

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO (ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL)**

**ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA PERSPECTIVA
JUSFUNDAMENTAL**

Marcel Moraes Mota

Fortaleza
Julho – 2009

MARCEL MORAES MOTA

**ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA PERSPECTIVA
JUSFUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Rui Verlaine Oliveira Moreira.

Fortaleza
Julho – 2009

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rui Verlaine Oliveira Moreira (UFC). Orientador

Profa. Dra. Vera Lúcia Mendes de Paula Pessoa (UECE). Examinadora.

Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo (UFC). Examinador.

Aprovada em 14 de agosto de 2009

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar a antecipação da tutela na perspectiva jusfundamental, investigando-se de que maneira os mandados da proporcionalidade influem na concessão de provimentos de natureza antecipatória. O interesse no tema proposto segue a tendência de estudar o processo na ótica constitucional, em que se destacam os princípios processuais constitucionais, que também são princípios jusfundamentais. Sustenta-se uma concepção pós-positivista da teoria dos direitos fundamentais. A argumentação relativa aos princípios pressupõe a referência ao procedimento da proporcionalidade (composição: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que se mostra então indispensável para a devida compreensão do modelo constitucional do processo. Segue-se a concepção instrumentalista do processo, em seu duplo sentido, quando se nega a ideia de que o processo seja um fim em si mesmo, já que o processo deve ser efetivo, deve possibilitar que a parte que tenha razão possa obter tudo aquilo e exatamente aquilo que ela tem o direito de obter. Nessa perspectiva, resulta de grande valor o estudo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que abrange o direito às técnicas antecipatórias. Conclui-se que a perspectiva jusfundamental oferece as melhores condições para desenvolver a análise da correção jurídica da concessão dos diversos tipos de antecipação de tutela, permitindo-se fazer o controle racional da atuação dos órgãos jurisdicionais na questão.

Palavras-chave: Antecipação da tutela. Direitos fundamentais. Proporcionalidade.

RIASSUNTO

Questa ricerca ha l'obiettivo di analizzare l'anticipazione della tutela nella prospettiva giusfondamentale, indagando come i mandati della proporzionalità influiscono nella concessione dei provvedimenti di natura anticipatoria. L'interesse nel argomento proposto segue la tendenza di studiare il processo nell'ottica costituzionale, nella quale si distaccano i principi processuali costituzionali, che sono anche principi giusfondamentali. Si sostiene una concezione pospositivista della teoria dei diritti fondamentali. L'argomentazione relativa ai principi pressupone il riferimento al procedimento della proporzionalità (composizione: adeguazione, necessità, proporzionalità in senso stretto), che si mostra allora indispensabile per la dovuta comprensione del modello costituzionale del processo. Si segue la concezione strumentalista del processo, in suo doppio senso, quando si nega l'idea di che il processo sia un fine a se stesso, giacché il processo deve essere effettivo, deve permettere che la parte che abbia ragione possa ottenere tutto quello e precisamente quello che lei abbia il diritto di ottenere. In codesta prospettiva, risulta di grande valore lo studio del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, che comprende il diritto alle tecniche anticipatorie. Si conclude che la prospettiva giusfondamentale offre le migliori condizioni per sviluppare l'analisi della correttezza giuridica della concessione dei diversi tipi di anticipazione della tutela, permettendosi di fare il controllo razionale dell'attuazione dell'organo giurisdizionale nella questione.

Parole chiave: Anticipazione della tutela. Diritti fondamentali. Proporzionalità.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8

I. ELEMENTOS TEÓRICOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA

1. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA 13

1.1. Perspectivas jusnaturalistas 14

1.2. Perspectivas juspositivistas 17

1.2.1. Positivismo jurídico exclusivo 18

1.2.2. Positivismo jurídico inclusivo 20

1.3. Perspectivas pós-positivistas 23

1.4. Avaliação crítica das perspectivas jusnaturalistas, positivistas e
pós-positivistas 27

1.5. Contribuições do pós-positivismo para uma teoria dos direitos
fundamentais 32

2. FUNDAMENTOS CONCEITUAIS DA PERSPECTIVA JUSFUNDAMENTAL 39

2.1. Racionalidade prática 39

2.2. Distinção entre princípios e regras 50

2.3. Teorias das restrições 56

3. FUNDAMENTAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE 63

3.1. Proporcionalidade e a ideia de justiça 65

3.2. Proporcionalidade e princípios constitucionais 70

3.2.1. Proporcionalidade e Estado de Direito 70

3.2.2. Proporcionalidade e dignidade da pessoa humana 74

3.2.3. Proporcionalidade e devido processo legal 77

3.3. Proporcionalidade e direitos fundamentais 86

3.4. Proporcionalidade e a estrutura do sistema jurídico 88

II. TUTELA ANTECIPADA NO CONTEXTO JUSFUNDAMENTAL DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

4. O PROCESSO NA PERSPECTIVA DO DIREITO MATERIAL 99

4.1. Normas materiais e normas processuais 100

4.2. Fases metodológicas do direito processual 103

4.3. Efetividade processual e tutela dos direitos 105

4.4. Técnica processual 108

4.4.1. Noções de técnica processual 108

4.4.2. Algumas técnicas processuais 109

4.5. O processo sob o prisma do Estado Democrático de Direito 112

4.6. A fórmula do “processo justo” 116

5. DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA 120

5.1. Fundamentação jusfundamental do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva 121

5.2. Fundamentalidade material e fundamentalidade formal do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva 125

5.3. Dimensão subjetiva e dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva 126

5.4. Efeitos horizontal e vertical do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva 129

5.5. Densificação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva 131

5.5.1. Direito às técnicas processuais antecipatórias e cautelares
136

5.5.2. Direito ao procedimento adequado 141

5.5.3. Direito ao provimento jurisdicional adequado 144

6. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA 147

6.1. Tutela antecipada e tutela cautelar 147

6.1.1. Semelhanças entre tutela antecipada e tutela cautelar 148

6.1.2. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar 151

6.1.3. Proporcionalidade e fungibilidade das tutelas antecipada e
cautelar 155

6.2. Proporcionalidade e a tutela antecipada em situação de perigo 165

6.3. Proporcionalidade e a tutela antecipada em razão do abuso do direito de
defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu 175

6.4. Proporcionalidade e a tutela antecipada baseada em incontrovérsia do
pedido, ou de parcela do pedido 181

6.5. Proporcionalidade e o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos do
provimento antecipatório 186

6.6. Proporcionalidade e a efetivação da antecipação da tutela 191

CONCLUSÕES 197

REFERÊNCIAS 203

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo examinar o instituto da antecipação da tutela na perspectiva jusfundamental, investigando-se os padrões jurídicos principiológicos que disciplinam o cabimento de uma medida antecipatória, o que envolve o questionamento relativo à maneira pela qual os mandados da proporcionalidade influem na concessão de provimentos antecipatórios.

