma democracia. Mesmo com as turbulências sociais, políticas e econômicas que dominaram a década de 50, a sociedade floresceu cultural, social e juridicamente nessa fase. O golpe de Estado de 1964 veio liquidar a fase constitucional

⁷⁶ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 381.

estabelecida naquela ocasião e determinar o comprometimento gravíssimo dos direitos humanos. Os Atos Institucionais, como o n.º 5, suspenderam os direitos e garantias individuais, expondo todos à ação estatal.

A Constituição de 1988 inaugura nova fase do constitucionalismo brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais compõem o título II da Constituição da República brasileira de 1988, subsequente apenas ao título que traça os princípios fundamentais do próprio Estado. Esse título divide-se em cinco capítulos, dos quais apenas o último, a tratar dos partidos políticos, não se refere diretamente ao homem, mas a um dos caminhos a ser por ele utilizado para o exercício de sua cidadania.

O capítulo I daquele título também inova o constitucionalismo brasileiro ao cuidar dos direitos e deveres individuais e coletivos. Crescem esses direitos e deveres, fundamentos da organização social e estrutura do Estado brasileiro, e inova-se a matéria referente às garantias constitucionais fundamentais, renovando-se o mandado de segurança, introduzindo-se o *habeas data* e o mandado de injunção, reestruturando-se a ação popular e reforçando-se o direito de petição aos poderes públicos.

Ademais, a Constituição de 1988 tem um capítulo específico sobre os direitos sociais definidos como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (artigo 6º e seguintes).

Os valores do preâmbulo da Declaração Universal dos direitos humanos são abrangidos pelo preâmbulo da Constituição Federal vigente. São valores expressos na Declaração Universal, tais como, a igualdade e fraternidade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a proteção legal dos direitos, a paz e a solidariedade universal e a democracia.

O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, dispõe claramente que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é “prover o bem de todos, sem preconceitos de

origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Em seu preâmbulo, a Constituição brasileira descreve como seus valores o Estado Democrático, os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a solução pacífica das controvérsias, bem como a crença na proteção de Deus. Ao enfatizar os direitos sociais e ao fazer referência ao desenvolvimento, a Constituição Federal vai além da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O rol dos direitos fundamentais previsto no artigo 5º da CF, ainda que exaustivo, não é taxativo. Em todo o contexto da Constituição também está incluído aquilo que não foi expressamente previsto. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN n.º 939-77⁷⁷, reconheceu, expressamente, que o princípio da anterioridade previsto no artigo 150, inciso III, alínea *b*, da CF, constitui, por força do artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, legítimo direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte. Desta forma, cabe ao próprio senso jurídico coletivo identificar quais os direitos fundamentais materiais e não ficar apenas preso aos direitos fundamentais formais, prescritos no artigo 5º da Constituição Federal. Até porque, direitos fundamentais podem estar, inclusive, prescritos em instrumentos supranacionais ratificados pelo Brasil.

O principal marco no desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos constitui a adoção, pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948. A Declaração Universal de Direitos Humanos contém um conjunto indissociável e interdependente de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa humana não se realiza por completo. Referida Declaração ensejou elaborações de cartas constitucionais e tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, contendo

⁷⁷ Na referida ADIN discutiu-se a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 3/93 e da Lei Complementar n.º 77/93, em relação a criação do IPMF.

obrigações jurídicas concretas aos Estados nacionais. São normas jurídicas claras e precisas, voltadas para a proteção e promoção dos interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas que obrigam os Estados nacionais no plano interno e externo.

Com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e a adoção de declarações, convenções e tratados internacionais para a proteção da pessoa humana, os direitos humanos deixaram de ser uma questão exclusiva dos Estados nacionais, passando a ser matéria de interesse de toda a comunidade internacional. Criaram-se mecanismos judiciais internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Corte Interamericana e a Corte Européia de Direitos Humanos ou quase-judiciais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, demonstrando a reformulação do conceito de soberania. Entretanto, a obrigação primária de assegurar os direitos humanos continua a ser responsabilidade interna dos Estados Nacionais.

Norberto Bobbio salienta que cada Estado possui um dever internacional de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana em seu território⁷⁸.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma vasta identificação de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além de um conjunto preciso de garantias constitucionais. A Constituição impôs ao Estado brasileiro a obrigação de reger-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da "prevalência dos direitos humanos" (artigo 4º, inciso II). Como resultado desta nova diretriz constitucional, o Brasil, no início dos anos noventa, do século XX, ratificou a adesão aos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e às Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Americana de Direitos Humanos, que se encontram entre os mais relevantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Em 1993, o Brasil desempenhou papel decisivo na elaboração e

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

aprovação da Declaração e do programa da Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena, que recomendou aos Estados nacionais a elaboração de planos nacionais para a proteção e promoção dos direitos humanos. Em data de 13 de maio de 1996, lançou-se oficialmente o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), tornando o Brasil o terceiro país, depois da Austrália e das Filipinas, a atender a recomendação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de preparar um plano de ação para proteção e promoção dos direitos humanos.

A Constituição brasileira de 1988 constitui um marco importante na institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Coincidiu com a redemocratização do País, após mais de vinte anos de ditadura militar. Através desta institucionalização, os direitos então humanos, passaram a ser considerados, internamente, direitos fundamentais. A dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm caracterizar os princípios constitucionais.

Ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional, a ordem jurídica interna se abre ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, com a ratificação de diversos acordos internacionais. Nos dizeres do Professor Antonio Augusto Cançado Trindade:

[...] a construção da moderna cidadania se insere assim no universo dos direitos humanos, e se associa de modo adequado ao contexto mais amplo das relações entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento, com atenção especial ao atendimento das necessidades básicas da população (a começar pela superação da pobreza extrema) e à construção de uma nova cultura de observância dos direitos humanos.⁷⁹

Desta forma, a garantia dos direitos fundamentais implica, inclusive, em intervenção externa, enfatizando-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve

⁷⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memória da conferência mundial de direitos humanos. Viena 1993. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 149, n. 225, p. 222, jan. 1995.

se reduzir ao domínio reservado do Estado, ou seja, não deve se restringir à competência nacional ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse e repercussão internacional. Daí decorre a noção tradicional de soberania absoluta do Estado, através de um processo de relativização, admitindo-se intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos. Concretiza-se a idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.

As tutelas de urgência serão instrumentos para que se efetive e se garanta a fruição dos direitos humanos, na busca da consolidação da democracia, do estado de direito e da solidificação de uma sociedade mais justa, no âmbito interno. Sendo assim, presentes os requisitos legais e em se tratando de direitos fundamentais, com proteção inclusive no âmbito internacional, a tutela antecipada deverá ser concedida.

[...] é inegável que o cidadão tem direito a uma tutela tempestiva. Lembre-se que a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º, §1º, garante que toda "pessoa tem direito a uma audiência equitativa e pública, dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial", ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º - que tem plena vigência no território brasileiro, em face do artigo 5º, § 2º, da CF -, afirma que "toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...]".⁸⁰

Ex positis, pode-se perceber a validade desse estudo como contribuição para o desenvolvimento da ciência do direito processual e material, em face da importância de uma análise mais detida sobre necessidade de garantia dos direitos humanos e os problemas decorrentes da morosidade do Judiciário, que atingem diretamente os possuidores e detentores efetivos de direito líquido e certo, sem perder de vista, na busca insaciável pela satisfatividade imediata do processo, a segurança jurídica, fruto da luta do memorável Chiovenda.

É desta forma que o presente trabalho espera contribuir para a elucidação do que sejam as tutelas de urgência, elencando, assim, suas características essenciais e buscando

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 51-52.

juntamente com os processualistas modernos fazer do processo civil um meio de solução de litígios sem demora, atentando sempre para a efetividade do exercício dos direitos humanos, bem como para a segurança jurídica, o que é desejo da sociedade urbana de massa que não admite mais a morosidade jurisdicional imposta pela ordinariade.

3.4 Interpretação das leis segundo os valores expressos nas declarações dos direitos humanos

Hodiernamente, a interpretação constitucional tem-se voltado para a parte substantiva da Constituição em contraposição aos estudos voltados para a esfera organizacional da Lei Maior, sobretudo em razão da velha hermenêutica de SAVIGNY de cunho formalista e preocupada com as questões de silogismo e subsunção das normas aos fatos.

A hermenêutica constitucional atual é direcionada por métodos de interpretação material, evidencia o hermenêutico-concretizador e o tópico-problemático. Os direitos humanos fundamentais devem servir de parâmetro para análise e aplicação das normas constitucionais. Desta forma, torna-se de suma importância, na averiguação dos casos que comportam a incidência da tutela antecipada, observar a compatibilização da medida com os direitos humanos fundamentais.

O legislador, em nenhum caso e por nenhum instrumento poderá tolher a liberdade de ação do Poder Judiciário enquanto guardião da justiça, privando-o de dar a prestação jurisdicional final ou antecipá-la, se presentes requisitos de urgência que ameacem o futuro da própria tutela jurisdicional, como no caso de antecipação de tutela em face da

Fazenda Pública. Nesse sentido, julgou o STF a Rcl 1067/RS, tendo por Relatora a Min. Ellen Gracie:

Plenário deste Supremo Tribunal fixou o entendimento de que a decisão prolatada no julgamento liminar da ADC nº 4-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, referente à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não se aplica aos casos que tenham por objeto matéria de natureza previdenciária. (Precedentes: Reclamações nºs 1.122 e 1.015, Rel. Min. Néri da Silveira; 1.014, Rel. Min. Moreira Alves).

Referida decisão demonstrou entendimento adotado neste trabalho no sentido de que, em se tratando de casos excepcionais e urgentes, que envolvam direitos fundamentais assegurados constitucionalmente como, por exemplo, matéria de natureza previdenciária, que tem explícito caráter alimentar, cabem medidas urgentes contra a Fazenda Pública.

O STF vem entendendo que direitos e garantias fundamentais não podem ser tolhidos e violados pelas normas que protegem por demais a Fazenda Pública, conforme também se vislumbra do seguinte acórdão: Rcl 1257/RS. Relator: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA ANTECIPADA, DE PAGAMENTO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE DERESPEITO À DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA A.D.C. 4-DF. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a decisão proferida na ADC 4-DF não se aplica às hipóteses de pensões previdenciárias. 2. Precedentes. 3. Adotadas a exposição, a fundamentação e a conclusão do parecer do Ministério Público federal, bem como as dos precedentes nelas referidos, além de outros no mesmo sentido, a Reclamação é julgada improcedente, cassada a medida liminar concedida.

Os principais óbices à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública no sistema processual brasileiro consistem no reexame necessário, pois, mesmo que se antecipe a sentença, esta não tem eficácia antes do desfecho da devolução obrigatória, nos termos do artigo 475 do CPC e na negativa de vigência ao artigo 188 do CPC, ao reduzir o prazo de defesa e de recurso. Contraria o artigo 730 do CPC e o artigo 100 da CF, bem como os dispositivos orçamentários constitucionais, quando gera antecipação financeira. A

“instrumentação da execução”, além de ferir a ordem cronológica do precatório, esbarra no conjunto de requisitos cumulativos do artigo 273 do CPC, especialmente no *periculum in mora* e na irreversibilidade. Ademais, ainda que não seja um argumento capaz de impedir a aplicação do artigo 5º da CF, não se pode fazer “vistas grossas” à reserva do possível nem à reserva parlamentar, em que o cumprimento de decisões que impliquem gastos públicos fica a depender da existência de meios materiais disponíveis para sua implementação.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 4, demonstrou entendimento no sentido de que, havendo choque entre interesses da Fazenda Pública e direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, como os de caráter previdenciário, em casos excepcionais, cabe, sim, a antecipação de tutela e provimentos urgentes contra o Erário. No mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina⁸¹, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, que teve como Relator o Desembargador Sérgio Paladino, manifestou-se no sentido de que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente e sem mesmo sua oitiva, o custeio de tratamento nos Estados Unidos, beneficiando um menor, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne (Fraqueza Muscular Progressiva), ao custo de US\$ 163.000,00, muito embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento para a doença, cuja origem é genética. Nesse julgamento foi asseverado que: "Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário", sendo afastados os argumentos de violação aos artigos 100 e 167, I, II e VI, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, em decisão que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar por grave lesão à ordem e à economia pública, solicitada pelo Estado de Santa Catarina.

A Constituição Federal constitui o suporte jurídico que apenas descreve e declara

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n.º 97.000511-3, da 2ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Paladino, Florianópolis, SC, 18 de setembro de 1997.

os direitos fundamentais a serem garantidos. Cabe aos Três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), nos limites de suas competências, garantir e assegurar, integralmente, o cumprimento das tarefas constitucionais declaradas no artigo 3º, bem como os fundamentos do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, postos no artigo 1º da Lei Maior.

Determinados dispositivos constitucionais têm aplicabilidade direta e imediata, independentemente de posterior complementação legislativa, cujos efeitos repercutem desde logo. É o caso dos direitos individuais e sociais prescritos no § 2º do artigo 5º da Constituição e de outros mais, como, por exemplo, os previstos na parte tributária.

Diante da aplicabilidade direta e imediata, jamais se pode negar a efetivação dos direitos fundamentais. Sob nenhum argumento o Estado não pode se eximir da prestação de serviços essenciais, como saúde, educação, segurança, justiça e assistência judiciária.

Por exemplo, o direito à saúde é um dos direitos sociais arrolados no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um direito constitucional de todos e dever do Estado, no sentido amplo de Poder Público. Sua aplicação tem eficácia imediata e direta, dispensando a *interpositio legislatoris*, pois, na verdade, o que está em questão é o direito à vida, à sobrevivência do ser, e esse direito é superior a todos. Sendo assim, o direito à saúde não é só um dos direitos básicos tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil, mas também por vários documentos jurídicos internacionais atinentes a direitos humanos, posto que o elemento saúde é essencial ao direito de viver com dignidade. Assim, conforme já mencionado, em casos de violação de direitos humanos, cabe, inclusive, intervenção externa.

Diante de tal premissa maior, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira, é direito do cidadão de, na busca emergencial de atendimento médico, postular aos entes governamentais ou ao judiciário, tratamentos clínicos, incluindo exames e cirurgias,

medicamentos, entre outros. Cumpre destacar que medicamento significa aquilo que traz efeito terapêutico, seja o medicamento propriamente dito ou eventualmente um alimento, como, por exemplo, um leite especial para criança que padeça de alguma enfermidade e que possua efeito terapêutico. Nesta situação, o leite será, sem dúvida, um remédio necessário, quiçá, imprescindível.

Em relação à saúde pública, a Constituição Federal de 1988 consagrou a solidariedade das pessoas federativas, de tal modo que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (artigo 23, inciso II), sendo, portanto, concorrentes. Ademais, em seu artigo 198, previu o legislador a criação de um sistema único de saúde, cujo financiamento decorre de recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Neste sentido, cumpre destacar o seguinte acórdão que teve como relator o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Roberto de Abreu e Silva:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Em sede de tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o sistema único de saúde (SUS) integra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade *ad causam* do apelante para compor o pólo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, nesta via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento de mérito. DESPROVIMENTO DO RECURSO. MANTENÇA DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.⁸²

Neste diapasão, é dever do Poder Público, através das diversas esferas governamentais, proporcionar à população meios idôneos e eficazes de acesso a diagnóstico e prevenção de doenças, assistência clínica e hospitalar quando necessária, além de facilitar a

⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2002.001.02662, da 12ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva, Rio de Janeiro, RJ, 04 de junho de 2002.

obtenção de medicamentos e tratamentos adequados. Para tanto, é essencial uma constante fiscalização estatal no cumprimento desses deveres pelos órgãos administrativos responsáveis.