O interesse pelo tema proposto segue a tendência de estudar o processo na ótica constitucional, em que ganham destaque os princípios processuais constitucionais, que também são princípios jusfundamentais. Logo, propõe-se a estudar o processo sob o prisma das normas de direito fundamental, contemplando-se a relação entre técnica processual e tutela jurídica dos direitos fundamentais.

A argumentação relativa aos princípios pressupõe a referência ao procedimento da proporcionalidade, que se afigura então indispensável para a devida compreensão do modelo constitucional do processo.

Sem dúvida, a antecipação da tutela envolve direitos fundamentais tanto do autor como do réu, cuja relação proporcional se mostra necessária à correção jurídica do provimento concessivo. Não conceder providência jurisdicional antecipatória, quando devida, importa em restrição desproporcional aos direitos do autor. Conceder provimento antecipatório, quando indevido, acarreta restrição desproporcional aos direitos do réu.

Inserem-se as indagações sobre as relações entre proporcionalidade de tutela antecipada na fase metodológica da instrumentalidade, porquanto nela se verifica a valorização dos fundamentos constitucionais do processo, que se não deixam apreender devidamente, se não for dada a devida importância aos padrões jurídicos com estrutura de princípios que condicionam a aplicação de diversos institutos processuais, em particular o da antecipação da tutela.

Do ponto de vista metodológico, cuida-se de realizar estudo, de natureza qualitativa, que contemple a dogmática jurídica em sua multidimensionalidade, evitando-se os inconvenientes de abordagens parciais. A mesma aversão a enfoques

incompletos sobre o direito conduz ao intuito de buscar relações entre filosofia, teoria do direito e dogmática jurídica.

A estrutura desta investigação se divide em duas partes, o que revela o caráter interdisciplinar do objetivo geral da pesquisa, que depende de conhecimentos relativos aos direitos fundamentais e ao direito processual civil.

Na primeira parte, voltam-se as atenções para aspectos teóricos de uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva pós-positivista, fazendo-se, desde logo, referências à antecipação da tutela, de modo a conferir-se coesão à pesquisa. Já a segunda parte versa sobre a instrumentalidade do processo e a antecipação da tutela, sempre se levando em consideração os resultados obtidos na primeira parte do trabalho, trilhando-se o caminho conducente ao exame da antecipação da tutela na perspectiva jusfundamental.

Inicialmente, procede-se a discussão relativa às teorias do direito. É necessário que se não descure desse aspecto, a fim de que se extraiam consequências teóricas adequadas para o estudo que ora se empreende, relativo à análise jusfundamental da antecipação da tutela, logo situado no âmbito da teoria dos direitos fundamentais e da dogmática jurídica processual civil.

Dessa maneira, no primeiro capítulo, procura-se esclarecer em que consiste uma teoria do direito pós-positivista, o que implica tornar expressos os critérios em razão dos quais essa perspectiva justeórica não se confunde com as vertentes jusnaturalistas e juspositivistas.

No segundo capítulo, discorre-se sobre fundamentos conceituais da perspectiva jusfundamental. Analisam-se as concepções de racionalidade prática, com destaque para as contribuições aristotélicas, kantianas e provenientes da filosofia da comunicação. Em seguida, enfrenta-se o problema analítico da distinção entre princípios e regras, afastando-se incompreensões sobre o critério discriminador do modo de aplicação. Arelado às teorias dos princípios, o debate entre teoria externa e teoria interna das restrições não pode ser negligenciado em um estudo que verse sobre antecipação da tutela e suas relações com os direitos fundamentais.

A fim de que se disserte com clareza e segurança sobre a aplicação da proporcionalidade na antecipação da tutela, busca-se, no terceiro capítulo, apresentar os fundamentos da proporcionalidade, expediente que culminará revelando seus principais contornos, assim como sua inafastabilidade da argumentação jurídica dos casos em que envolvam princípios.

Posteriormente, convém lançar as bases de uma concepção sobre o processo, que se segue ao longo de toda a investigação. Trata-se de assentar a ideia de que o processo não é um fim em si mesmo, que deve mostrar-se apto ao alcance de diversas finalidades. Ocorre que essas finalidades podem entrar em conflito, quando se verificam colisões de princípios, contexto em que será de grande valor o recurso ao procedimento da proporcionalidade.

Em seguida, tenciona-se aprofundar o estudo sobre o que vem a ser o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o qual ganha destaque quando se estuda o processo na perspectiva do direito material. Busca-se justificar não só a constitucionalidade, mas a jusfundamentalidade do direito à técnica antecipatória.

No sexto capítulo, as atenções se voltam para a caracterização do instituto da antecipação da tutela, sua relação com a tutela cautelar, assim como, colhendo os frutos semeados nas seções precedentes desta pesquisa, enfrenta-se a questão da proporcionalidade na antecipação da tutela.

Para isso, procede-se ao estudo de cada uma das distintas espécies de antecipação de tutela, sem perder de vista o aspecto geral que as une, a tensão entre os princípios da tutela jurisdicional efetiva e da segurança jurídica, sempre a reclamar a aplicação da proporcionalidade.

Após a consideração da relação entre proporcionalidade e as diferentes modalidades de tutela antecipada, cumpre ainda examinar a pertinência da proporcionalidade com os problemas específicos da irreversibilidade dos efeitos fáticos dos provimentos antecipatórios e com a efetivação ou execução desses provimentos.

Ao final, enumeram-se conclusões, que representam, de forma sintética, os resultados deste estudo sobre a antecipação da tutela na perspectiva

jusfundamental. Trata-se de momento em que são reunidas as condições devidas, para que se confirme ser a ideia que norteia toda a pesquisa, precisamente interpretar a antecipação da tutela no contexto de uma teoria dos direitos fundamentais adequada, útil no deslinde de questões jurídicas relativas à tutela antecipada.

I. ELEMENTOS TEÓRICOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA

1. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA.

Os direitos fundamentais podem ser objeto de diversas teorias.¹ Compreende-se essa circunstância, haja vista o caráter multidimensional que os direitos fundamentais apresentam. Assim, sobre eles são elaboradas, por exemplo, teorias jurídicas, filosóficas, sociológicas e políticas. Posto que seja possível divisar as referidas teorias, conclui-se que elas apresentam pontos de intersecção, de modo que não é correto defender que se separam por completo.