A omissão do Estado em fornecer medicamentos ainda que não se comprove o estado de carência, configura atentado à vida. Entre os que pedem ajuda à Defensoria Pública para conseguir medicamento via processo judicial estão pessoas que precisam de substância como: a interferona peguilada para o tratamento de hepatite C, uma vez que, sem o uso de doses semanais fortes do medicamento, o doente morre; fármaco como o riluzol (rilutek) para os portadores de esclerose lateral amiotrófica, doença gravíssima, que só o uso deste medicamento pode alongar a sobrevivência do enfermo; e, carbamazepina indispensável ao tratamento da epilepsia, a fim de controlar convulsões. Sobre esta questão, cumpre destacar o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás:

MANDADO DE SEGURANCA. ATO OMISSIVO DA AUTORIDADE COATORA. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PACIENTE CARENTE. DEVER DO ESTADO. DIREITO A VIDA E A SAUDE. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS. O SISTEMA UNICO DE SAUDE - SUS, VISA A INTEGRALIDADE DA ASSISTENCIA A SAUDE, SEJA INDIVIDUAL OU COLETIVA, DEVENDO ATENDER AOS QUE DELA NECESSITAM EM QUALQUER GRAU DE COMPLEXIDADE, DE MODO QUE, RESTANDO COMPROVADO O ACOMETIMENTO DO INDIVIDUO OU DE UM GRUPO, POR DETERMINADA MOLESTIA, NECESSITANDO DE DETERMINADO MEDICAMENTO PARA DEBELA-LA, ESTE DEVE SER FORNECIDO, DE MODO A ATENDER AO PRINCIPIO MAIOR, QUE E A GARANTIA A VIDA DIGNA. EXEGESE DOS ARTIGOS QUINTO, CAPUT; SEXTO E 196, DA CONSTITUICAO FEDERAL. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES. SEGURANCA CONCEDIDA.⁸³

O Supremo Tribunal Federal, através do ministro paulista Celso Mello, deixou claro seu posicionamento no sentido de que incumbe ao poder público “formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”. De modo que o artigo 196, segundo o ministro do STF,

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Mandado de Segurança n.º 13383-5/101, da 3ª Câmara Cível. Relator: João Waldeck Félix de Sousa, Goiânia, GO, 11 de outubro de 2005.

“não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”⁸⁴.

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça se manifestou:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. USUÁRIO DE PLANO DE SAÚDE PRIVADO. ATENDIMENTO EM REDE PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO SUS. PREVISÃO NA LEI Nº 9.656/98, ART. 32. ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU QUE DIRIMIU A CONTROVÉRSIA SOB A ÉGIDE DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS (ARTS. 195 E 196). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 282 e 356 DO STF. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c declaratória de nulidade de atos administrativos e nulidade de débito, com pedido de antecipação de tutela, proposta por São Lucas Saúde S/A contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, em que se discute a ilegalidade e inconstitucionalidade das normas que determinam o ressarcimento ao SUS dos valores despendidos por este no atendimento de pessoas cobertas por plano de saúde privado. Sentença julgando procedentes os pedidos. Interposta apelação pela ré, o TRF da 2ª Região negou provimento à remessa oficial e ao recurso voluntário por entender que, ainda que se considere válida a tese do enriquecimento sem causa da operadora, este se deu em detrimento de seu associado, o qual pagou pela prestação de serviço médico-hospitalar, e não do Estado, cujo dever de assistência à saúde é intransferível, inescusável e de relevo constitucional. Afirmou, ademais, que eventual descumprimento de cláusula contratual é questão afeta exclusivamente à relação jurídica estabelecida entre operadora e beneficiário, da qual o Estado é parte estranha, e que a seguridade social é financiada por toda a sociedade, por meio de tributos recolhidos aos cofres públicos, dentre as quais a CPMF, para que lhe seja assegurado o direito constitucional de assistência médica gratuita elencado no art. 196 da Lei Maior. Recurso especial da ANS apontando violação dos arts. 32 da Lei nº 9.656/98 e 927 do Código Civil. Defende que é de responsabilidade exclusiva das operadoras a cobertura do custo financeiro pelos atendimentos médicos prestados aos seus respectivos usuários, seja em rede credenciada ou não. Sustenta, ainda, que o STF julgou constitucional o teor do art. 32 da Lei 9.656/98 e que o ressarcimento não pode deixar de existir, independentemente de culpa ou conduta irregular, sob pena de enriquecimento sem causa das operadoras de plano de saúde e que não há qualquer ônus novo às operadoras que, ao invés de pagarem à rede privada, pagam ao SUS pelo atendimento. Contra-razões sustentando que o atendimento livre e espontâneo do SUS aos beneficiários de planos de saúde não caracteriza enriquecimento sem causa das operadoras, uma vez que o Estado destina anualmente verbas oriundas de impostos e contribuições sociais pagos por pessoas físicas e jurídicas, dentre elas as operadoras de planos de saúde, e que o ressarcimento é contribuição social destinada ao financiamento da seguridade social, sendo matéria reservada à lei complementar, não podendo ser objeto de lei ordinária (Lei nº 9.656/98). Aduz, ainda, que não há qualquer relação de direito material entre as empresas de planos de saúde e o Estado, que as operadoras não obtiveram vantagem sem causa uma vez que os valores que recebem de seus beneficiários têm origem

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 271286, da 2ª Turma. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 12 de setembro de 2000.

contratual e são pagos independentemente de sua utilização, em razão do caráter aleatório presente na relação jurídica contratual e que o STF ainda não julgou a ADIN 1931-8/DF, ao contrário do que afirmou a recorrente, havendo apenas apreciação da matéria em sede de liminar.

2. Não tendo o aresto recorrido emitido pronunciamento sobre o teor do art. 927 do Código Civil, mesmo após a oposição de embargos de declaração, inviável torna-se a apreciação do recurso especial pela ausência de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF.

3. A questão central da lide, referente ao dever de ressarcimento ao SUS introduzido pelo art. 32 da Lei 9.656/98, foi dirimida, em segundo grau, sob a ótica constitucional ao aplicar-se o insculpido nos arts. 195 e 196 da CF/88. Exarou-se o entendimento de que a transferência para as operadoras de planos de saúde dos custos dos serviços prestados pelo SUS aos seus beneficiários implica instituição de assistência médico-hospitalar estatal de natureza onerosa, o que não encontra respaldo na Lei Maior, bem como na tentativa do Estado de atribuir caráter de complementariedade e excepcionalidade ao seu mister, passando para o particular um *múnus público* que a Constituição Federal originariamente lhe conferiu.

4. Recurso especial não conhecido.⁸⁵

Diante da competência concorrente e do sistema único de saúde, o cidadão hipossuficiente pode optar por uma das esferas governamentais para acionar e ver efetivado o seu direito à saúde, não prosperando quaisquer arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva *ad causam* ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados. Nessa linha, já vem decidindo os tribunais brasileiros, inclusive em razão do caráter de urgência que norteia as ações em face do Poder Público, pleiteando remédios e tratamentos essenciais aos hipossuficientes.

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. LEGITIMIDADE. É dever de todos entes da federação prestar, de forma solidária, serviços de atendimento à saúde da população, não podendo o Município, se procurado, negar-se a responder por tratamento de moléstia grave. Exegese do art. 196 da CF e do art. 241 da CE/RS. MULTA. Cabível a fixação de multa de natureza inibitória, visando ao cumprimento de obrigação específica pelo devedor, no caso, o fornecimento de medicamentos ao agravado. Exegese do art. 461, § 5º, do CPC. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME.⁸⁶

Conclui-se que o Estado tem obrigação de natureza *rebus sic stantibus*. Tem a obrigação de prestar assistência à saúde do cidadão, incluindo os casos de doenças crônicas

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 698432, da 1ª Turma. Relator: José Delgado, Brasília, DF, 19 de abril de 2005.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n.º 70011724085, da 1ª Câmara Cível. Relator: Roque Joaquim Volkweiss, Porto Alegre, RS, 14 de setembro de 2005.

atestadas por laudo médico de profissional habilitado, com alto custo, tendo em vista que o cidadão deste século XXI tem o direito fundamental de usufruir dos avanços tecnológicos como corolário do seu direito à dignidade. Portanto, é dever do Poder Público e direito do cidadão postular ao judiciário ou mesmo aos entes governamentais - Diretor do (Hospital, Pronto-Socorro, Maternidade, Unidade ou Serviço de Saúde), juntamente com o Secretário Municipal de Saúde:

1. Agendamento de consultas em prazo razoável;
2. Realização de exames, tratamentos ou cirurgias solicitadas pelo médico em prazo razoável;
3. Internação em casos graves;
4. Vaga para realização de parto;
5. Fornecimento de próteses ou órteses necessárias para realização de cirurgia ou para pessoas portadoras de patologias ou deficiências;
6. Tratamento igualitário no acesso aos serviços de saúde (não ocorrência de fila dupla);
7. Fornecimento de medicamentos.

Tais direitos são fundamentados nos seguintes dispositivos legais:

- art. 3º, Declaração Universal dos Direitos Humanos: direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal;
- art. 1º, III, CF: fundamento do Estado Democrático de Direito - dignidade da pessoa humana;
- art. 5º, *caput*, CF: garante o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade;
- arts. 196 e 198, II, CF: a saúde é direito de todos e dever do Estado, que tem a

obrigação de proporcionar um atendimento integral;

- Lei 8080/90 (que criou o SUS): garante acesso aos serviços de saúde de maneira eficaz e sem qualquer discriminação;
- art. 5º, Lei 8.080/90: dever do SUS de promover ações de proteção (prevenção) e recuperação da saúde;
- art. 6º, Lei 8.080/90: dever de assistência farmacêutica, ou seja, fornecimento de medicamentos, ainda que esse medicamento não esteja na lista daqueles considerados essenciais pelo governo;
- art. 7º, I, II e IV, Lei 8.080/90: dever de garantir atendimento integral à saúde de todos os cidadãos, sem qualquer distinção, incluindo casos de doenças crônicas, com alto custo, pois, o cidadão deste século XXI tem o direito fundamental de usufruir dos avanços tecnológicos como corolário do direito à dignidade;
- art. 37, *caput*, CF (princípio da impessoalidade): não discriminação, inclusive por motivos financeiros;
- art. 170, CF: a ordem econômica visa garantir a existência digna;
- Decreto nº 3.298/99 (artigo 18), que regulamenta a Lei nº 7.853/89 (dispõe sobre os portadores de deficiência física): dever do SUS de, gratuitamente, fornecer de órteses, próteses, bolsas coletoras e materiais auxiliares;
- LC Estadual nº 791/95 (Código de Saúde de SP), art. 24: “As unidades básicas de saúde e os prontos-socorros públicos manterão em funcionamento, em caráter permanente, serviço de farmácia para o fornecimento gratuito de medicamentos aos pacientes nele atendidos”.

Diante desta breve exposição, tem-se como resultado que, tanto a tutela antecipada quanto a medida cautelar são medidas cabíveis em todos as ações jurídicas que

objetivem a tutela emergencial de saúde em face do Poder Público.

Por fim, conclui-se que qualquer norma infraconstitucional que rege as tutelas de urgências deve ser interpretada conforme o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois esta é sua verdadeira fonte, conforme já proclamou o Supremo Tribunal Federal na ADCM nº 4, o “acautelar é imanente ao julgar”.

Neste contexto, destaca-se o entendimento do constitucionalista Alexandre de Moraes, com escopo nos escólios de Canotilho, Vital Moreira e Jorge Miranda, resumindo os postulados essenciais de aplicação das normas constitucionais em consonância com a doutrina dos direitos humanos:

[...] • **da unidade da jurisdição**: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas; • **do efeito integrador**: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política; • **da máxima efetividade ou da eficiência**: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda; • **da justeza ou da conformidade funcional**: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário; • **da concordância prática ou da harmonização**: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros... • **a contradição dos princípios**: deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios.⁸⁷

3.5 Relevância contemporânea da luta pela efetividade dos direitos humanos

Direito se constitui em um processo de mutação permanente, tendo em vista o dinamismo da sociedade e da própria vida. Ademais, o Direito contém em si mesmo a idéia de movimento, ou seja, de construção e reconstrução de padrões sociais, de formulação e

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

reformulação de idéias, além de conciliação e reconciliação de mudanças. Daí a importância da experiência humana na sociedade, bem como do Direito nela adotado. Entretanto, paralelamente a este modelo aparentemente equilibrado, vislumbra-se a ruptura de modelos ou de sistemas até então adotados e sua substituição por outros, cujos paradigmas não guardam mais identidade de significado com o modelo anterior até então tido como certo.

O reconhecimento e a positivação jurídica dos direitos humanos foram sendo conquistados através das denominadas "gerações de direitos fundamentais", decorrentes de determinados processos históricos. Com a criação da Lei Constitucional, o constitucionalismo formulado e formalizado deu os contornos do Estado de Direito. O homem criou o Estado de Direito. Os burgueses o fizeram liberal. Como a esses autores liberalizantes do modelo interessava o individualismo, foi com essa conotação que os direitos humanos se introduziram nos sistemas constitucionais modernos.

Assim, o direito tem o sentido relativo que a experiência histórica lhe vota. O significado do homem para o Direito é absoluto. O sentido do Direito para o homem é relativo. Portanto, a relatividade é inerente aos direitos humanos, quando se tem por certo ser próprio do Direito a historicidade dos elementos que o compõem e, ainda, que os sistemas jurídicos não guardam o condão de absolutos.

Os direitos fundamentais concebem-se, antes, nas idéias, nas lutas, nos movimentos sociais, nos atos heróicos individuais, nas tensões políticas e sociais que antecedem as mudanças. Entretanto, a positivação dos direitos fundamentais não estanca a necessidade de conquistar novos direitos visando a satisfação das relações humanas.

O conceito de direitos humanos é, pela tradição no Ocidente, tratado principalmente pelo marco do direito constitucional e do direito internacional, cujo propósito é construir instrumentos institucionais à defesa dos direitos dos seres humanos contra os abusos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, ao mesmo tempo em que busca a

promoção de condições dignas de vida humana e de seu desenvolvimento.

Sendo assim, diante do constitucionalismo contemporâneo, que não tem uma expressão definida, ora tido como moderno ora como pós-moderno, torna-se essencial repensar seus valores centrais, tais como, a dignidade da pessoa humana e o respeito à liberdade de cada um e de todos no espaço político. A "pós-modernidade" traz em si a semente destruidora dos valores fundamentais e dos princípios determinantes da organização social e política voltada para o homem, comprometendo a eficácia universal dos direitos assegurados pelos sistemas baseados na ética. Neste sentido, leciona Antonio-Enrique Pérez Luño⁸⁸, segundo o qual,

[...] la posmodernidad constituye un marco convencional de referencia a la irrupción de un conjunto de signos que entrañan una ruptura respecto a los valores culturales de la modernidad. En el ámbito jurídico, moral y político se repiten con asiduidad las tesis de quienes propugnan abolir los grandes valores ilustrados: racionalidad, universalidad, cosmopolitismo, igualdad, que consideran caducos, y propugnan reemplazarlos por una exaltación – muchas veces simplificadora y acrítica – de la diferencia, la diseminación, la deconstrucción, así como la vuela a un nacionalismo tribal y excluyente. Las normas jurídicas generales y abstractas, corolario de exigencias éticas universales, están siendo hoy cuestionadas en nombre de las preferencias particularistas fragmentarias; la propia legitimación ética del Derecho y de la Política, basada en principios consensuales universalizables, se considera un ideal vacío y sospechoso. ... Esamos asistiendo, en definitiva, a un nuveno asalto a la teoría postuladora de la integración de la Moral, la Política y el Derecho, en la medida en que dicha teoría formaba parte del aparato legitimador de los Estados de Derecho.

Por outro lado, os progressos científicos, bem como a globalização das relações em curso, não foram suficientes para afastar as mazelas do modelo econômico vivenciado. A sociedade mundial não pode ignorar o fato de que dois terços da população global estão vivendo abaixo da linha da pobreza, e que vinte e cinco por cento dos seres humanos não têm acesso à água potável, além de existir um nível de concentração de riqueza absurdo.

Neste contexto, começo de século, de um milênio novo, sobremem a contemporânea luta pela efetividade dos direitos humanos, que têm por ideologia, em último

⁸⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos humanos y constitucionalismo en el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 13.

grau, a construção histórica de uma sociedade mais justa. Apresenta-se como uma das vias para a solução do grave problema das desigualdades sociais, à medida que incorpora ideal de compromisso com a dignidade da pessoa humana, em contrapartida a uma concepção de sociedade impessoal, massificada e insensível, oriunda do modelo de globalização econômica excludente.

Estamos vivenciando um tempo, tanto de reações como, principalmente, de criações e mutações. Diante da turbulência em que se converteram as relações humanas nestes últimos anos. Torna-se vivaz a observância efetiva das necessidades humanas fundamentais, o reconhecimento e aplicação dos direitos humanos tão necessariamente fundamentais, assim como o suprimento dos desejos humanos também tidos como fundamentais.

A eterna busca da liberdade prepara o caminho para a concretização de uma igualdade jurídica e social de todos, afastando-se a desigualdade e a totalização do poder sobre todos. Esta busca plena de liberdade individual e social conduz à dignidade da pessoa humana, que somente se concretiza plenamente pelo princípio político da solidariedade social.

A efetividade dos direitos humanos, ao ser garantida pela eficácia do processo, torna-se garantia do Estado Democrático de Direito e do desenvolvimento da cidadania. Esta efetividade será explícita na medida em que a incidência da antecipação da tutela for norteadada pelos valores expressos nas Declarações dos Direitos Humanos e pelos dispositivos legais constantes na Carta Constitucional relativos aos direitos humanos. Por outro lado, os direitos conferidos aos cidadãos somente se concretizam por meio de instrumentos processuais eficazes como a tutela antecipada, observados os limites de sua aplicação.

Conforme demonstrado, os indivíduos possuem direitos independentes da vontade estatal ou de terceiro. Daí o caráter universal dos direitos humanos, que pertencem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção, independente de sua nacionalidade,

sexo, raça, credo ou convicção políticofilosófica, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado. Nos termos da Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, artigo 5º: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Além da universalidade, os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, de forma que todos devem ser respeitados em sua integralidade, pois, somente o reconhecimento integral de todos pode assegurar a existência real de cada um deles. Ademais, os direitos humanos são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, como também possuem a característica da exigibilidade ou efetividade, uma vez que todos têm caráter normativo, sobretudo porque estão consignados em tratados internacionais com força coativa, e em todas as constituições modernas. Em resumo, os direitos humanos têm eficácia vinculante cada vez mais genérica, extensa e de aplicabilidade imediata, com perda do caráter de normas programáticas.

Todas estas características demonstram a necessidade contemporânea da eficácia dos direitos humanos. Principalmente em relação ao seu aspecto universal, pois, sendo direitos supranacionais, sua violação poderia causar intervenções ou até mesmo retaliações por parte de outros países.

Ademais, no contexto atual, verifica-se uma sociedade aparentemente idealista, mas, no entanto, sem ideais concretos, exceto o lucro a qualquer custo, propagando-se sob o título de "globalização" e de "neoliberalismo". Através dos comportamentos estatais, propõem-se modelos de governos e de atuações governamentais e sociais, cujas conquistas se fizeram ao longo do último século e meio.

O ponto nevrálgico que deve ser observado é que a globalização, ao contrário do que é transmitido ao público, nada mais é do que o imperialismo que desde os romanos

proporcionam o domínio pelas sociedades dotadas de maior poder de inserção, com proveito próprio e exclusivo benefício. O imperialismo que colonizou, agora atua com outras armas. Os mais frágeis, especialmente os mais fracos economicamente, tornam-se os neo-escravos, sem direitos e sem razões.

O mundo de hoje tem apenas um ângulo, o do capital, o do lucro, o do ganho. A única “ética” prezada e reverenciada limitou-se ao utilitarismo lucrativo. O ser humano passou de escravo a servo, de servo a súdito, de súdito a cidadão, de cidadão a consumidor. Neste contexto, quem não consome não têm direitos, está excluído, pois, deixa de ser útil a um sistema voltado para o lucro. Não há outro critério moral aceitável. Se o indivíduo está excluído, está fora da sociedade e, portanto, não lhe cabe a aplicação do direito que é um conjunto de normas proposto para vida em sociedade. Assim, inaugura-se um processo de escravização branca de populações inteiras, às quais se nega até o direito de existir na sociedade, pois a esta não seria útil. Estes novos escravos são os desempregados, forçosamente excluídos do sistema, os pobres que se aglomeram em viadutos ou em favelas e, até mesmo aqueles que trabalham para a subsistência. O fato de serem literalmente excluídos da sociedade atual retira-lhes a condição básica do ser humano, qual seja, a dignidade, projetando-os ao estado de carência de qualquer direito. A esta legião excluída, não se aplicam os direitos humanos, pois, freqüentemente, morrem por falta de atendimento médico (violação do direito à vida e à saúde), nos corredores dos hospitais públicos, morrem por desnutrição, não conseguem trabalho, não têm do Estado um amparo quando idosos, entre outros problemas. Daí a preocupação com a efetividade dos direitos humanos em relação a toda a sociedade.

Diante da globalização, do neoliberalismo, da livre concorrência, fala-se em um Estado mínimo. Entretanto, a desregulamentação, juntamente com a não atuação concreta do Governo, levará a uma desconstitucionalização dos direitos fundamentais, bem como à

desumanização das relações sociais, tendo ainda, como conseqüência inafastável a ausência de justiça. Somente com a adesão plena dos cidadãos de toda a comunidade mundial, os direitos humanos se farão ativos e capazes de assegurar que a Constituição faça-se viva entre os indivíduos. Portanto, a integração entre os sistemas constitucionais e o direito internacional torna-se, no contexto atual, crucial para o aperfeiçoamento e aplicação eficaz e eficiente dos direitos fundamentais, produzindo a solidariedade jurídica e garantindo a ética a toda a humanidade, de forma que haja uma conjugação de valores, princípios e experiências jurídicas que se complementem e se aprofundem para a melhoria do ser humano. Ao contrário, a "ética" do lucro e do abandono humano não é ética, é imoralidade e arbítrio desumano.

CAPÍTULO 4 ACIONABILIDADE PROCESSUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Eficácia dos direitos fundamentais

A análise da eficácia das normas constitucionais exurge de extrema relevância, pois, está intimamente vinculada à questão da força normativa de seus preceitos.

De acordo com o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Antes de abordar a questão propriamente dita, cumpre definir o conceito de vigência da norma, aplicabilidade e eficácia jurídica e social. A vigência seria a qualidade da norma que lhe confere existência no plano jurídico, tornando-a de observância obrigatória. Decorre da observância dos procedimentos específicos (promulgação e publicação) para que a norma passe a ter existência no ordenamento. É pressuposto para a eficácia da norma, tendo em vista que uma norma somente poderá ser eficaz, se for vigente, ou seja, se existir no âmbito jurídico. A validade seria a compatibilidade do ato normativo com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico no que concerne à competência, adequação da forma, licitude e possibilidade do objeto. Portanto, não se confunde com a vigência que se refere à existência jurídica da norma. Assim, uma norma válida é aquela elaborada de forma adequada pelo órgão competente e com objeto lícito e possível. Quanto à eficácia, cumpre consignar que está relacionada diretamente ao conceito de aplicabilidade. A eficácia social está ligada ao conceito de efetividade no plano dos fatos, enquanto a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir efeitos jurídicos. Neste contexto, a norma jurídica não produzirá efeitos, se a

norma não dispor de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos.

Alguns autores como Rui Barbosa adotaram a concepção clássica em relação à eficácia das normas constitucionais, segundo a qual verifica-se se determinado preceito constitucional é dirigido ao legislador ou se pode ser objeto de aplicação pelo Judiciário, através da expressão literal. Entretanto, tal concepção clássica da classificação das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, que não produz nenhum efeito, sofreu combativas críticas. Isto porque inexistente norma constitucional totalmente destituída de eficácia, tendo em vista que sempre será capaz de produzir algum tipo de efeito, ainda que apenas estabelecendo alguns parâmetros para atuação do legislador.

Desta forma, entendemos que qualquer preceito da Constituição Federal brasileira, mesmo se de cunho programático, é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, independentemente da normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte. A tendência atual é de se estender o princípio da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais a todas as normas constitucionais.

Segundo Luís Roberto Barroso⁸⁹, as normas constitucionais podem ser distinguidas em três tipos, quais sejam:

- Normas de organização: que abrangem as normas que veiculam decisões políticas fundamentais, normas definidoras de competências, normas que criam órgãos públicos e normas que estabelecem processos e procedimentos;
- Normas definidoras de direitos: abrangendo os direitos fundamentais;
- Normas programáticas: que estabelecem programas, fins e tarefas para os órgãos estatais.

Alguns doutrinadores entendem que os direitos fundamentais podem ser

⁸⁹ Citado por SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 235.

positivados como: normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos.

Quanto à função, em razão de sua multifuncionalidade, os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grupos, tais como, direitos de defesa e direitos a prestações. O direito de defesa abrange os direitos de liberdade, tanto social como política, igualdade, garantias e direitos sociais. Os direitos a prestações seriam os direitos à proteção e participação na organização e procedimento. A doutrina majoritária entende que os direitos de defesa são de aplicabilidade direta e imediata, enquanto os direitos a prestações, ao contrário, não têm aplicabilidade imediata, pois depende da atuação dos destinatários ou do próprio legislador.

Neste contexto, cumpre esclarecer se o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”) é aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive àqueles que estão situados fora das disposições do artigo 5º. Conforme se verifica do texto constitucional, não há nenhum óbice impedindo a eficácia direta e imediata dos preceitos fundamentais situados fora do artigo 5º, bem como dos princípios fundamentais previstos nos tratados internacionais. As normas programáticas apresentam certo grau de aplicabilidade direta e eficácia imediata. São normas cuja produção dos efeitos próprios e plenos definidores de direitos e garantias fundamentais depende de esclarecimento ou integração por norma infraconstitucional assim avocada pelo próprio constituinte. Como exemplos, no texto constitucional, há os direitos fundamentais sociais, previstos no artigo 7º.

Assim, é possível concluir que a norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF, consiste numa espécie de mandado de maximização, no sentido de que aos órgãos estatais cabe conferir maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Os direitos de defesa consistentes nos direitos à liberdade, igualdade, direitos-

garantias, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais, apresentam aplicabilidade imediata e eficácia plena, pois receberam do constituinte normatividade e independem de concretização legislativa.

Os direitos fundamentais sociais, denominados liberdades sociais, tendo em vista sua estrutura normativa e suas funções, enquadram-se no grupo dos direitos de defesa, sendo, portanto, imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes. Já os direitos sociais, na sua dimensão prestacional, têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário ou do Estado, consistente numa prestação de natureza fática ou normativa. De qualquer forma, os direitos fundamentais prestacionais sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos. Enquanto os direitos fundamentais de defesa visam limitar o poder estatal, os direitos sociais prestacionais reclamam uma atuação do Estado na esfera econômica e social, visando a melhoria, a distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.

Os direitos sociais de segunda geração foram sendo definidos em documentos jurídico-normativos a partir dos anos trinta, principalmente, após os horrores da Segunda Guerra Mundial. Surgia neste contexto a teoria da “norma programática”, espécie de limbo constitucional, no qual permaneciam as normas contenedoras de expressões de direitos para as quais a impositividade do cumprimento ficava a depender de providências supervenientes, sem limite temporal para a sua adoção e sem sanção específica para o seu não-cumprimento. Entretanto, os direitos sociais de segunda geração passam a ser instrumentalizados constitucionalmente e tornam-se justificáveis com as novas constituições, adotadas em períodos mais recentes.

A Constituição brasileira de 1988, ao tratar a matéria, em capítulo separado, conferiu aos direitos sociais *status* de verdadeiros direitos fundamentais, e não apenas expressão de uma determinada ordem. Tratou como verdadeiros direitos fundamentais aqueles

contemplados no artigo 6º, tais como: o direito à saúde, ou seja, à proteção da saúde; o direito ao trabalho, sendo que o direito do trabalho é uma dimensão; o direito ao lazer; o direito à moradia, incorporado pela Emenda Constitucional n.º 26, de 2000; o direito à educação; o direito à previdência; o direito à segurança; o direito à assistência aos desamparados; o direito à proteção da infância e o direito à proteção da maternidade. São direitos decorrentes de luta árdua, que não acabou no momento da promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988, pois, a luta agora é pela efetividade desses direitos.

Mesmo diante dos direitos fundamentais prestacionais, cumpre esclarecer que, ainda que existam normas que dependam da atuação do destinatário ou do Estado, a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, expressa no parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição da República do Brasil revela que a sua exigibilidade não se limita a condicionamentos nem a situações adotáveis apenas imediatamente. Tanto que, no próprio texto constitucional, incluiu-se uma nova garantia processual fundamental, qual seja, o mandado de injunção, que tem como objeto a falta de norma regulamentadora (que) torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, inciso LXXI).

Estando no ordenamento jurídico como preceito maior, a Constituição deve ser respeitada e aplicada amplamente, imponha ela uma abstenção ou um comportamento comissivo do Estado ou mesmo de outra pessoa. A Constituição Federal brasileira não sugere, determina, devendo, imediatamente, serem cumpridos os preceitos que viabilizarem o exercício de direitos fundamentais por ela declarados e assegurados.

Assim, ainda que o exaurimento total dos direitos e garantias fundamentais dependa da atuação do legislador infraconstitucional, o titular do direito não pode ficar à mercê da atuação legislativa, que muitas vezes atrasa sua pauta, com problemas, inclusive, abrangendo corrupção. Não se pode tolerar a omissão legislativa, num total desrespeito a

preceito de ordem constitucional. Em outras palavras, mesmo que as normas que prescrevem determinados direitos fundamentais tenham caráter programático, sua eficácia deve ser imediata e plena, através da atuação do legislador infraconstitucional, tornando o direito garantido constitucionalmente exequível.