Sob o prisma justeórico, que se situa no nível intermediário entre a filosofia do direito e a dogmática jurídica, interessa o debate travado entre juspositivistas, jusnaturalistas e pós-positivistas, o qual repercute na teorização sobre os direitos fundamentais. Por sua vez, uma compreensão teoricamente adequada em relação aos direitos fundamentais é indispensável para que se possa discorrer sobre a antecipação da tutela na perspectiva jufundamental.

Dessa maneira, convém estabelecer as diferenças que as perspectivas juspositivistas, jusnaturalistas e pós-positivistas guardam entre si, a fim que se evidenciem os reflexos da posição justeórica adotada em relação ao estudo dos direitos fundamentais.

Cuida-se de investigar se, do ponto de vista teórico, é admissível a afirmação do relacionamento entre direito e moral no conhecimento das normas jurídicas válidas. Ademais, caso se reconheça a conexão entre direito e moral, que redunde na afirmação da possível importância de elementos morais na definição do direito aplicável, cumpre perquirir se esse relacionamento é apenas contingente, ou conceitualmente necessário.

Verifica-se que a busca de uma compreensão adequada da ontologia jurídica, para além de sua manifesta relevância teórica, tem importantes reflexos práticos, na medida em que é preciso saber se os juristas podem ou devem levar em consideração elementos morais para a reconstrução do direito válido a partir dos textos normativos. Dessa maneira, no contexto mais específico da colisão de direitos

¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 21.

fundamentais que se apresenta na antecipação da tutela, é preciso saber se elementos morais, ou de justiça, desempenham algum papel na decisão relativa à tutela antecipada.

Necessário, portanto, proceder ao exame comparativo das perspectivas justeóricas jusnaturalistas, juspositivistas e pós-positivistas, a fim de que se desenhe um quadro adequado das implicações pós-positivistas em uma teoria dos direitos fundamentais.

1.1 Perspectivas jusnaturalistas

Para os que seguem uma abordagem jusnaturalista, uma teoria sobre o direito natural, é imprescindível que pelo menos algumas afirmações sejam feitas.

Em primeiro lugar, é necessário que se predique a existência de duas ordens jurídicas, o direito natural e o direito positivo, o que vem a ser a tese do dualismo jurídico.

O direito natural decorre de natureza de algo, razão pela qual se pode falar, por exemplo, em direito natural de origem divina ou em direito natural fundado na essência do ser humano. Em todo caso, as doutrinas jusnaturalistas partem da ideia de que o direito natural possui normas imutáveis no tempo e no espaço, ao passo que as normas do direito positivo são caracteristicamente cambiantes nas dimensões espacial e temporal. Compreendem-se as diferenças entre direito natural e direito positivo, tendo em vista que o direito natural reside na natureza de algo, não resulta de criação do homem, precisamente o contrário do que ocorre em relação ao direito positivo.

Além disso, as distintas teorias acerca do direito natural têm em comum a afirmação da superioridade do direito natural sobre o direito positivo. Trata-se da crença de que existe um direito transcendente, que serve de modelo para o direito positivo, de modo que o conhecimento deste não permitiria, portanto, a compreensão do direito em toda sua completude.

Detalhes sobre o conteúdo do direito natural, assim como sobre as consequências da relação de superioridade do direito natural em face do direito positivo, respondem pela variedade de doutrinas jusnaturalistas.

Santo Tomás de Aquino elaborou uma doutrina jusnaturalista, segundo a qual podem ser distinguidos três tipos de leis: lei eterna, lei natural e lei humana.

A lei eterna seria expressão da razão divina, que rege o mundo de um modo que não se concebe no tempo, porque eterno.² Por sua vez, a lei natural consistiria na “participação da lei eterna na criatura racional”³, de maneira que o ser humano, por ser dotado de racionalidade, tem a capacidade de conhecer a lei natural. Já a lei humana, o direito positivo, seria o produto da razão humana, que deve proceder a partir da lei natural.⁴

O direito natural serve como critério de correção moral, ou de justiça, em relação ao direito positivo. Conforme Santo Tomás de Aquino sustenta, “algo é justo pelo fato de que é reto segundo a regra da razão”⁵. Dessa maneira, o direito natural seria o direito justo, ou o direito racional, de modo que o direito positivo não pode dele discordar. Caso a lei humana esteja em desacordo com o direito natural, “já não será lei, mas corrupção de lei”⁶.

Na teoria do direito natural de Santo Tomás de Aquino, duas são as formas pelas quais o direito positivo deriva do direito natural: através de conclusões semelhantes a demonstrações e através de determinações.⁷

Exemplo da primeira forma é a proibição de matar uma pessoa inocente, que deriva de maneira lógica do direito natural. Contudo, a maior parte do direito positivo não deriva do direito natural dessa maneira, mas pressupõe uma colaboração criativa do legislador humano, a exemplo do arquiteto que deve projetar uma forma determinada e específica para a figura de uma casa.

² AQUINO, Tomás de. *Suma teológica IV*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 529, I-II, q. 91, a. 1.

³ Ibid., 2005. p. 531, I-II, q. 91, a. 2.

⁴ Ibid., 2005. p. 533, I-II, q. 91, a.3.

⁵ Ibid., 2005. p. 576, I-II, q. 95, a. 2.

⁶ Ibid., 2005. p. 576, I-II, q. 95, a. 2.

⁷ Ibid., 2005. p. 576-577, I-II, q. 95, a. 2.

Assim, afasta-se a objeção segundo a qual o direito positivo seria supérfluo em face da perfeição do direito natural,⁸ já que caberia à lei humana não somente declarar as conclusões semelhantes a demonstrações advindas do direito natural, como também realizar a função de determinação, especificação ou concretização do direito natural.

Convém mencionar que destacadas teorias do direito natural engendradas contemporaneamente seguem os influxos tomistas, a exemplo das contribuições de John Finnis e Robert George.

O jusnaturalismo de John Finnis pretende identificar alguns bens humanos básicos (vida, conhecimento, jogo, experiência estética, amizade, razoabilidade prática e “religião”),⁹ que seriam indispensáveis para o florescimento humano em todas as épocas e todos os lugares.

A razoabilidade prática, ela mesma um bem humano básico, é a forma de racionalidade prática identificada por Finnis, baseada nas noções anteriores de racionalidade prática em Aristóteles (*phrónesis*) e em Tomás de Aquino (*prudencia*), que permitira o acesso a uma boa vida, mediante a concretização dos bens humanos básicos. Considerando que a missão do legislador é elaborar leis justas, para o bem comum, resulta claro que as leis positivas devem ser elaboradas de acordo com as exigências da racionalidade prática.