Neste diapasão, sendo a aplicação dos direitos fundamentais imediata, inexistindo lei infraconstitucional, ao titular do direito garantido constitucionalmente é concedida a possibilidade de fazer uso do instrumento constitucional criado exatamente para que os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania não fiquem carentes de certeza e viabilidade. Assim, a solução para que os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas arroladas acima tenham eficácia plena é oferecida pela própria Constituição. Portanto, o que se busca é evitar que o cidadão tenha frustrado o seu direito por artil institucional havido na inércia de órgãos públicos competentes para agir e que, não o fazendo, falseiem e agridem a Constituição. O legislador não terá, por força de mandado de injunção impetrado e concedido, minguada ou comprometida a sua competência, que se mantém íntegra e de exercício obrigatório. Mas nem por isso se elimina o direito constitucionalmente assegurado a seu titular, enquanto não existir dispositivo capaz de produzir efeitos próprios e plenos da norma constitucional.

Referido entendimento se fundamenta especialmente no fato de o objetivo em última *ratio* do Direito ser a solução das questões que nascem na sociedade, mormente em razão de sua aplicação. No próprio texto constitucional, extrai-se uma solução justa e equilibrada para a questão da eficácia jurídica dos direitos fundamentais. Aos poderes constituídos incumbe cumpri-la e, se for o caso, propor o seu aperfeiçoamento, pois, indispor de vontade política para fazê-lo é ferir a própria Constituição, devendo ser responsabilizado quem o fizer. Sendo o próprio Estado um dos maiores agressores aos direitos fundamentais, haveria um descompasso em deixar que apenas ele definisse quando e como cumprir as

normas constitucionais. Assim, o Poder Judiciário torna-se "guarda da Constituição", assegurando a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, especialmente quando se apresentar quadro de ameaça ou violação dos mesmos.

A jurisdição é, em si, um direito fundamental expresso, tanto no plano internacional (artigo 10, da Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948) quanto no plano interno dos diferentes Estados (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República do Brasil). Sendo o Poder Judiciário a segurança da garantia de um direito, se não houver jurisdição constitucional eficiente e jurisdição internacional efetiva, todos os outros direitos fundamentais tornam-se vulneráveis e dependentes das eventuais condições das sociedades, dos governos e dos governantes. Então não se terão direitos fundamentais garantidos, mas eventuais situações políticas experimentadas.

Diante de todo o exposto acerca da eficácia dos direitos humanos, pode-se concluir que o Poder Judiciário passou a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais, tendo em vista que esses não se põem a ressarcimento posterior ou reparação, pois seu exercício é indisponível e inadiável. Estamos tratando de garantia ao direito à vida, sendo que, o ínfimo decurso do tempo, nada mais poderá garantir. Estamos tratando de garantia da liberdade, em que, se a imediata segurança não se impuser de pronto estará ela perdida naquele momento e não se lhe poderá repor. Enfim, estamos tratando do direito à dignidade, parâmetro maior de todo ordenamento jurídico.

Cabe ao Judiciário evitar os desmandos que acometem, ameaçam e agridem os direitos fundamentais, decidindo com o razoável bom senso, nos termos da proporcionalidade, quando estiverem em confronto dois ou mais direitos fundamentais. Os direitos fundamentais devem ser interpretados considerando o texto e o contexto constitucional, a sede e a afluência dos direitos sobre os quais se questionam, realizando a justiça social. Deve haver uma

especialização da jurisdição diante da natureza dos direitos humanos e das conseqüências gravíssimas do seu não-atendimento tempestivo pela jurisdição buscada. Oportuno, inclusive, a especialização dos órgãos do Poder Judiciário com vistas ao conhecimento e julgamento das ações, nas quais o objeto precípua seja a alegação de ameaça ou violação dos direitos constitucionais fundamentais, com a criação de Varas e Turmas (ou Câmaras) nos tribunais brasileiros, especializadas. Ademais, também seria viável a preferência no julgamento das ações que versarem sobre direitos fundamentais ameaçados ou violados, pois, nestes casos, o que se busca é o pronto restabelecimento do estado de equilíbrio jurídico rompido com a ameaça ou lesão e, não uma reparação posterior com o comprometimento inarredável do direito, atestando a falha na prestação jurisdicional. Afinal, a fome não espera, a falta de saúde não engana a morte, a falta de liberdade não se põe em sala de espera.

Finalmente, ao Poder Executivo cumpre o dever de respeitar os direitos fundamentais, proporcionando políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais, assim como, eventualmente, fiscalizar a atuação dos demais poderes.

E a nós, juristas e seres humanos, cabe a reflexão acerca da eficácia dos direitos fundamentais. Não podemos ficar à mercê de leis que não são conhecidas, de discursos que não são ouvidos. Devemos, sim, comprometermo-nos com os deveres sociais, com a cidadania que somente se completa com a solidariedade, ou seja, com o respeito à dignidade do próximo.

4.2 Princípios constitucionais processuais e suas garantias legais

Princípio da legalidade

Um dos princípios primordiais do processo civil consiste no princípio da

legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, dispondo que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A primeira questão a ser analisada em relação a este princípio refere-se ao significado do vocábulo “lei”. A palavra lei empregada no texto constitucional significa norma jurídica apta à criação de direitos e obrigações, de forma que a sentença ou acórdão são também considerados norma jurídica, na medida em que criam ou reconhecem direitos, ensejando obrigações às partes. Portanto, ainda que não exista norma expressa regulamentando determinada situação, de acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, cabe ao órgão julgador, direcionado por princípios gerais de direito, analogia e até mesmo os costumes, solucionar a questão, criando entre as partes direitos e obrigações. Em outras palavras, a sentença ou acórdão são normas jurídicas, aptos a criarem entre as partes direitos e obrigações. Sendo assim, determinados direitos humanos, que não tenham regulamentação infraconstitucional expressa, podem ser objeto de antecipação de tutela e, conseqüentemente, obrigar a parte violadora dos referidos direitos.

A legalidade constitui-se na garantia que as partes têm de que o processo correrá dentro dos trâmites previamente prescritos na lei processual, exteriorizando direitos ou obrigações conforme a lei material.

Princípio da inafastabilidade da jurisdição

A inafastabilidade da prestação jurisdicional está prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, que prescreve: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Consiste numa garantia constitucional de que a lei jamais poderá limitar ou mesmo excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito. Assim, inviável e impertinente a imposição de exaurimento de procedimento administrativo (extrajudicial), em determinados casos, como pré-requisito para recorrer-se à instância judicial.

A inafastabilidade da prestação jurisdicional deixa claro, no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que tanto a lesão como ameaça a direito estão protegidos. Portanto, referido princípio constitucional, ainda que timidamente, garante a tutela antecipada pertinente quando determinado direito estiver sendo ameaçado e presentes os requisitos autorizadores.

O mencionado dever de apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário abrange uma prestação jurisdicional adequada, ou seja, efetiva e eficaz, capaz de satisfazer os anseios inicialmente postos, concretizando-se o direito material visado.

O artigo 5º, XXXV, da CF também deixa claro que o direito ao acesso à Justiça também abriga o direito a um órgão julgador preexistente e com competência para realizar a prestação jurisdicional adequada. É, portanto, vedada a criação *a posteriori* de Juízo ou Tribunal.

Princípio do juiz natural

Este aspecto do direito ao adequado acesso à Justiça, que proíbe a criação *a posteriori* de Juízo ou Tribunal, inter-relaciona diretamente com o princípio previsto no artigo 5º, inciso XXXVII, da CF, que proíbe expressamente a criação de Juízo ou Tribunal de exceção, ao prever que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Entretanto, o princípio do juiz natural não se resume à proibição da criação de Juízo ou Tribunal de exceção. É mais amplo. Numa interpretação conjunta com o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional eficiente e adequada, temos que referido Juízo ou Tribunal representa um ente confiável, neutro e equidistante do conflito, que mantenha a igualdade processual, mormente nas relações em que é nítida a hipossuficiência de uma das partes. A atuação judiciária deve ser marcada pela imparcialidade, pressuposto para uma relação processual válida.

Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal teve sua origem na Magna Carta da Inglaterra, no século XIII, durante o reinado de João Sem Terra. Foi expressamente inserido pela primeira vez como preceito constitucional na Carta de 1988, no artigo 5º, LIV, onde preceitua “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Entretanto, tal princípio sempre fora garantia natural do Estado Democrático de Direito.

Está diretamente relacionado com o princípio da legalidade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional e lhes são inerentes tanto o princípio do contraditório e da ampla defesa como da igualdade processual.

O que deve ser observado é que este princípio não se resume apenas ao direito de provocar a atuação do Estado. Para que o direito ao devido processo legal seja exaurido plenamente, torna-se essencial que a atuação do Estado, no curso do processo, seja efetiva e dinâmica, proporcionado às partes prazo adequado, decisão justa e apta a produzir efeitos no âmbito fático.

Princípios do contraditório e da ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa estão previstos no artigo 5º, inciso LV, da CF, nos seguintes termos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O intuito maior do princípio do contraditório consiste na garantia da justiça plena entre os pólos processuais. Relaciona-se diretamente com o princípio da publicidade dos atos processuais, pois, o contraditório não se concretiza sem que haja a devida comunicação dos atos processuais, que colabora para a devida fiscalização recíproca das partes.

A tutela antecipada, principalmente quando se trata de litígio envolvendo direitos humanos, não afronta o contraditório. Conforme demonstrado, haverá um conflito entre

princípios constitucionais, onde, de acordo com o caso concreto, um sobrepõe-se ao outro, sem, no entanto, ocorrer a violação de nenhum deles. O contraditório jamais será violado pela antecipação da tutela. Em alguns casos, será flexibilizado, mas jamais violado.

Princípio da igualdade processual

O princípio da igualdade processual decorre do artigo 5º, *caput*, da CF, da expressão “todos são iguais perante a lei”. O próprio contraditório lhe é decorrente. A igualdade processual também está prevista na lei processual, no artigo 125, I, que dispõe que “compete ao juiz”, no curso do processo, “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Apesar de a lei, tanto constitucional como processual, tratar da igualdade processual formal, há também o intuito do fim social do direito, em que mais do que formalidade, a norma busca uma paridade real entre as partes. Esta igualdade real somente se concretizará no momento em que for afastada toda a influência decorrente do poderio econômico, bem como o reconhecimento do processo apenas como um jogo, em que o mais esperto “leva a melhor” e for resgatada a idéia de processo como instrumento de justiça utilizado tão-somente como meio para se chegar ao verdadeiro titular do direito pleiteado.

É ardilosa a missão de equilibrar processualmente os litigantes, pois, a verdadeira igualdade processual vai muito além da igualdade dos prazos e condições formais, envolvendo várias outras questões intrínsecas a cada caso concreto, principalmente quando a desigualdade é patente.

Ademais, a igualdade está diretamente relacionada com o tempo, pois, para que se atinja verdadeiramente o pálido da justiça, o titular de um direito não pode esperar mais que o necessário para poder efetivá-lo. “O processo, para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito”.⁹⁰

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.107.

Princípio da motivação das decisões judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais também se tornou texto constitucional somente com o advento da Constituição Federal de 1988, no artigo 93, IX, que dispõe: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”. Também está prescrito no artigo 165 e 458, ambos do Código de Processo Civil.

De acordo com este princípio, o Judiciário, órgão a quem foi conferido o poder de decidir os litígios, tem o dever e não apenas a faculdade de, no desenvolvimento da prestação jurisdicional, exarar decisões coerentes, lógicas, legais e, portanto, motivadas, até mesmo para proporcionar à parte sucumbente elementos para exercer o direito ao segundo grau de jurisdição, também garantido constitucionalmente.

Ademais, a motivação das decisões, assim como a publicidade dos atos judiciais, tem um cunho político, pois, é inerente ao próprio Estado de Direito, limitando a abusividade do poder estatal delegado aos órgãos jurisdicionais.

O artigo 273, § 1º, do CPC, dispõe que “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento”. Ainda que o texto não seja expresso, a decisão que negar a antecipação da tutela, especialmente em se tratando de direitos fundamentais, também deverá ser motivada, pois, conforme previsão constitucional, decisão imotivada é decisão nula, qualquer que seja ela. E, mais, nulidade esta absoluta por se tratar, a obrigatoriedade da motivação das decisões, de princípio de ordem pública. Assim, decisões freqüentes, em que os magistrados negam a antecipação da tutela com os simples dizeres “nego a antecipação da tutela por falta dos requisitos legais”, são nulas de pleno direito.

A motivação da decisão que antecipa a tutela está diretamente relacionada com os efeitos desta antecipação. Sendo assim, o juiz não pode antecipar efeitos mais amplos do que

os que poderão decorrer da futura sentença. Portanto, veta-se os efeitos *ultra* ou *extra petita*, mas poderá antecipar parcialmente o provimento final, com a concessão de uma tutela parcial no limite do estritamente necessário. Nada impede o autor de requerer tutela parcial *initio litis* e, no curso do processo e antes da sentença, requerer a integralidade da pretensão⁹¹.

4.2.1 Princípios processuais vinculados à tutela antecipada

Princípio da demanda e dispositivo

O princípio da demanda se relaciona diretamente com a faculdade que a parte tem de exercer ou não seu direito através da provocação do exercício da função jurisdicional. Está expresso, tanto no artigo 2º do Código de Processo Civil, que dispõe que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”, como no artigo 128 do mesmo Estatuto, onde o legislador infraconstitucional deixa expresso que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

O princípio da disponibilidade refere-se à disponibilidade das partes durante o trâmite processual sobre determinada causa já submetida ao órgão do Judiciário.

Tais princípios servem de parâmetros para o direcionamento dos processos por parte do magistrado no exercício da jurisdição, inter-relacionando-se com o princípio da imparcialidade do juiz e com a adstrição do juiz ao pedido e à causa de pedir prevista no artigo 460 do Código de Processo Civil.

Os princípios de demanda e dispositivo, em alguns casos, podem apresentar

⁹¹ Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no REsp. n.º 172.102, que teve como relator o Ministro Adhemar Maciel.

exceções, como no caso de o juiz ordenar de ofício, que se inicie o processo de inventário e partilha. Em alguns casos, que envolvem direitos fundamentais e/ou matéria de ordem pública, a aplicação direta e imediata poderá haver com a intervenção do juiz de ofício.

Princípio da verossimilhança

A verossimilhança revela uma verdade aparente, pois, o contrário pode ter ocorrido. A verossimilhança das alegações decorre das provas dos autos. É com base nela que o juiz recebe a inicial e instaura o contraditório, bem como profere as decisões, inclusive interlocutórias.

O princípio da verossimilhança norteia a atividade jurisdicional diante de pedido antecipatório, estando enunciado no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Princípio da lealdade processual

O processo, além da função de instrumento para se atingir o direito material deduzido através de uma pretensão, tem como objetivo promover a expansão e aplicação do direito, pacificando a sociedade como um todo. Portanto, para que se alcance tais finalidades, de forma que o direito material seja revelado e efetivado através de uma verdade real, impõe-se que todos os atos processuais estejam acobertados pelos deveres de moralidade e probidade.

O Código de Processo Civil, em várias oportunidades, preserva o comportamento ético dos sujeitos do processo (artigos 14, 15, 17, 18, 31, 133, 135, 144, 147, 153, 193 e ss., 600 e 601).

Todas as pessoas que direta ou indiretamente lidam com os trâmites do processo têm o dever de lealdade processual, tanto as partes como os advogados, auxiliares da Justiça, membros do Ministério Público e o próprio juiz.

Princípio da persuasão racional do juiz

Referido princípio tem previsão expressa no artigo 131 do Código de Processo

Civil, que dispõe que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Entretanto há um limite para o convencimento do juiz, pois, o mesmo não pode transformar-se em uma convicção arbitrária. Portanto, está diretamente relacionado com o princípio de adstrição do juiz ao pedido e a causa de pedir e da motivação das decisões, baseada nos elementos dos autos, na coerência e na lógica.

Tal princípio se aplica plenamente em matéria de tutela antecipada, quando o legislador, no *caput* do artigo 273, dispôs que o juiz “poderá” conceder a antecipação da tutela. Entretanto, este vocábulo não quer dizer que o juiz tem discricionariedade, mas, sim, obrigatoriedade, quando presentes todos os requisitos essenciais para a concessão da antecipação da tutela e se tratar de direitos fundamentais.

4.3 Multifuncionalidade dos direitos fundamentais

4.3.1 Direito à cognição definitiva e segurança jurídica

A segurança jurídica é garantida no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, de forma *que* “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O contraditório, a ampla defesa, o direito ao acesso ao grau recursal envolvem a cognição exauriente (definitiva), como garantia da segurança jurídica.

O inciso LV, do artigo 5º, da Lei Maior, aborda o contraditório e a ampla defesa.

O contraditório expressa a idéia de que todos os atos processuais devem ser direcionados às partes, para, justamente, possibilitar a contrariedade e, conseqüentemente, a verdade real.

O Professor Vicente Greco Filho⁹², ao demonstrar os elementos que compõem o princípio do contraditório, evidencia a indissociabilidade destes com os próprios elementos do princípio da ampla defesa:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

O contraditório garante, tanto ao processo judiciário como ao administrativo, que ninguém será julgado sem ser, ao menos, informado acerca dos fatos imputados. O contraditório é manifestação do Estado de Direito. Neste diapasão, o princípio da ampla defesa completa o entendimento, conferindo às partes da relação bilateral a liberdade de alegar fatos e propor provas em defesa de seus interesses. Antes de qualquer coisa, a ampla defesa configura interesse público, tendo em vista que o direito de defender-se é primordial em qualquer Estado Democrático.

Vislumbra-se uma estreita co-relação entre o contraditório e a ampla defesa, sendo que ambos apresentam ligação íntima com o princípio da igualdade processual das partes.

Tanto o contraditório como a ampla defesa são princípios que garantem a segurança jurídica.

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LIV, garante ao cidadão o direito a uma cognição definitiva, baseada no exaurimento do contraditório e da ampla defesa, de forma que o provimento judicial, que prive a liberdade ou mesmo os bens de determinado indivíduo, seja seguro. De acordo com este dispositivo, para que se tenha segurança jurídica

⁹² GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 90.

nos provimentos judiciais, estes devem estar calcados na amplitude de defesa.

Em outras palavras, a segurança jurídica está garantida, dentre outros princípios e preceitos, pelos seguintes: outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral; devido processo legal; irretroatividade da lei; coisa julgada; respeito aos direitos adquiridos; respeito ao ato jurídico perfeito; ficção do conhecimento obrigatório da lei; prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas; declarações de direitos e garantias individuais; justiça social; independência do Poder Judiciário; vedação de tribunais de exceção; e, vedação de julgamentos parciais. Assim, por ser a segurança jurídica garantida por uma cognição definitiva, baseada no exaurimento do contraditório e da ampla defesa, sua concretização prolonga-se no tempo, acabando, muitas vezes, violando o direito constitucional à tutela tempestiva e à efetividade do processo.

Inúmeras são as causas do decurso processual. Entre outras, pode-se citar a própria estrutura e organização do judiciário, incluindo a desproporção entre o número de processos e o número de magistrados, a burocratização e a ineficiência dos agentes auxiliares da justiça, além de vislumbrarmos a grande enxurrada de profissionais que, sem o devido comprometimento com a ética e a moral, especializam-se apenas em atravancar o andamento dos processos. Todos estes aspectos impossibilitam uma prestação jurisdicional tempestiva, lesando terminantemente o titular de direitos, ao mesmo tempo em que beneficia injustamente o réu, numa flagrante inversão de conceitos.

4.3.2 Direito à tutela tempestiva e efetividade do processo

Através da reforma do Poder Judiciário, inserida com a Emenda Constitucional nº

45/04, de 08 de Dezembro de 2004, acrescentou-se o novo inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, demonstrando uma preocupação do legislador com a tempestividade e efetividade do processo, na tentativa de adaptar à Constituição as novas realidades. O novo inciso apresenta a seguinte redação: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Numa primeira análise, verifica-se que a redação conferida ao inciso LXXVIII decorre do desdobramento de dois princípios constitucionais, a saber, amplo acesso à Justiça (artigo 5º, XXXV) e eficiência (artigo 37, caput). Em relação ao princípio do amplo acesso à Justiça, o novo inciso revela o amadurecimento da percepção constitucional acerca do direito fundamental que as pessoas físicas e jurídicas têm a uma prestação jurisdicional ampla, quanto à acessibilidade, e eficaz quanto ao resultado. Entretanto, não basta a consagração constitucional do princípio do amplo acesso à Justiça, que está diretamente vinculado à consolidação do Estado Democrático, conforme dispõe o *slogam* da OAB: “sem Justiça não há democracia”. É necessário que além de acessível, o Judiciário se mostre eficiente. Com a devida cautela, podemos dizer que o acesso em si mesmo não constitui valor jurídico fundamental. É necessário trazer em seu bojo a noção de um propósito (elemento teleológico da norma), consistente na verdadeira *ratio iuris* (conteúdo e sentido) do princípio do amplo acesso à justiça, que envolve também a eficácia.

O inciso LXXVIII, do artigo 5º, da CF, ao consignar a expressão “razoável duração”, demonstra que não se tolera a morosidade, mas, ao mesmo tempo, a justiça tempestiva, eficaz e eficiente não pode abandonar o dever de ponderação, análise e reflexão, requisitos também indispensáveis à noção de justiça. Nestes termos, sustenta-se que a razoável celeridade da atuação jurisdicional requer uma reformulação dos códigos de processo, no sentido de afastar a possibilidade dos infundáveis recursos meramente

protelatórios, com a agravação das penalidades em face das ações temerárias, além de uma interpretação dos preceitos já existentes conforme os dispositivos constitucionais para atender à realidade dos fatos.

Quanto ao princípio da eficiência, a sociedade vem reclamando sua observância em todos os espaços do Estado. Embora inserido no capítulo constitucional dedicado à Administração Pública, sua força também se faz presente no âmbito da prestação jurisdicional. Não nos esqueçamos que a prestação jurisdicional constitui uma face fundamental da Administração Pública, pois se refere à Administração da Justiça. Portanto, sendo a jurisdição uma indagável prestação de serviço público, não pode o reformador deixar de contemplar a eficiência como um dos ingredientes do novo preceito constitucional.

Do texto constitucional extrai-se diversas normas, inerentes ao Estado Democrático de Direito, visando garantir uma razoável duração do processo nas instâncias judicial e administrativa, tais como: artigo 5º, LIV, ao estabelecer a garantia do devido processo legal; artigo 5º, XXXIV, “a”, inerente ao direito de petição aos Poderes Públicos; artigo 5º, XXXV, do qual se extrai o denominado direito de acesso à jurisdição; artigo 37, *caput*, por inclusão da Emenda Constitucional nº 19/98, refere-se à eficiência como princípio geral da Administração Pública, em todos os Poderes e esferas governamentais; artigo 70, quanto à fiscalização dos Poderes Públicos, ao se referir ao princípio da economicidade, ou seja, da relação custo-benefício, como objeto do controle; artigos 98, § 3º, e 129, § 5º, que dispõem acerca do dever de magistrados e membros do Ministério Público em despachar nos prazos legais os feitos que a eles são submetidos; artigo 56, em que a comissão especial do Congresso Nacional elaborará, em cento e oitenta dias, projetos de alterações legislativas; artigo 102, § 3º, ao restringir o prazo de eficácia das cautelares concedidas em ações de inconstitucionalidade. Todos estes artigos objetivam tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Ademais, neste contexto, cumpre destacar a recente Lei n.º 11.187, de 19 de Outubro de 2005, que introduziu algumas alterações no Agravo (Retido ou de Instrumento). Referida lei reflete preocupação do legislador e da sociedade com a celeridade processual, visando coibir recursos protelatórios. A nova norma restringe, de certa forma, o cabimento do agravo de instrumento. No regime da nova lei (artigo 522 do CPC) prevalecerá a forma retida, admitido o agravo de instrumento apenas nas seguintes situações: quando houver risco de a decisão causar à parte lesão grave e de difícil reparação (v. artigo 558, *caput*); nos casos de inadmissão da apelação; e, nos relativos aos efeitos em que ela é recebida, como já previsto na parte final do § 4º do artigo 523 ainda em vigor. Também, visando evitar procrastinações, o § 3º do artigo 523 da nova lei deixa explícito que as decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento somente poderão ser impugnadas por meio de agravo retido, que deverá ser interposto na forma oral, na própria audiência, com sucinta motivação, ficando, revogado, pois, o § 4º do artigo 523. No novo regime permanecem, em princípio, as mesmas hipóteses impeditivas da conversão do agravo de instrumento em retido (embora o inciso II do artigo 527 não mais faça referência à *provisão jurisdicional de urgência*), mas não se admite o agravo interno contra a decisão de conversão. Conseqüentemente, os autos do agravo serão imediatamente enviados ao juízo da causa, para processamento na forma retida, pois, da decisão liminar do relator convertendo o agravo de instrumento em retido não caberá agravo interno (inciso II), muito embora ele possa reconsiderá-la. Neste caso, a turma julgadora sequer tomará conhecimento do agravo, sendo cabível, se oportuno, o mandado de segurança. Finalmente, o inciso VI do artigo 527 do CPC prevê, agora, a oitiva do Ministério Público, se for o caso, somente nas situações indicadas nos incs. III a V e não, como antes previsto, nos incs. I a V. Enfim, todas estas alterações demonstram preocupação com a efetividade e celeridade jurisdicional.

O direito à celeridade da decisão nas instâncias judicial e administrativa alcança

as pessoas físicas ou naturais, as pessoas jurídicas ou morais, as fundações (que, constituem um conjunto personalizado de bens destinado à tutela de interesses, que vão se definir na esfera jurídica das pessoas), os entes despersonalizados (que não são pessoas jurídicas, mas ganham da lei legitimação para atuar em sede processual) como o espólio, a herança jacente, o condomínio de edifícios, o consórcio para a aquisição de bens duráveis e tantos outros que são criados, não só pela lei como pela prática pretoriana.

É dever do Estado Democrático de Direito, na busca da satisfação dos interesses públicos e individuais, atuar de forma transparente, aproximando-se das pessoas, fundamentando suas decisões, integrando-se nos anseios sociais. Neste contexto, a Constituição quer que o processo de decisão estatal atenda, em qualquer Poder ou nível da Administração, aos princípios tendentes a inibir o hermetismo do Estado a que estamos acostumados: iniciativa legislativa popular (artigos 14, II, 29, XI, 61, § 2º); publicidade (artigos 5º, incisos XXXIII e XXXIV, 37, 93, IX); fundamentação razoável (artigos 37, *caput* "moralidade"; 93, IX; 85, V e 37, § 4º; 5º, LIV "devido processo legal"); legalidade (artigo 5º, II e 37), mesmo porque, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º).

4.3.3 Direito ao provimento judicial adequado

O que se vislumbra no dia-a-dia forense é que o processo tornou-se excessivamente formalista, preterindo a celeridade em detrimento da segurança, entendendo-

se a demora do processo como um mal necessário à cognição definitiva do direito, com um afastamento da ciência processual em relação ao que se passa na realidade social, promovendo uma inquietação geral que transcende à ciência do Direito.

Enquanto o processo é o instrumento apto a vincular os interessados, o procedimento é o modo pelo qual se concentram os atos jurídico-processuais nele realizados. Em resumida síntese, o processo de cognição exauriente apresenta quatro fases: a fase inicial, com a sua deflagração e até a impugnação dos demandados, aí se delimitando o campo cognitivo da decisão; a fase de saneamento ou de correção de eventuais vícios que inibam ou impeçam a decisão; a fase instrutória, com a coleta de elementos que comprovem a situação descrita no suporte fático das normas cuja incidência se propõe no processo; e, a fase decisória, que compreende as manifestações dos interessados e a decisão que se buscou pelo processo.

Desta forma, diante do mandamento constitucional da celeridade na tramitação do processo e de sua razoável duração, em determinadas relações processuais, necessário se torna a transposição das fases e dos atos que não se mostram essenciais para a descoberta da verdade e para a eficácia da decisão. Neste contexto, a diligência probatória se mostrando inútil ou procrastinatória, devendo ser indeferida, como, aliás, já prevê o artigo 130 do Código de Processo Civil. No mesmo sentido, se determinado recurso for manifestamente improcedente, desnecessário que o relator o submeta ao colegiado (artigo 557 do Código de Processo Civil).

Ademais, deve-se observar que, dentro da relação processual, o autor busca modificar a realidade existente, enquanto o réu, a manutenção do *status quo*, beneficiando-se, contudo, da morosidade processual em detrimento da angústia e dos danos morais causados na vida particular do autor. Este entendimento traz à tona toda discussão que envolve o processo em face da colisão existente entre o direito à celeridade processual e o direito à

segurança jurídica. Por outro lado, o direito de defesa deve observar a razoabilidade e não ser utilizado apenas para retardar, indevidamente, a realização do direito do autor. A demora processual, por si só, acarreta ao autor um manancial danoso, ou seja, um dano marginal por indução processual, servindo ao réu que se beneficia com o decurso do tempo, pois, na relação processual, prefere a manutenção da situação atual à sua modificação.

O direito ao provimento judicial adequado envolve também a clareza e a razoabilidade da prestação jurisdicional. Assim, segundo Recasens Siches, a lógica do Direito é a lógica do razoável, não havendo, portanto, legalidade sem razoabilidade. Desta forma, a atuação do magistrado está limitada pela razoabilidade que, por sua vez, é controlada pelo dever de motivação dos atos judiciais. Da exigência de fundamentar a decisão, oriunda do aspecto formal do princípio do devido processo legal, sobrevém o aspecto material, também denominado princípio da razoabilidade, expresso através de uma motivação factível, razoável e verdadeira. Em outras palavras, sem fundamentação explícita dos atos do Poder Judiciário, não há como controlá-los.

Segundo FRITZ BAUR, "somente procedimentos céleres preenchem a finalidade do processo, dando-lhes efetividade". Com efeito, a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, sem sombra de dúvidas, uma justiça inacessível, causadora de danos irreparáveis, principalmente em se tratando de direitos fundamentais, como o direito à vida⁹³.