A influência do tomismo na doutrina jusnaturalista de John Finnis manifesta-se também, v.g., em suas análises sobre a derivação da lei positiva da lei natural,¹⁰ assim como da lei natural como participação da lei eterna¹¹.

A seu turno, Robert George compreende o direito natural como um conjunto de três tipos de princípios: princípios básicos práticos, princípios morais intermediários e normas morais específicas.¹²

Os princípios práticos básicos são aqueles que dirigem a escolha e a ação do homem no sentido dos bens humanos básicos. Constituem razões para agir não-

⁸ Kelsen, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 142.

⁹ Finnis, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 87 e ss.

¹⁰ Ibid., 2007. p. 274 e ss.

¹¹ Ibid., 2007. p. 376 e ss.

¹² George, Robert P. *In defense of natural law*. New York: Oxford, 2004. p. 102 e ss.

instrumentais, na medida em que não tomam como pressuposto outras razões. Cabe aos princípios intermediários especificar o mais básico princípio prático, que dirige a escolha e a ação humanas rumo à realização humana integral, através de normas morais como a regra de ouro, ou como o princípio paulino, que proíbe que o mal seja feito como meio para causar boas consequências. A função das normas morais específicas reside em restringir as possibilidades de escolhas, através de imposições ou proibições.

Observa-se que Robert George concebe a derivação do direito positivo a partir do direito natural nos mesmos termos descritos por Santo Tomás de Aquino, ao valer-se dos conceitos de conclusões semelhantes a demonstrações e de *determinationes*, os quais guardam relações com o pensamento aristotélico.¹³

Para as teorias jusnaturalistas, portanto, aponta-se para a relação de subordinação do direito positivo em relação ao direito natural, o que traduz a exigência de que o direito criado pelo homem se submeta a padrões morais superiores, os quais seriam eternos, porque decorrentes da natureza de alguma coisa. Nessa perspectiva, integraria o conceito de direito o elemento da correção moral, compreendido como subordinação dos padrões jurídicos positivos a normas morais superiores naturais.

O significado dessa abordagem justeórica para a compreensão do direito constitucional em face da moralidade política consistiria em fazer derivar dos bens humanos básicos normas morais de escalão intermediário ou até mais específicas, que justificariam imposições ao poder do Estado, às quais se ligam direitos fundamentais das pessoas. Exemplo relevante de obrigação que se imporia ao Estado por razões moralmente relevantes consiste na incumbência de prestar tutela jurisdicional efetiva, o que inclui a antecipação da tutela nas situações devidas.¹⁴

1.2 Perspectivas juspositivistas

As teorias jurídicas positivistas, em linhas gerais, rejeitam a dualidade de ordens jurídicas, de modo que, nessa perspectiva, não há que se falar em direito natural e direito positivo, já que todo o direito é direito positivo, tendo em vista que

¹³ GEORGE, Robert P. ob. cit., 2004. p. 108-109.

¹⁴ Item 5.1.

toda ordem jurídica é resultado da criação humana, não havendo razões convincentes para que se possa afirmar a existência de normas jurídicas situadas fora da história, porque produtos da natureza de algo.

Com isso, evidencia-se que as doutrinas do positivismo jurídico, de um modo geral, abrem mão de elementos metafísicos, na elaboração de suas construções teóricas.¹⁵ Segue-se a tese do fato social (*social fact thesis*), de acordo com a qual a legalidade é uma questão de fato, de correspondência a determinados fatos sociais, logo a validade jurídica não seria uma questão de valor.¹⁶

O acordo positivista em relação à adoção de alguma tese do fato social não é acompanhado, todavia, pela uniformidade de entendimento com respeito à importância da correção moral para a validade das normas jurídicas. A partir desse critério, extremam-se as doutrinas do positivismo jurídico exclusivo e do positivismo jurídico inclusivo.

1.2.1 Positivismo jurídico exclusivo

Consoante a teoria do positivismo jurídico exclusivo, são feitas duas afirmações com referência à relação entre direito e moral.

Em primeiro lugar, assevera-se a tese da separação conceitual entre direito e moral, de modo que a correção moral não integra o conceito de direito, não havendo que se confundir o direito como ele é e o direito como deve ser.

Ademais, seguindo-se essa versão forte do positivismo jurídico, aduz-se que há razões normativas, que indicam o que é melhor ou o que é preferível, segundo as quais princípios morais e argumentos morais não desempenham nenhum papel na definição das normas jurídicas válidas, logo também na interpretação do direito.

A tese da separação conceitual entre direito e moral implica a tese da separabilidade das normas jurídicas das normas morais, mas não a separação de fato entre direito e moral. Já a tese da separação normativa entre direito e moral, ou simplesmente tese da separação, vai mais além, ao afirmar que em nenhum caso

¹⁵ OTT, Walter. *Der rechtspositivismus*. 2. Auf. Berlin: Duncker und Humblot, 1992. p. 108.

¹⁶ COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford, 2003. p. 153.

parâmetros morais são relevantes no estabelecimento das normas jurídicas válidas ou na interpretação do direito.¹⁷

Verifica-se que a teoria do direito de Joseph Raz se baseia na tese da separação normativa entre direito e moral, de modo que todos os elementos morais são excluídos na identificação do direito válido ou na interpretação do direito.

Raz refere-se à sua doutrina como *strong social thesis*,¹⁸ segundo a qual a validade das normas jurídicas depende tão-somente de elementos empíricos, fatos sociais, descartados, portanto, critérios de justiça ou de correção moral.

O importante para a identificação do direito válido, no positivismo jurídico de Raz, é que ele provenha de quem tem autoridade, seja para o exercício do poder legislativo, seja para decidir em um processo judicial. Assim, o direito é compreendido como correspondência a um fato social praticado por uma fonte autorizada pelo direito.

Consequentemente, não se estabelecem critérios materiais de validade da norma jurídica, somente critérios formais, de maneira que nenhum conteúdo pode deixar de ser considerado jurídico em razão de argumentos morais.¹⁹

Se um juiz deve decidir um caso que recai na textura aberta do direito,²⁰ sua decisão será válida não em razão de sua conformidade com princípios e argumentos morais, mas por que é considerado pelo sistema jurídico como a autoridade competente para aplicar o direito naquela circunstância. O conceito de autoridade está presente, no positivismo jurídico de Raz, quando o destinatário age de acordo com uma norma jurídica porque tem confiança na autoridade, ou dela tem medo, o que se relaciona ao elemento de eficácia social do direito.

Observa-se, portanto, que o conceito de autoridade examinado por Raz de algum modo desloca da teoria do direito o exame das condições de racionalidade

¹⁷ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005. p. 18.

¹⁸ RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 39-40.

¹⁹ Nesse sentido, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 221, "todo e qualquer conteúdo pode ser Direito".

²⁰ HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford, 1997. p. 128.

prática da argumentação judicial, ao privilegiar critérios empíricos, nos termos de sua tese forte do fato social.

Conferir legitimidade a uma decisão sobre antecipação da tutela com base apenas no prudente arbítrio do juiz, deixando de lado o exame das normas de racionalidade prática da argumentação jurídica, revela o apreço pela autoridade do órgão jurisdicional, que recebe do sistema jurídico a competência para decidir sobre o cabimento de uma medida antecipatória. Trata-se de uma postura compatível com a doutrina do positivismo jurídico exclusivo, na medida em que a decisão jurisdicional é considerada mais pelo aspecto de sua autoridade do que pelos fundamentos racionais do discurso de aplicação do direito.

Não resta dúvida, então, que na linha do positivismo jurídico exclusivo é rejeitada a tese da conexão entre direito e moral. Se se nega que o direito incorpora elementos morais em sua prática, resta também negada a relação entre direito constitucional e parâmetros de moralidade política. Dessa maneira, não haveria critérios de justiça interiorizados no ordenamento jurídico que implicariam a instituições de técnicas processuais antecipatórias, decisiva seria somente a decisão da autoridade legislativa, a quem caberia a análise da conveniência e da oportunidade de positivizar o instituto da antecipação da tutela.

Nessa perspectiva, então, somente seriam relevantes para a interpretação dos direitos fundamentais as normas constitucionais positivadas que cuidassem de algum aspecto da relação entre indivíduo e Estado, ou dos particulares entre si. Havendo uma questão moralmente relevante nessas relações jurídicas que se encaixasse na textura aberta do direito, o juiz não estaria vinculado a quaisquer parâmetros morais para decidir como fonte autorizada a resolver o conflito deduzido no processo.

1.2.2 Positivismo jurídico inclusivo

Para os teóricos do positivismo jurídico inclusivo, a rejeição da tese da conexão entre direito e moral é de ordem analítica, ou conceitual, mas nada impede que, em uma contingência histórica, critérios morais sejam incorporados a um ordenamento jurídico específico, de maneira que o estabelecimento do direito válido e a realização

de sua interpretação passem a depender não apenas de elementos formais de validade, como também de parâmetros substanciais de justiça.

Desse modo, é acertado dizer que o positivismo jurídico inclusivo, como qualquer teoria positivista, pressupõe a tese da separabilidade conceitual entre direito e moral, mas admite a conexão eventual entre direito e moral, a depender de questões de natureza fática, diferenciando-se, por conseguinte, do positivismo jurídico exclusivo, que, conforme anteriormente salientado, não admite qualquer papel desempenhado por normas morais no exame da validade jurídica das normas de um dado ordenamento jurídico.

Jules Coleman oferece uma teoria do direito bastante representativa do juspositivismo inclusivo, ao desenvolver a tese da prática social convencional (*conventional social practice*).

Como positivista, Jules Coleman não abre mão da tese do fato social e da separação conceitual entre direito e moral. Influenciado por Hart,²¹ procura reafirmar a doutrina da regra de reconhecimento, que é alvo de pesadas críticas levantadas por Ronald Dworkin²². Diferencia-se do juspositivismo exclusivo de Raz, ao admitir a possibilidade de que princípios morais sejam incorporados ao ordenamento jurídico, de modo a serem juridicamente vinculantes, razão pela qual sua visão teórica, o juspositivismo inclusivo, também pode ser chamada de incorporacionismo.

Verifica-se, assim, que a teoria do direito formulada por Coleman está situada em uma posição intermediária entre o interpretativismo de Ronald Dworkin e a doutrina do positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz.²³

A tese da convenção social de Coleman é construída na tentativa de fornecer uma resposta adequada para uma das questões mais importantes da filosofia do direito, que é a de saber em que se baseia a autoridade do direito.

A proposta do juspositivismo inclusivo se diferencia das vertentes jusnaturalistas, ao rejeitar a subordinação do direito positivo a normas morais

²¹ HART, H. L. A. ob. cit., 1997. p. 100 e ss.

²² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard, 1978. p. 14 e ss.

²³ COLEMAN, Jules. Authority and reason. In: GEORGE, Robert P. (Org). *The autonomy of law: essays on legal positivism*. New York: Oxford, 2005. p. 288.

naturais. Extrema-se do positivismo jurídico exclusivo, ao não reduzir a autoridade do direito à mera correspondência de fatos sociais. O elemento distintivo do incorporacionismo jurídico se encontra na inclusão de critérios de moralidade como fundamentos circunstanciais da normatividade do direito positivo.

Dessa maneira, mediante a exploração do conceito de prática social convencional,²⁴ Coleman esclarece que parâmetros morais podem ser reconhecidos na perspectiva interna do direito, precisamente daqueles que se encarregam de interpretar e aplicar o direito institucionalmente, como integrantes da regra de reconhecimento.

Com isso, seria possível a manutenção da tese do fato social, mas sem incorrer em uma versão por demais forte dessa tese, que culmina por excluir a importância de critérios morais para a identificação das normas jurídicas válidas, bem como para a interpretação do direito. Afinal, a autoridade do direito depende de fatos sociais, mas não somente de fatos sociais.

Para a compreensão do relacionamento entre direito constitucional e moralidade política, a contribuição do juspositivismo inclusivo representa um avanço em relação à doutrina juspositivismo exclusivo, na medida em que admite, como uma questão de fato, a fundamentação de posições jurídicas a partir de critérios de justiça, ou de moralidade política.

Logo, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva jamais poderia decorrer necessariamente de uma concepção abstrata de justa distribuição do fardo de suportar o tempo do processo,²⁵ ou de qualquer outro critério de justiça que não depende de uma prática social convencional.

Nesse aspecto, decisivos são os parâmetros morais incorporados por aqueles que se enquadram na situação de participantes do sistema jurídico. Caso a prática convencional dos juristas de determinado ordenamento jurídico concebesse a necessidade da efetividade das técnicas processuais, então elementos morais de justiça do processo seriam incorporados ao direito positivo.

²⁴ COLEMAN, Jules. ob. cit., 2003. p. 77 e ss.

²⁵ A respeito da relevância dogmática do tempo no processo civil, v. ANDOLINA, Italo. *"Cognizione" ed "esecuzione forzata" nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 13-15.