Enfim, conforme já mencionado, o direito a um provimento jurisdicional tempestivo e adequado, é indiscutivelmente um direito à cidadania, sendo que tutela antecipada, medidas cautelares e técnicas de sumarização de demandas em geral são os meios próprios previstos para tal fim. Entretanto, alguns direitos requerem ainda outros instrumentos para ser totalmente usufruíveis ou gozáveis.

⁹³ Há na Europa, especificamente na França, uma forte corrente jurisprudencial no sentido de conceder danos morais contra o Estado, em decorrência da demora processual.

4.3.4 Direito às prestações estatais em face do direito de defesa

As normas definidoras dos direitos fundamentais, para terem máxima eficácia e efetividade, demandam atuação e prestações por parte do Estado.

Cumpre lembrar que a Constituição Federal, no âmbito da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, previu, expressamente, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Neste sentido, referida formulação, à toda evidência, reflete de forma precisa e inequívoca a intenção do Poder Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada. Sendo assim, as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos.

Entretanto, inobstante interpretações divergentes, sustentamos que a norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição, além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Daí porque, quando a lide envolver direitos fundamentais, a atenção e a celeridade deverão ser redobradas. Isto porque as normas definidoras de direitos fundamentais têm efeitos jurídicos imediatos, independentemente da atuação do legislador ou mesmo de uma interpretação do Poder Judiciário, devendo, portanto, serem efetivadas, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais.

Ocorre que o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de

todos os direitos fundamentais não implica em desconsiderar as peculiaridades de determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias, alguma relativização. É justamente o que ocorre com o direito às prestações estatais de forma eficaz e o direito à ampla defesa.

Antes mesmo de enfrentar a questão da relativização de tais direitos, cumpre expor o fato de que em nossa herança cultural-judiciária está o habitual abuso processual procrastinatório, que não foi debelado pela Lei da Boa Razão⁹⁴, e que não decorria exclusivamente da ação ou da má ação dos procuradores, mas também da intrincada estrutura processual, exageradamente dispositiva. Há muito existe a preocupação em acabar com a eternização das demandas, especialmente as decorrentes de procrastinação por parte do interessado na manutenção do *status quo*.

Verifica-se que nosso ambiente processual e nossas práticas judiciárias são marcados por forte natureza burocrática. E a burocracia, enquanto desvio de natureza de atos normais, não precisa de lógica para viver, prescindido da inteligência, pois cada ato se justifica por si mesmo, independentemente da finalidade do processo. Daí os inesgotáveis reconhecimentos de firma; as autenticações de documentos⁹⁵; as comprovações de pagamentos de custas e de depósitos recursais; os intermináveis recursos; os famosos carimbos colocados nas folhas onde nada está escrito, carimbando-se a expressão: “EM BRANCO”. São esses alguns exemplos das muitas inutilidades que emperram o regular

⁹⁴ Ao tempo dos déspotas esclarecidos, Portugal teve também seu momento de transformação do Estado. Foi no reinado de D. José, que se pontificou a figura dominante do Marquês de Pombal. Foi nesse período, exatamente em 18 de agosto de 1769, que se estabeleceu a lei que cuidava do processo judicial, e que ficou conhecida como a Lei da Boa Razão, prevendo, expressamente, apenamento do advogado que se valia de interpretações maldosas e enganosas, nos processos judiciais: “[...] **por quanto a experiência tem mostrado que as sobreditas interpretações dos Advogados consistem ordinariamente em raciocínios frívolos, e ordenados mais a implicar com sofismas as verdadeiras disposições das leis, do que a demonstrar por elas a justiça das partes: mando, que todos os advogados que cometerem os referidos atentados, forem convencidos de dolo, sejam nos autos, a que se juntarem os Assentos, multados, pela primeira vez em \$ 50000 reis [...].**”

⁹⁵ Ainda que a Lei 10.352, de 26.12.01, tenha dispensado a autenticação das peças que devem instruir o agravo de instrumento, não o fez em relação à demonstração do dissídio jurisprudencial em recurso especial ou extraordinário.

desenvolvimento dos processos, impedindo, quase sempre, a realização da justiça. Esta burocracia é sustentada justamente porque está inserido no inconsciente coletivo o fato de que não há lealdade na prática processual, de forma que tudo deve ser provado, sendo de nenhuma importância a informação dada pelas partes. Assim, a burocracia é pura e simplesmente alimentada pela desconfiança, carecendo, portanto, de infundável ritualismo formalista, com ilusório aparato de segurança e, conseqüentemente, com enorme distanciamento da justiça, cada vez mais formal do que real.

Diante destes fatos, o que deve ser considerado é que a forma processual, diante dos fatos concretos, significa apenas um instrumento a satisfazer o deslinde da demanda e não há razão de ser em si mesma. O formalismo, assim como o positivismo exagerado, apenas atravanca o Poder Judiciário. Portanto, o dogma que deve ser quebrado é justamente que a segurança jurídica não está necessariamente vinculada ao formalismo, pois, caso contrário, estaremos nos afastando cada vez mais da justiça. O formalismo vinculado à segurança jurídica pode, inclusive, ameaçar a credibilidade da justiça, pois, como adverte Carreira Alvim, “o direito processual, tanto quanto o material, comporta abusos, sendo que o cometido no processo é 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, tornando morosa a prestação jurisdicional”⁹⁶.

Ressalte-se que no Processo Civil, nos últimos anos, visando a simplificação do procedimento, a libertação das peças do formalismo e com o intuito de coibir os abusos processuais, inseriu-se penalidades por litigância de má-fé, multa por embargos declaratórios procrastinatórios, concessão de tutela antecipatória, por abuso do direito de defesa ou por manifesto propósito protelatório etc.

É fundamental nunca perder de vista a perspectiva, no sentido de que o processo,

⁹⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de processo civil reformado**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 124.

por mais técnico que seja, somente se justifica na medida em que instrumentaliza a realização do Direito em ordem à justiça. E, neste caminho, a simplicidade favorecerá um processo que se baseie na lealdade das partes e na competência, no sentido lato, do juiz liberto do estéril formalismo. Adotados estes conceitos, estar-se-á assegurando a celeridade processual com segurança jurídica, compatibilizando-se, portanto, o direito às prestações estatais e o direito à ampla defesa.

4.4 Relação entre o direito à tutela jurisdicional efetiva, o direito material e a realidade social

Antes da implantação do Estado como Poder Político, aos litigantes era permitido a autotutela de seus interesses, gerando fatores de insegurança social, tendentes a suscitar a ruptura da vida em coletividade. Diante destes fatores e com o passar dos anos, o Estado se fortaleceu e assumiu o monopólio da jurisdição, avocando a capacidade de dizer o direito, submetendo as partes à decisão por ele anunciada. Assim, diante do litígio, tornou-se necessário o pronunciamento estatal por meio do processo.

Por longo período, o processo foi considerado uma mera sucessão de atos (rito, procedimento). Somente em meados do século dezenove, o processo passou por uma profunda revisão dogmática, cujo marco é 1868, com a obra de Bülow, *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Pressupuestos Procesales*, ganhando, a partir daí, *status* de ciência autônoma, com meios próprios de investigação científica. Neste contexto, o processo passou a ser encarado numa perspectiva instrumental, trazendo como aspecto positivo a crença na aptidão do processo voltado ao cumprimento de seus objetivos sóciopolítico-

jurídicos, e, como negativo, uma tendência processualizante, verificada pelo excessivo apego ao formalismo e sua dissociação à realidade social, culminada pela consagração dos meios em detrimentos dos fins processuais.

Paralelamente a esta visão, a sociedade foi se ampliando e, conseqüentemente, os conflitos se multiplicaram, tornando-se morosa a prestação jurisdicional, máxime pela consagração do procedimento ordinário, que enseja uma cognição exauriente. Vislumbrou-se uma priorização da segurança jurídica, maximizando o direito à amplitude do contraditório, de defesa, da interposição de recursos etc, em detrimento da tempestividade da prestação jurisdicional, em última análise, entendida como acesso à Justiça.

A Constituição Federal consagrou como direito fundamental a garantia estatal do devido processo legal que, de um lado denota a efetividade da jurisdição e de outro a segurança jurídica.

Ao indivíduo não é permitido fazer justiça com as próprias mãos, cabendo ao Estado o dever de criar instrumentos e pô-los à disposição das partes interessadas, em igualdade de condições. Entretanto, a simples criação de um instrumento para que o indivíduo reclame o bem da vida lesado ou ameaçado não é suficiente, devendo, portanto, tal instrumento ser eficaz, a fim de proporcionar ao vencedor a concretização fática de sua vitória, afastando-se as dilações indevidas.

No contexto real, verifica-se uma tensão entre esses dois valores, que, abstratamente, são compatíveis e harmonizados pelo texto constitucional, conforme o princípio da proporcionalidade.

O que deve ser observado, entretanto, é que o procedimento ordinário, primado no postulado da segurança jurídica, faz com que seja suscitada a desigualdade das partes na relação jurídico-processual, uma vez que o ônus da demora do processo recai exclusivamente no autor, tendo se afastado da realidade social, inserindo o princípio da neutralidade que obsta

a criação de um procedimento capaz de distribuir racionalmente o tempo do litígio. É justamente neste diapasão que o autor tem seu direito à dignidade minimizado e que se requer uma atuação participativa do Poder Judiciário.

Diante da afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, cumpre destacar a visão moderna do juiz participativo. Não basta, pois, ter na Constituição a possibilidade de acesso à justiça, mas deve-se, sim, ser permitido o acesso e a participação no processo, participação essa que afasta do juiz o papel de mero aplicador da norma positivada, mas o faz como atuante e sociologicamente responsável.

Neste sentido, dispõe a doutrina:

Não mais satisfaz a idéia do juiz inerte e neutro, alheio ao *dramma della competizione*. Essa neutralidade passiva, supostamente garantidora da imparcialidade, não corresponde aos anseios por uma Justiça efetiva, que propicie acesso efetivo à ordem jurídica justa (p. 21).⁹⁷

O Ministro Sálvio de Figueiredo, no v. Acórdão publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça n.º 129/364, demonstra o seguinte entendimento que se aplica perfeitamente ao raciocínio adotado no presente trabalho:

A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias. A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mudanças do comportamento humano no campo do direito de família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Neste contexto, oportuno demonstrar o posicionamento jurisprudencial:

⁹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Org.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52.

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução mais justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.⁹⁸

A interpretação meramente literal deve ceder espaço quando colidente com outros métodos exegéticos de maior robustez e cientificidade.⁹⁹

No que se refere à dignidade, quando se fala em direito à dignidade se está, em verdade, a considerar o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana.

Em decorrência, considerando a colocação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, constitui norma jurídica positiva com *status* constitucional formal e material, alcançando a condição de valor jurídico fundamental. Neste contexto, na qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia, não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional). Portanto, jamais poderá ser violado, ensejando uma participação ativa do Judiciário para evitar, inclusive, prejuízos à própria vida

O direito ao acesso à justiça ou o direito à ordem jurídica justa não seria apenas o direito de provocação do Estado, mas, sim, o direito de uma decisão justa, no prazo adequado e eficaz em relação ao direito material. O princípio da inafastabilidade, ou da proteção judiciária, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, consagra, a nível constitucional, o direito à adequada tutela jurisdicional. Assim, o titular de um determinado direito deve ter acesso e dispor de medidas e instrumentos necessários à realização do seu eventual direito.

⁹⁸ Revista do Superior Tribunal de Justiça n.º 04, p. 1554.

⁹⁹ Revista do Superior Tribunal de Justiça n.º 56, p. 152.

Assim, conforme preleciona Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*:

É claro que o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão norma o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem merece.

Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano.

[...]

Assim, o que se faz, para harmonizar os dois princípios fundamentais, é apenas uma inversão da seqüência cronológica de aplicação de seus mandamentos.

O juiz, porém, deve cuidar para que esta inversão não se torne regra geral, pois dentro da garantia fundamental do devido processo legal e do contraditório, a garantia normal é a de que a agressão patrimonial do Estado sobre a esfera jurídica da parte vencida somente ocorra depois de percorrida a trajetória do procedimento com ampla discussão e defesa e, por conseguinte, após a formação da coisa julgada.

Mas, se se torna necessária a inversão da seqüência para evitar que o titular do direito subjetivo se veja sonogado do acesso a uma tutela justa e efetiva da jurisdição, é claro que se pode e deve agir dentro dos moldes do já anunciado poder de tutela antecipada previsto no artigo 273 do CPC.

É dentro desse esquema, portanto, que se harmonizam os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, ambos consagrados como direitos fundamentais na ordem constitucional vigente.¹⁰⁰

4.5 Conflitos entre direitos fundamentais e suas regras de solução

Cabe observar que, adotando a premissa de que não existe hierarquia entre as diversas normas constitucionais e que o sistema jurídico é um todo harmônico, o conflito entre aquelas é apenas aparente, ou seja, no plano fático e não normativo. Segundo J. J.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 2, p. 609.

Gomes Canotilho¹⁰¹, existe distinção entre concorrência de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais. Na lição do constitucionalista luso, a primeira categoria existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Por exemplo: a publicação de um artigo literário põe em contato o direito à liberdade de imprensa e o direito à manifestação do pensamento. Por sua vez:

[...] considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico conflito de direitos.

Assim, para estabelecer-se parâmetros na solução dos conflitos de normas, cumpre diferenciar as normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico. Sendo assim, inicialmente, consigna que as normas jurídicas se classificam em duas espécies: as regras e os princípios, cuja diferenciação decorre de três critérios. O primeiro consiste na generalidade, de forma que aos princípios é inerente grau de generalidade elevado, enquanto as regras apresentam grau de generalidade reduzido, pois, são mais específicas. O segundo critério de diferenciação consiste na fecundidade em que os princípios, na medida em que são fundamentos do sistema jurídico, coordenam as atividades de interpretação e aplicação das regras. E, finalmente, o terceiro critério de diferenciação envolve, tanto a validade como o valor, sendo que os princípios são correlativos ao plano do valor e as regras ao plano da validade.

Feita a diferenciação entre os princípios e as regras, observa-se tanto a colisão de regras de direito como de princípios. Quando ocorre a colisão de regras, a solução é mais simples, pois, é encontrada no plano da validade, de forma que somente uma das regras pode integrar o sistema de Direito Positivo. Assim, utiliza-se o critério cronológico (*lex posterior*

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1189-1191.

derogat priori), o hierárquico (*lex superior derogat lex inferior*) e/ou o da especialidade (*lex specialis derogat generali*). Ao contrário, quando a colisão ocorre entre princípio, a solução é encontrada no plano do valor, sendo que não há a supressão de um princípio em relação ao outro, apenas a flexibilização de um em relação ao outro, de forma a obter a menor constrição possível.