Portanto, na perspectiva em análise, não é acertado concluir que todo ordenamento jurídico deva estabelecer certas limitações ao poder do Estado e um rol de direitos fundamentais, mas resta claro que, uma vez integrantes da prática social normativa de uma comunidade jurídica, o que se relaciona à construção de normas constitucionais a respeito, parâmetros de moralidade política são vinculantes para a solução de questões jurídicas complexas envolvendo direitos fundamentais.

1.3 Perspectivas pós-positivistas

Há boas razões para sustentar que o espectro das teorias do direito não se circunscreve à antiga dicotomia entre jusnaturalismos e juspositivismos.²⁶ O exame dessas razões deve permitir, então, que se estabeleça por que uma teoria do direito não se enquadra no âmbito do jusnaturalismo, tampouco no conjunto de doutrinas juspositivistas.

Afirma-se que, com o advento teórico do pós-positivismo, “tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante”²⁷, verifica-se “a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo”²⁸, observa-se a formação de “um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras”²⁹.

É interessante apontar que a denominação “pós-positivismo” tem alcançado maior desenvolvimento entre os juristas brasileiros do que em relação à doutrina estrangeira. Naturalmente, o nome “pós-positivismo” não deve ser interpretado no sentido cronológico, já que atualmente se desenvolvem teorias juspositivistas, mas no sentido de superação teórica da doutrina juspositivista. Além disso, a rearticulação entre direito e moral no pós-positivismo não representa um retorno à

²⁶ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. de Antônio Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 61, “Devemos estar cientes de que entre o direito natural e o positivismo não existe um relação de 'ou...', ou..., *tertium non datur*”.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 265.

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001. p. 52-53.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.

metafísica, já que não se trata de uma teoria jusnaturalista, mantendo em comum com o jusnaturalismo apenas o jusmoralismo.³⁰

Em busca de um critério para a caracterização mais precisa do pensamento teórico pós-positivista, esclarece-se que a “relação entre o direito e a moral é um traço teórico significativo, com o auxílio do qual se podem estabelecer diferenças entre positivismo, jusnaturalismo e pós-positivismo”³¹.

Conforme discutido anteriormente, a tese da separação conceitual entre direito e moral é comum às doutrinas jurídicas positivistas, que abrangem o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo. Sob o prisma jusnaturalista, sustenta-se a subordinação do direito positivo a normas morais naturais.

Na perspectiva do pós-positivismo, da mesma forma como acontece nas doutrinas jusnaturalistas, rejeita-se a tese da separação conceitual entre direito e moral. Ocorre que a relação entre direito e moral não pressupõe a crença na subordinação do direito positivo a normas naturais superiores. Para as teorias pós-positivistas, é prescindível a tese metafísica sobre a existência de normas jurídicas imutáveis, válidas para todos os tempos e todos os lugares. Diferenciam-se, portanto, as teorias do pós-positivismo das doutrinas do jusnaturalismo.

As contribuições do pós-positivismo e do positivismo jurídico inclusivo têm em comum a afirmação de que elementos morais podem ser juridicamente exigíveis para o estabelecimento de normas jurídicas válidas, assim como para a interpretação judicial do direito. O que distingue a orientação pós-positivista da proposta teórica do positivismo inclusivo é o caráter que se dá à conexão entre direito e moral, no que diz respeito à argumentação relativa às normas válidas e ao processo de aplicação do direito.

Como se destacou anteriormente, a doutrina do positivismo jurídico inclusivo admite apenas que a conexão entre direito e moral é contingente, variável de acordo com circunstâncias empíricas, de modo que esse inter-relacionamento pode ocorrer

³⁰ Com isso, afastam-se as incompreensões que dão origem à discussão dos supostos equívocos do pós-positivismo, conduzida por DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 47 e ss.

³¹ MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006. p. 18.

em alguns ordenamentos jurídicos, mas em outros não. O pós-positivismo dá um passo a mais, na medida em que considera que a relação entre direito e moral é conceitualmente necessária, verificando-se em qualquer sistema jurídico.

Desse modo, seguindo-se a linha teórica do pós-positivismo, a correção moral é um dos elementos do conceito de direito. Ademais, importa salientar que toda norma jurídica moralmente relevante deve ser justificável com base em critérios de racionalidade prática. Assim, a exigência de justiça é considerada como inafastável no âmbito da argumentação jurídica, o que sem dúvida envolve a interpretação judicial do direito. Descarta-se nessa perspectiva, é bom sempre salientar, a relação de subordinação ao suposto direito natural.

Robert Alexy refere-se à contraposição entre teorias positivistas e não-positivistas.³² Adotando-se a classificação entre teorias positivistas e não-positivistas, a teoria do direito de Alexy se caracteriza como não-positivista. Como sua teoria não pressupõe a subordinação do direito positivo a normas de direito natural, é correto dizer que se trata de um representante da corrente pós-positivista.

Na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, explica-se a abertura do direito em relação à moral proporcionada pelas normas jusfundamentais.³³ Ademais, o referido autor sustenta que a correção moral é um dos elementos do conceito de direito.³⁴ Justifica a tese da conexão conceitual entre direito e moral com o argumento da pretensão de correção do direito.³⁵

A exemplo de Alexy, Ronald Dworkin também pode ser classificado como representante da perspectiva teórica pós-positivista, por não ser jusnaturalista e defender a abertura do direito em relação à moral do ponto de vista conceitual, o que se justifica com base em sua teoria dos princípios, de maneira que Coleman e Raz não escapam de suas críticas.³⁶

³² ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Auf. München: Karl Alber Freiburg, 2005. p. 15.

³³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Surkamp, 1994. p. 494.

³⁴ Id. ob. cit., 2005. p. 201.

³⁵ Id. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; WRIGHT, Georg Henrik von (Org). *The reasonable as rational?: on legal argumentation and justification*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000. p. 3 e ss.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 234 e ss.

Os influxos do pós-positivismo para a compreensão da relação entre direito constitucional e moralidade política são claros, já que se trata de uma abordagem teórica que fundamenta a tese da conexão conceitual entre direito e moral.

Dessa maneira, no desenvolvimento de uma compreensão constitucional do processo,³⁷ contexto que em que se inclui a análise jusfundamental da antecipação da tutela, é indispensável levar em consideração a pertinência de critérios morais na tomada de decisão baseada em normas jurídicas válidas.

No momento de avaliar a correção de uma medida de antecipação da tutela, o juiz deve fundamentar racionalmente a aplicação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao qual se devem harmonizar os requisitos legais estabelecidos no Código de Processo Civil.

Seguindo-se a perspectiva pós-positivista, afasta-se a doutrina da discricionariedade judicial na solução de questões difíceis envolvendo direitos fundamentais, que podem ocorrer em situações de requerimento de tutela antecipada, de modo que não é satisfatório o apelo ao bom senso, ou ao consciencioso arbítrio do julgador. Exige-se adequada justificação, o que implica a observância de regras de racionalidade prática.