Com efeito, a colisão de direitos fundamentais encaixa-se, justamente, na colisão de princípios, podendo ocorrer da seguinte forma: colisão de direitos fundamentais *stricto sensu* e colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. No primeiro caso ocorrerá a colisão apenas entre direitos fundamentais e, no segundo, o exercício de um direito fundamental colide com bens jurídicos protegidos constitucionalmente que necessitam ser preservados. Neste caso, aplica-se o princípio da concordância prática, segundo o qual os direitos fundamentais e os outros valores constitucionais em colisão devem ser harmonizados conforme um juízo de ponderação, preservando-se e concretizando-se ao máximo os bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Quanto aos direitos fundamentais, deve-se considerar os direitos fundamentais com reserva legal¹⁰² (“na forma da lei” e “nos termos da lei”), em que a solução dos conflitos pode decorrer da atuação do legislador nos limites da lei, e os direitos fundamentais sem reserva legal, onde a solução dos conflitos ocorrerá através da atuação do intérprete, considerando a unicidade da Constituição, a concordância prática, a razoabilidade¹⁰³ e a proporcionalidade.

A Constituição Federal, em especial em seu artigo 5º, enumerou explícita e implicitamente e assegurou uma gama de direitos e garantias individuais fundamentais, conferindo-lhes ampla e plena eficácia. Referidos direitos expressam os valores máximos de

¹⁰² Assim como já mencionado, estes direitos fundamentais também têm eficácia imediata.

¹⁰³ O princípio da razoabilidade, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, está expresso no artigo 2º, *caput*, da Lei n.º 9.784, de 29.10.1999.

nossa sociedade, devendo ser respeitados e cumpridos a fim de que produzam integralmente seus efeitos de forma eficaz. Assim está expresso no artigo 5º, § 1º, da CF.

Ocorre que, na prática, em algumas situações, não é possível a absoluta e simultânea aplicação das garantias fundamentais, criando tensões entre os direitos constitucionais que originam as chamadas colisões de direitos ou conflitos de direito. Como não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, os conflitos serão solucionados mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, a fim de que, apenas especificamente, um prevaleça e outro fique limitado.

As fontes solucionadoras dos conflitos entre os direitos fundamentais podem ser legislativa ou judicial. A legislativa ocorre sempre que os conflitos forem previsíveis. A judicial é aplicada quando inexistir regra específica para a solução do conflito ou quando esta for insuficiente ou inadequada.

Em ambos os casos, as fontes produtoras de solução devem nortear-se pelos princípios da necessidade, da menor restrição possível e da salvaguarda do núcleo essencial. O princípio da necessidade desdobra-se no fato de que a regra de solução somente será aplicada se houver legítimo conflito (interesse) e quando for possível a harmonização entre os princípios fundamentais tensionados. O princípio da menor restrição possível é também denominado princípio da proibição de excessos e está diretamente relacionado com o princípio da proporcionalidade, de forma que a solução do conflito não poderá ir além dos limites indispensáveis à harmonização pretendida. E, finalmente, o princípio da salvaguarda do núcleo essencial correlaciona-se com o princípio anterior, prevenindo que, a pretexto de se harmonizar os direitos, acabe por se eliminar um deles, retirando-se-lhe a substância elementar.

4.5.1 Relativização dos direitos e garantias fundamentais

Consoante já mencionado em outra oportunidade, a interpretação das leis deve expressar valores contidos nas Declarações dos Direitos Humanos e nos dispositivos legais constantes na Carta Constitucional a eles relativos.

Concomitantemente à interpretação nos termos das Declarações dos Direitos Humanos, os direitos fundamentais conferidos aos cidadãos somente se concretizam por meio de instrumentos processuais eficazes como a tutela antecipada, observados os limites de sua aplicação.

Entretanto, o que se verifica, desde logo, é que a aplicação do instituto da tutela antecipada com fundamento na violação de direitos humanos enseja conflitos entre direitos fundamentais, especialmente entre os princípios da efetividade do processo e segurança jurídica. Ademais, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais orientam-se pela individualidade, na medida em que um direito somente será garantido se todos os demais o forem. Cabe ao jurista solucionar o conflito sem que haja violação a qualquer direito.

Sendo os direitos fundamentais direitos de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma entre eles, devendo ambos serem observados, tanto pelo legislador ordinário como pelo juiz. Ocorre que entre os direitos fundamentais pode exsurgir o fenômeno da tensão, como no caso do direito à efetividade da jurisdição e à segurança jurídica diante do fator tempo.

A harmonização de tais direitos não pode se dar pura e simplesmente através da eliminação de um dos direitos colidentes, excluindo-se do sistema um deles. A solução conciliadora deverá ocorrer de forma que todos os direitos colidentes sobrevivam, ainda que não absolutamente, mas de forma relativizada, sacrificando o mínimo possível os direitos

tensionados.

As medidas utilizadas para a solução dos conflitos são medidas provisórias, tendo em vista a relativização temporária dos direitos fundamentais diante do risco de perecimento de qualquer um desses direitos. A solução mais adequada para eventual tensão é manter vivo e concretamente eficazes os direitos fundamentais conflitantes.

4.5.2 Flexibilização do princípio do contraditório

O princípio do contraditório é inerente às partes litigantes, incluindo autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente e ao Ministério Público. Todos aqueles, que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo, têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor. Os litigantes têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, ou seja, têm direito de ser ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

Entretanto, em algumas situações, o contraditório terá limitações. Por exemplo, há, contudo, limitação imanente à bilateralidade da audiência no processo civil, quando a natureza e a finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso da antecipação dos efeitos da tutela (artigo 273, CPC), do provimento cautelar ou das liminares em ação possessória, mandado de segurança, ação coletiva e ação civil pública. Isto não significa, entretanto, violação do princípio constitucional. A parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar

concedida sem sua participação. Aliás, a própria provisoriedade dessas medidas enseja a possibilidade de sua modificação posterior por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo.

A garantia do contraditório visa proporcionar segurança e austeridade à justiça, possibilitando decisões e soluções mais justas e adequadas ao direito material, evitando-se, destarte, riscos de medidas que não estejam de acordo com os juízos axiológicos de toda a sociedade. Ocorre que o excesso de segurança pode levar o próprio direito material ao perecimento, causando prejuízos irreparáveis. Daí a necessidade de flexibilização do contraditório, mesmo estando ele no rol dos direitos fundamentais.

Portanto, mesmo diante do direito à ampla defesa, o jurisdicionado tem o direito à técnica antecipatória, ou seja, o direito à possibilidade de requerimento e de obtenção da antecipação da tutela, com antecipação do próprio bem da vida. A técnica antecipatória foi estruturada de diferentes formas, tornando-se possível requerer a antecipação da tutela quando houver: receio de dano (artigos 273, I, 461, §3º e 461-A, todos do CPC e artigo 84, 3º, do CDC); abuso de direito de defesa (artigo 273, II, CPC); e/ou parcela incontroversa da demanda (artigo 273, §6º, do CPC).

Este direito à técnica antecipatória está diretamente relacionado com a prestação efetiva da tutela do direito. Não se pode falar em direito à tutela sem pensar em direito ao provimento que seja capaz de prestá-la. Desta forma, torna-se inevitável a flexibilização do contraditório e da ampla defesa.

Conclui-se que, quando o bem jurídico tutelado, que respalda o interesse do particular, possa ser valorado acima dos interesses do Estado, sobretudo quando a situação concreta *sub judice* implique em ameaça de lesão a direitos fundamentais, se ausente a prestação imediata da tutela, não deve o juiz hesitar em deferi-la, assegurando a eficácia de seu ofício jurisdicional.

Não há que se cogitar, num sistema constitucional democrático, na existência de direitos fundamentais absolutos, ou seja, direitos que sempre prevalecem em detrimento de outros. A esse respeito, assinalando a relatividade dos direitos fundamentais, assim se manifestou o Pretório Excelso:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (MANDADO DE SEGURANÇA 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

4.5.3 Direito à efetividade da tutela jurisdicional na classificação funcional dos direitos fundamentais

Dentre outros direitos, por se tratar de um bem não-patrimonial, que necessita de uma garantia plena e eficaz, relacionado ao próprio direito à vida, que é o bem maior protegido pela Carta Magna, torna-se oportuno destacar o direito à saúde, que não é só um dos direitos básicos tutelados pela Constituição Federal, mas também por vários documentos jurídicos internacionais atinentes aos direitos humanos, posto que o elemento saúde é essencial ao direito de viver com dignidade.

Demonstrada tal premissa maior, tudo que até agora foi exposto, ao longo dos capítulos deste trabalho, sintetiza-se a postulação desse bem maior (direito à vida) junto aos

entes governamentais e, na sua falta, às instâncias judiciárias, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira, na busca emergencial de atendimento médico, tratamentos clínicos, medicamentos, entre outros.

Conforme demonstrado e previsto legalmente, cabe ao Poder Público, através das diversas esferas governamentais, proporcionar a toda população, indistintamente, meios idôneos e eficazes para que se tenha acesso a diagnóstico e prevenção de doenças, assistência clínica e hospitalar quando necessária, além de facilitar a obtenção de medicamentos e tratamentos adequados. Para tanto, é essencial uma constante fiscalização estatal no cumprimento desses deveres pelos órgãos administrativos responsáveis.

Quanto ao dever de prestação da saúde pública, a Constituição Federal consagrou a solidariedade das pessoas federativas, de modo que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (artigo 23, inciso II). Tanto é que o artigo 198 previu a criação de um sistema único de saúde e, em seu § 1º, dispôs que o financiamento ocorreria com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Essa questão é relevante porque proporciona ao cidadão hipossuficiente o poder de escolha entre as esferas governamentais para acionar e ver efetivado o seu direito à saúde, não prosperando quaisquer arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva *ad causam* ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados. Nessa linha, já vem decidindo os Tribunais brasileiros, inclusive em razão do caráter de urgência que norteia as ações em face do Poder Público, pleiteando remédios e tratamentos essenciais aos hipossuficientes.

Conclui-se que o Estado tem obrigação de natureza *rebus sic stantibus*, mormente naqueles casos de doenças crônicas (em face dos sensíveis avanços da Medicina e das peculiaridades de cada paciente), atestadas por simples laudo médico de profissional

habilitado, mesmo porque o cidadão deste século XXI tem o direito fundamental de usufruir dos avanços tecnológicos como corolário do seu direito à dignidade.

A tutela antecipada, a medida cautelar e até a inibitória são medidas cabíveis em todas as ações jurídicas que objetivem a tutela emergencial de saúde. Para tanto, devem os juízes competentes para a matéria, ao deferirem as liminares, basearem-se em laudos médicos dados pelos próprios hospitais públicos, isto porque o bem jurídico a ser protegido é a própria vida, que jamais comporta reparação após ser sucumbida.

4.5.4 Princípio da proporcionalidade

Inobstante o princípio da proporcionalidade não esteja consagrado em norma constitucional, afigura-se inarredável sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, justamente por ter o Brasil optado pelo Estado Democrático de Direito, onde a proteção dos direitos fundamentais converge para o centro de gravidade da ordem jurídica.

A proporcionalidade impõe a ponderação entre o encargo imposto e o benefício trazido. Dentre as regras de solução dos conflitos entre direitos fundamentais, sobressalta-se o princípio da proporcionalidade, que visa a preservação dos mesmos.

Conforme visto, em algumas situações, a própria Constituição impõe restrições a direitos de ordem legal, como por exemplo, ao limitar o direito de propriedade aos seus fins sociais. Entretanto, inexistindo regra de solução de conflito através da via legislativa ou se esta for insuficiente para regular o conflito concretizado, recorre-se à via judicial, denominada por CANOTILHO de “limites imanentes” dos direitos fundamentais.

Cumprido considerar, em qualquer hipótese, a inexistência de hierarquia, no campo

normativo, entre direitos fundamentais conflitantes, sendo que a solução do caso decorre da ponderação dos direitos ou bens jurídicos em questão, conforme os valores imanentes ao bem respectivo na situação fática, o que importa em necessária limitação de um direito em benefício de outro.

Além do princípio da proporcionalidade, vislumbra-se o princípio da necessidade, o princípio da menor restrição possível ou da proibição do excesso e o princípio da salvaguarda do núcleo essencial.

Diante das tutelas urgentes, através do princípio da proporcionalidade, será feita pelo magistrado a ponderação entre efetividade e segurança jurídica, de forma que os conceitos de certeza e segurança jurídica não devem ser construídos em termos absolutos nem banidos totalmente do ordenamento.

O princípio da proporcionalidade, diante do novo Direito Constitucional, tem ganhado destaque na jurisprudência hodierna, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Tal princípio apresenta duas funções distintas, a saber: configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos; e funciona como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. No primeiro caso, a aplicação do princípio da proporcionalidade tem por fim ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade não-vinculada do Estado, vale dizer, sobre os atos administrativos que envolvam o exercício de juízos discricionários ou a valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados (conceitos de prognose), possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas.

Diante dos direitos fundamentais absolutos, impõe-se a compatibilização entre os mesmos, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, o qual permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-

los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos (colisão com redução bilateral) ou de um deles apenas (colisão com redução unilateral), se inviável a primeira providência. Entretanto, ocorre que em alguns casos de colisão, um direito é reciprocamente excludente do exercício do outro, sendo que nestas situações, o princípio da proporcionalidade indicará qual o direito ameaçado de sofrer a lesão mais grave e qual o direito que deverá ceder ao exercício do outro (colisão excludente).

O exemplo de colisão de direitos com redução bilateral seria o caso do confronto entre os direitos de propriedade e de moradia previstos nos artigos 5º, XXII, e 6º, *caput*, da Constituição Federal, como o artigo 5º, X e XI também da Constituição. Nestes casos, o juiz poderá conciliar os direitos, fixando um horário para a realização da obra durante o dia e vedando-a à noite, sendo que ambas as partes sofrerão uma limitação em seus direitos em benefício de sua preservação.

A colisão com redução unilateral envolve, de um lado, a tutela antecipada e os demais provimentos jurisdicionais de urgência, que representam o direito à efetividade da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da Lei Fundamental) e, de outro, o direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição).

Quanto à colisão excludente, incumbe ao magistrado perquirir qual direito fundamental expõe-se, no caso concreto, a um perigo de lesão mais grave, afastando-se a lesão menos grave. Ocorre, geralmente, em algumas situações, o confronto dos direitos à liberdade de imprensa e à informação com o direito à imagem. O Supremo Tribunal Federal, na RCL Nº 2.040-DF, que teve como relator o Ministro Néri da Silveira, 21.2.2002, no famoso caso da cantora mexicana Glória Tréve, que envolveu colisão excludente de direitos fundamentais, considerou a possibilidade de uma lesão mais grave ao direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal, atingidos pela declaração da extraditanda de ter sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação, do que ao direito à

intimidade e à vida privada da extraditanda, visto que o exame de DNA pôde ser realizado sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho. Finalmente, cumpre observar que a colisão excludente configura situação excepcional, por tolher o exercício de um direito fundamental, em benefício de outro de igual natureza. Assim, somente se legitima quando inviável o emprego dos dois métodos anteriores.

No que se refere à concessão de liminar, mais especificamente de tutela antecipada, o Tribunal Regional Federal da 4^a Região, em decisão proferida em Agravo de instrumento (AG 0410519/96 SC, 1^a Turma, rel. JUIZ VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, DJ 10-02-1996 PG: 74462), decidiu, por unanimidade, que “cabe ao juiz ponderar a prevalência entre os direitos colidentes se, no pedido de expedição de CND, estiverem presentes, ao mesmo tempo os pressupostos para concessão de tutela antecipada ao Autor e a existência de dano irreparável ou de difícil reparação ao réu (*periculum in mora inverso*)”.