Importa destacar que as normas constitucionais servem de arcabouço para a construção de uma concepção de justiça constitucional. Igualmente, para que se alcance uma formulação do processo justo, são importantes as normas constitucionais relativas ao processo, com destaque para os direitos fundamentais processuais.

Assim, todas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com a moralidade constitucional, de sorte que todas as normas infraconstitucionais processuais devem ser compatíveis com parâmetros de moralidade constitucional processual. Caso haja normas que afrontem as exigências de justiça constitucional, é possível que seja reconhecida a invalidade dessas normas jurídicas, embora não se possa sustentar que toda norma jurídica injusta seja juridicamente inválida, por razões de segurança jurídica.

³⁷ Item 4.5.

1.4 Avaliação crítica das perspectivas jusnaturalistas, positivistas e pós-positivistas

O exame das teorias do direito jusnaturalistas, positivistas e pós-positivistas permitiu constatar que a importância dos elementos morais para a construção das normas jurídicas válidas é objeto de acesa disputa teórica.

Jusnaturalistas e pós-positivistas seguem uma posição moralista, tendo em vista que defendem a tese da conexão conceitual entre direito e moral. Entre os juspositivistas, há consenso quanto à rejeição da tese da conexão conceitual entre direito e moral, todavia os representantes do juspositivismo inclusivo destoam dos conseqüências do juspositivismo exclusivo, porque admitem a incorporação de parâmetros morais pelo sistema jurídico, que são relevantes para a validade das normas jurídicas.

É preciso saber qual teoria do direito oferece a explicação mais adequada em relação ao papel desempenhado pela moralidade no direito positivo, a fim de que se possa, por exemplo, investigar as relações entre direito constitucional e moralidade política, as quais são pertinentes aos direitos fundamentais. Havendo definição sobre o relacionamento conceitual entre direito e moral, é possível vislumbrar até que ponto a racionalidade prática desempenha um papel na teorização sobre os direitos fundamentais.

A aceitação das doutrinas jusnaturalistas é bastante problemática, em razão da assunção metafísica da existência normas jurídicas que sejam imutáveis no tempo e no espaço, às quais se deve subordinar o direito positivo.

De acordo com a discussão ética atual, encontra-se superado o modelo de legitimação do direito positivo a partir de um suposto direito natural substantivo. O conteúdo de quaisquer normas jurídicas e morais só será legítimo, caso decorra de um discurso regido por regras racionais.

Substitui-se, dessa maneira, o recurso a normas morais substantivas naturais pela legitimação derivada da interação racional balizada pelas regras do discurso, o que se coaduna com o pluralismo das sociedades democráticas contemporâneas.³⁸

Além disso, as teorias do direito natural falham ao oferecer um modelo de explicação da relação entre direito positivo e argumentos morais, porque sustentam a subordinação do direito positivo a normas morais.

No âmbito do pós-positivismo, ocorre a revalorização da racionalidade prática, o que dá lugar ao desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica. Observa-se que uma das funções de uma teoria da argumentação jurídica é precisamente proporcionar entendimento adequado sobre a relação entre argumentos jurídicos e argumentos morais.

Robert Alexy esclarece que a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial de argumentação moral admite três interpretações possíveis: tese da secundariedade (*Sekundaritätsthese*), tese da adição (*Additionsthese*) e tese da integração (*Integrationsthese*).³⁹

De acordo com a tese da secundariedade, ou tese da subsidiariedade, a argumentação jurídica serve apenas como legitimação secundária dos resultados obtidos pelo discurso prático geral, ou discurso moral. Nesse modelo, portanto, o decisivo é o discurso moral, ocupando posição meramente subsidiária a argumentação jurídica, o que equivale afirmar a subordinação da argumentação jurídica à argumentação moral, em termos que se assemelham a uma proposta jusnaturalista.

Pela tese da adição, rejeita-se o papel secundário da argumentação jurídica. Nos termos dessa tese, recorrer-se-ia à argumentação moral somente naqueles casos em que a argumentação jurídica não estivesse disponível. Assim, a argumentação jurídica ocuparia posição central no discurso jurídico, já os argumentos morais serviriam de mera adição, com função de complementação.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. p. 340.

³⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. p. 38.

Na verdade, a tese mais adequada para explicar a relação entre argumentos jurídicos e argumentos morais é a tese da integração, segundo a qual no discurso jurídico os argumentos jurídicos estão entrelaçados com argumentos morais. Dessa maneira, não há que se falar em subordinação, tampouco em mera complementação.

A superação das doutrinas jurídicas positivistas ocorre pela afirmação de posições teóricas jusmoralistas que não se confundem com as perspectivas jusnaturalistas. Em conformidade com o moralismo jurídico, que se enquadra na perspectiva pós-positivista, a correção moral é um dos elementos do conceito de direito.

Para que se fundamente a superioridade teórica de uma teoria do direito pós-positivista em face das doutrinas juspositivistas, é necessário que se desenvolva uma argumentação capaz de evidenciar o caráter necessário da conexão entre direito e moral.

Em consonância com uma ontologia jurídica não-positivista, identificam-se três elementos que compõe o conceito de direito: legalidade conforme ao ordenamento (*ordnungsgemäße Gesetztheit*), eficácia social (*soziale Wirksamkeit*) e correção material (*inhaltliche Richtigkeit*).⁴⁰ Positivistas e não-positivistas estão de acordo quanto à necessidade dos dois primeiros elementos, ainda que sejam possíveis diversas interpretações, verificando-se a controvérsia quanto ao caráter necessário do último elemento.

A pesquisa sobre os elementos do conceito de direito está associada à investigação acerca dos conceitos de validade do direito. Corresponde ao elemento da legalidade conforme ao ordenamento o conceito jurídico de validade. A eficácia social do direito relaciona-se ao conceito de validade social do direito. A correção material serve de critério para aferir a validade moral de uma norma jurídica, o que conduz ao problema da justiça das normas jurídicas.

Caso se reconheça como necessária a conexão conceitual entre direito e moral, está claro que uma norma jurídica injusta será uma norma jurídica defeituosa.

⁴⁰ ALEXY, Robert. ob. cit., 2005. p. 29.

A questão mais relevante reside em saber se uma norma jurídica moralmente incorreta, ou simplesmente injusta, será juridicamente inválida.