Voltando-se à questão da proporcionalidade, esclarece-se que inexistente sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ademais, a proporcionalidade se divide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Enfim, conclui-se que o princípio da proporcionalidade tem a função primária de preservar direitos fundamentais. Assim, na aplicação do princípio da proporcionalidade, torna-se essencial evitar que a relatividade dos direitos fundamentais (e dos princípios constitucionais, portanto) esvazie o seu conteúdo, ou seja, atinja seu núcleo essencial. O direito fundamental, dentro do seu limite essencial de atuação, é inalterável e, por isso mesmo, seu núcleo é intangível. Daí a necessidade de colocar, reflexivamente, a proporcionalidade como uma limitação à limitação dos direitos fundamentais, atuando diante dos vetores da adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

CONCLUSÃO

A questão da morosidade do processo não se baseia apenas na estrutura do Poder Judiciário, na relação entre o número de juízes, no número de processos e na atuação de seus membros, mas, também, na adequação do sistema de tutela dos direitos.

Ao Estado cabe à garantia de uma prestação jurisdicional eficiente, conforme dispõe o art. 37 da Constituição Federal. A partir da formação dos Estados nacionais, a autotutela foi dando espaço à concentração da jurisdição, transferindo para o Estado a função de dirimir controvérsias e proteger os direitos subjetivos. A sociedade, no decorrer do tempo, passou a abrir mão de parcelas cada vez mais significativas de sua vontade e capacidade de autodeterminação em detrimento de interesses comuns e da viabilização da convivência coletiva. Desta forma, cabe ao Estado criar condições para a fruição plena dos direitos fundamentais por ele garantidos, através do oferecimento incondicional de mecanismos para a superação dos entraves surgidos, proporcionando a plena manifestação do direito de acesso à justiça.

Até pouco tempo, a prestação jurisdição atuava apenas no âmbito ressarcitório, quando a lesão já tinha sido efetivada. Não havia uma maior preocupação com a prevenção do ilícito. Entretanto, vislumbrou-se que alguns direitos estavam desprotegidos, pois, devido ao caráter não-patrimonial e comumente não monetarizado, a reparabilidade da lesão não era suficiente, necessitando-se de uma tutela específica. Tais direitos referem-se aos direitos fundamentais, como o direito à saúde, o direito à educação, que podem ser tutelados de forma difusa ou coletiva. Os chamados direitos sociais são aqueles que garantem um mínimo de justiça social. A liberdade, trabalho, habitação, educação e saúde são bens inerentes a qualidade humana e que fazem do Direito uma organização social e econômica. Sem a

garantia dos mesmos, não caberia falar-se de pessoa. Encaixam-se nestes direitos os chamados “direitos da personalidade”, como o direito à liberdade, o direito à integridade física e psíquica, o direito ao nome, o direito à própria imagem e sobretudo o direito à honra, marcados por serem direitos com conteúdo e função não-patrimonial.

O compromisso com a análise dos direitos humanos e fundamentais exsurge da convicção de que o respeito e a potencialização dos mesmos constituem a pedra angular para a vigência de uma autêntica democracia participativa e de um processo de desenvolvimento sustentável com justiça social. A garantia dos direitos humanos, em especial dos direitos fundamentais, caracteriza-se como elemento primordial para que o Estado e a sociedade civil concretizem efetivamente a interação entre democracia, Estado de Direito e desenvolvimento. Torna-se essencial a segurança da plena fruição dos direitos fundamentais, da forma mais abrangente possível, observando-se a população como um todo.

Na medida em que o Estado garante aos cidadãos inúmeros direitos e ao mesmo tempo avoca para si a função de solucionar os litígios na busca da paz social, proibindo a autotutela, passa a ter o dever de disponibilizar mecanismos suficientes e adequados para garantir a efetividade do direito outorgado. Somente através de uma prestação jurisdicional adequada é que o Estado legitima sua função e reafirma seu poder soberano na distribuição da justiça. Por outro lado, a precária efetividade do processo corresponde à renúncia da própria subsistência da organização política da sociedade. Assim, ao definir direitos, especialmente direitos fundamentais como pilar de todo o ordenamento jurídico, o Estado assume pesada responsabilidade, devendo proporcionar a adequada satisfação dos mesmos.

Neste contexto, os processos judiciais devem ser aptos a solucionarem as lides, de forma que as decisões proferidas sejam efetivas, úteis e capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos. A decisão judicial deve deixar o plano da formalidade e correlacionar-se diretamente com a realidade social. Torna-se essencial que a

ciência jurídica esteja voltada para a realidade sóciopolítica vigente e para a situação concreta. Para uma efetividade concreta, o jurista deve deixar o plano ideal e “sujar suas mãos” na realidade posta, para, então, poder sentir a adequação das soluções. Marinoni dispõe que “a tutela jurisdicional apenas será adequada se puder realizar efetivamente o direito material”¹⁰⁴.

O intuito primeiro do processo deve ser verdadeiramente instrumental e assim deve ser pensado modernamente, ou seja, é instrumento para a prévia realização de um direito material, possibilitando, deveras, a efetividade na entrega da tutela jurisdicional, tornando-a específica a cada direito subjetivo, evitando, por conseqüente, a insegurança jurídica proveniente da ordinarização.

Ora, diante deste pressuposto, conclui-se que a tutela jurisdicional dos direitos deve revelar uma preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo, relativizando o fenômeno direito-processo. A prestação jurisdicional não pode limitar-se à decisão judicial pura e simples e, tampouco, à solução da lide restritamente entre as partes. Seus efeitos devem transpor o âmbito atinente aos litigantes, contemplando os escopos sociais e políticos da jurisdição, de forma a reforçar a confiança dos cidadãos na ação do Estado como Poder, afastando-se, portanto, o descrédito na atuação do Judiciário.

Feitas estas breves considerações, é imprescindível convir que a aplicação, através de uma interpretação literal, pura e simples, dos institutos clássicos do processo e, até mesmo os institutos mencionados no decorrer do estudo, mostrar-se-á impotente para a tutela dos direitos fundamentais, principalmente diante dos direitos típicos da sociedade de massa. Isto porque referidos direitos, de caráter não-patrimonial, não se contentam com a tutela reparativa ou ressarcitória. Por exemplo, o direito à saúde e à própria vida, diante da falta imediata da prestação jurisdicional, estariam sucumbidos. Nestes casos, freqüentemente, busca-se uma tutela preventiva eficaz. A sentença condenatória, ou mesmo, declaratória ou constitutiva, são

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

impróprias, sobrevivendo, portanto, a necessidade de instrumentos e meios de tutela que estejam aptos a atender as demandas desta espécie de direitos.

Está patente a necessidade da superação do procedimento ordinário em relação ao direito à vida, à saúde, à dignidade, enfim, aos direitos não-patrimoniais. Na atual sociedade brasileira, principalmente em relação aos direitos mencionados, não mais subsistem as vantagens do procedimento ordinário, inspirado no liberalismo do século XIX. A escandalosa morosidade tem mostrado que, ao invés de uma cognição plena, desprovida, em tese, da possibilidade de erro, vivencia-se uma insuportável demora com complicações que não se adequam aos novos tempos e às novas exigências da sociedade moderna, eminentemente de massa e globalizada. São facilmente perceptíveis os defeitos e prejuízos decorrentes do procedimento ordinário, por impossibilitar, freqüentemente, qualquer tipo de julgamento célere, ou seja, eficaz a ponto de ser plenamente exequível. Daí decorre que as tutelas adequadas visam o rompimento com o procedimento ordinário genérico.

Por outro lado, o que se tentou demonstrar não é a simples positivação e legitimação de um novo instrumento processual visando efetivar os direitos fundamentais. Não se quer aqui, pregar a elaboração de uma nova fórmula, que somente sobrecarregaria nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário, diante dos argumentos expostos afasta-se, definitivamente, a necessidade de um novo instrumento processual. De forma que o novel da questão se resolve através de uma interpretação dos institutos processuais vigentes segundo os preceitos constitucionais, observando-se, como vetores e paradigmas, as normas-princípios da Constituição Federal que, além da imperatividade, têm eficácia e aplicabilidade plena, imediata e direta. É premissa primordial que as normas constitucionais sempre devem prevalecer. Busca-se uma potencialização dos princípios constitucionais que, visando a prestação jurisdicional efetiva e eficaz, serão aplicados observando-se a razoabilidade, a proporcionalidade e a flexibilização temporários dos preceitos, conforme a valoração do bem

jurídico.

Portanto, é necessária a mudança de paradigma na interpretação dos requisitos da tutela antecipada por meio de comunhão deste instituto com o direito material e, principalmente, com a Constituição Federal. Isto porque, torna-se essencial a potencialização da eficácia dos Direitos Fundamentais à luz da norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, inclusive com o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, assegurando-se, portanto, um padrão mínimo de segurança material, a fim de se efetivar as condições para uma existência com dignidade. Em suma, a otimização do bem-estar social deve ser sempre uma meta a ser alcançada.

Nas situações em que a reserva do possível se esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana e, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, deverá ser reconhecido um direito subjetivo definitivo, isto é, dotado de plena vinculatividade e que implicaria na possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização da prestação assegurada por norma de direito fundamental.

Somente assim, através da eficácia e acionabilidade dos direitos fundamentais à luz da Constituição Federal, vislumbrar-se-á a verdadeira efetividade do processo, um dos caminhos para se abortar a crise da justiça e atender aos anseios tanto dos consumidores da tutela jurisdicional como de toda a sociedade.

Ademais, o Direito em si, concretizado através do Processo, somente cumprirá sua função quando seu titular puder usufruí-lo de forma eficaz. Assim, o que se busca é um controle do tempo da lide, de forma a tornar o direito subjetivo exequível, com a devida extirpação das dilações indevidas, desnecessárias e absolutamente evitáveis.

É inegável [...] que, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória. De tal sorte, um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu

sentido reparador, na medida em que postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão.¹⁰⁵

Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio.

Por derradeiro, conclui-se que toda a linha de entendimento adotada no presente estudo, baseou-se nas Teorias da Justiça e do Direito Alternativo, segundo as quais, a atividade do jurista deve ser criativa, inovadora e comprometida com a justiça. O movimento de Uso Alternativo do Direito iniciou-se no final dos anos 60 com a Magistratura Democrática Italiana, sob a ótica democratizante, superando o legalismo estreito, mas tendo como limite os princípios gerais do Direito. O compromisso do juiz é a busca incessante da justiça, sendo que o jurista deve procurar concretizar os princípios, negando aplicação de lei que os viole e, ao mesmo tempo, abandonar a visão monista do Direito, onde só existe um Direito, o oficial estatal. Neste contexto, pode-se traçar um paralelo entre o jusnaturalismo e o uso alternativo do Direito, uma vez que, aquele está na matriz deste, pois, ambos repudiam a norma injusta. O apelo dos jusnaturalistas, nas diversas escolas, sempre foi à racionalidade e à razão humana.

Assim, o Estado moderno e contemporâneo, para a sua sobrevivência como Estado Democrático de Direito, na mais profunda acepção do termo, necessita de priorizar o

¹⁰⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 65.

resgate de valores abstratos, como a justiça, ética e moral.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jorge Luiz de; et al. **Temas sobre tutela de urgência**. São Paulo: Arte e Ciência, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Temas atuais de direito processual civil, v. 2)

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

ASSIS, Araken de. Antecipação da Tutela: algumas questões controvertidas. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 14, jul./dez. 2001.

_____. Artigo *in* coletânea **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. **Batalha de Cautelares e liminares**. 3. ed. atual. São Paulo: Ltr, 1996.

BEDAQUE, José Roberto. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Direito e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

BUENO, Cássio Scapinella. **Execução provisória e antecipação de tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juriciones Juridicas Europa-America, 1986.

_____. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.** Pádua: Cedam, 1936, n 17.

_____. **Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares.** Tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1945.

CALMON, Eliana. Tutelas de urgência. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 47, n. 269, p. 5-13, mar. 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil.** 8. ed. São Paulo: Forense, 1998.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução de direito.** 3. ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de processo civil reformado.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo.** 2. ed. Napoli: Morano, 1958.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho civil.** Tradução de E. Gómez Orbanejs, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.

CINTRA, Antonio Carlos de A. **Teoria geral do processo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Org.). **Causa de pedir e pedido no processo civil:** questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALL'AGNOL JR, Antônio J. et. al. **Medidas cautelares:** estudos em homenagem ao professor Ovídio A. Baptista da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

DIAS, Beatriz Catarina. **A jurisdição na tutela antecipada.** São Paulo: Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A reforma da reforma.** São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A instrumentalidade do processo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERES, Carlos Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

_____. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Instituto brasileiro de direito constitucional, 1999.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1.

_____. **O direito processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: Thex, 1997.

_____. **Direitos humanos**: uma idéia, muitas vozes. Aparecida (SP): Editora Santuário, 1998.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, t. 1.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez . **Derechos humanos y constitucionalismo en el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. **A antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Tutela inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARINS, Victor A. Bonfim. **Tutela cautelar, teoria geral e poder geral de cautela**. Curitiba: Juruá, 1996.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque; et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Direito humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Guilherme Peña. **Direitos fundamentais: conflitos e soluções**: Niterói (RJ): Labor Júris, 2000.

MUNHOZ SOARES, Rogério Aguiar. **Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral**. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Código de processo civil e legislação extravagante em vigor**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil: comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PARDO, David Wilson Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do “due process of law”. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 21, n. 60, p. 270-275, mar. 1994.

SANCHES, Sydney. **Poder geral de cautela do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 25, n. 97, p. 195-211, jan./mar. 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Lejur, 1986.

_____. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

_____. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 50, n. 295, p. 07-20, maio 2002. (Órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica)

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico e jurídico**. São Paulo: LTR, 1996.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, artigo 461; CDC, artigo 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutela e medidas cautelares - tutela de emergência. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 253, p. 42-4, nov. 1998.

_____. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. **Trinolex**, Franca, SP, v. 1, n. 2, p. 30-34, jan./fev. 2005.

_____. **Curso de direito processual civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

_____. **Curso de direito processual civil**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2.

_____. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: LEUD, 1989.

_____. **Tutela cautelar**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1992. v. 4.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional**: perspectivas brasileiras (seminário de Brasília de 1991). Instituto Interamericano de Direitos Humanos e Friedrich Naumann – Stiftung, San José da Costa Rica/Brasil, 1992.

_____. **Direitos humanos e meio-ambiente** – paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. Memória da conferência mundial de direitos humanos. Viena 1993. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 149, n. 225, p. 222, jan. 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VILLAR, Willard de Castro. **Ação cautelar inominada**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, p. 77-101, jul./set. 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SITES JURÍDICOS:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>> Acesso em: 8 mar. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>> Acesso em: 8 mar. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Disponível em: <<http://www.tj.go.gov.br/>> Acesso em: 19 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>> Acesso em: 15 ago. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal>> Acesso em: 15 ago. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/>> Acesso em: 30 jul. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>> Acesso em: 15 ago. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>> Acesso em: 15 ago. 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)