Gustav Radbruch sustenta que o direito apresenta os valores da segurança jurídica, da justiça e da utilidade (*Zweckmässigkeit*). Com isso, critica-se a ideia sustentada por alguns juspositivistas, segundo a qual o valor da segurança jurídica seria o único ou o mais importante dos valores jurídicos. Na verdade, o valor da segurança jurídica não deve ser considerado isoladamente, porquanto serve de meio para o atendimento dos valores da justiça e da utilidade para o bem comum.⁴¹

Com relação ao conflito entre segurança jurídica e justiça, Radbruch estabelece uma fórmula que visa a preservar ambos os valores envolvidos. Uma norma jurídica injusta, ou que não servisse ao bem comum, em princípio não perderia sua validade jurídica. Apenas nos casos em que a injustiça de uma norma jurídica fosse insuportável (*unerträglich*), é que a norma em questão deixaria de ser juridicamente válida.⁴²

Alexy ressalta que a fórmula de Radbruch deve ser compreendida na perspectiva do participante (*Teilnehmerperspective*) do sistema jurídico, daquele que nele atua, a exemplo do juiz.⁴³

Examinando-se a pretensão de correção levantada pelos participantes do sistema jurídico, é possível sustentar a tese da conexão conceitual entre direito e moral. Uma vez que fique evidenciado o caráter necessário da correção material do direito, supera-se a doutrina do juspositivismo inclusivo, pela qual a incorporação de elementos morais pelo sistema jurídico é uma questão meramente empírica. Se o argumento da pretensão for bom o bastante, não restará dúvida sobre a melhor capacidade do pós-positivismo de oferecer uma compreensão adequada da ontologia jurídica em comparação às tentativas de cunho juspositivista.

O argumento de Alexy sobre a pretensão de correção do direito é de natureza pragmático-transcendental. Sua estratégia consiste em identificar algo que é necessário, para posteriormente explicitar-lhe as implicações. Qualquer afirmação

⁴¹ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2003. p. 215-216.

⁴² Ibid., 2003. p. 216.

⁴³ ALEXY, Robert. ob. cit., 2005. p. 63 e ss.

que seja contraditória com essas implicações será absurda, já que contrariaria aquilo que decorre do que é necessário.

Constata-se que a ação linguística de afirmar algo é um elemento inseparável da existência humana, pelo menos em condições normais de civilização. Em condições racionais, o ato de afirmar algo requer do sujeito que seja capaz de fundamentar sua afirmação, bem como se faz acompanhar pela expectativa de que os destinatários reconheçam que aquilo que se disse é correto.

Alexy sustenta precisamente que o direito, através de pessoas, formula uma pretensão de correção. O exemplo do juiz é paradigmático, já que levanta uma pretensão de correção objetiva, que não depende de sua vontade, mas decorre da função que exerce.⁴⁴

Considere-se, por exemplo, uma sentença que afirme que o acusado, em razão de uma interpretação equivocada do direito vigente, resulta condenado a cumprir determinada pena. Claramente, trata-se de uma sentença absurda.⁴⁵

Da mesma forma, seria absurda uma decisão antecipatória da tutela que, no bojo de sua fundamentação, contivesse a afirmação de que não estão atendidos os pressupostos legais que autorizam a concessão da antecipação da tutela.

O motivo para esse absurdo, conforme esclarece Alexy, não é meramente convencional, mas é de ordem conceitual. Todas as decisões jurisdicionais, como as ações linguísticas de afirmação, possuem pretensão de correção, garantia de fundamentação e expectativa de reconhecimento pelos destinatários. Caso uma decisão vá de encontro a esses elementos, surge uma contradição performativa.

Seguindo-se essa linha de raciocínio, seria absurda uma disposição constitucional nos seguintes termos: “A República tal constitui-se em um Estado no qual é permitido ao poder judiciário desrespeitar os direitos dos jurisdicionados”. O absurdo consiste, como é claro, na contradição performativa com a pretensão de correção que é levantada pelos textos normativos.

⁴⁴ ALEXY, Robert. ob. cit., 2000. p. 4-5.

⁴⁵ Ibid., 2000. p. 10.

Levando-se em consideração que a correção jurídica inclui a correção moral,⁴⁶ a pretensão de justiça se incorpora ao conceito de direito. Consequentemente, as perspectivas juspositivistas não se revelam adequadas para abarcar todos os elementos que integram o conceito de direito.

Dessa maneira, a perspectiva pós-positivista possui vantagens teóricas e práticas. Possui vantagens do ponto de vista teórico, porque faz compreender de um modo adequado a relação conceitual entre direito e moral. Sob o prisma prático, trata-se de perspectiva superior, porque evidencia corretamente a importância da utilização de elementos morais na argumentação jurídica desenvolvida pelos participantes do sistema jurídico.

1.5 Contribuições do pós-positivismo para uma teoria dos direitos fundamentais

Uma vez que se afirmem a presença da correção moral no conceito de direito e a inadequação das doutrinas jusnaturalistas, ingressa-se no domínio teórico do pós-positivismo.

Para além de sua importância na busca de elucidação da ontologia jurídica, a perspectiva pós-positivista representa um campo fértil de investigações relacionadas aos direitos fundamentais, cuja interpretação não prescinde de argumentos morais. Possibilita-se, com o auxílio do pós-positivismo, realizar o diálogo entre uma filosofia jurídica moralista e a dogmática jurídica dos direitos fundamentais.

Na seara da dogmática jurídica, convém distinguir três dimensões que orientam a pesquisa realizada pelo jurista: dimensão analítica, dimensão empírica e dimensão normativa.⁴⁷

Persegue-se, na dimensão analítica, a clareza conceitual do direito, condição indispensável para que se realizem discussões racionais sobre problemas jurídicos. Destaca-se também, como atividade analítica, a elaboração sistemática a partir do direito positivo.

⁴⁶ ALEXY, Robert. ob. cit., 2000. p. 14.

⁴⁷ Sobre as dimensões da dogmática jurídica, v. DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtslehre*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1981. p. 51 e ss

Dessa maneira, na dimensão analítica da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, são concebidos os conceitos relativos à estrutura dos direitos fundamentais. Ademais, cuida-se de saber em que consistem as normas de direito fundamental, o que se deve entender por restrição de direito, bem como se investigam as características da proporcionalidade. Por sua vez, na dimensão analítica da dogmática jurídica processual civil, são realizadas discussões conceituais sobre, *v.g.*, a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar,⁴⁸ bem como sobre as espécies de tutela antecipada.

Afiguram-se como de grande valor os resultados obtidos na dimensão analítica da dogmática jurídica, já que são precondições para a análise de problemas concretos, a exemplo da correção da antecipação da tutela na perspectiva jusfundamental.

Com efeito, o exame da correção jurídica de uma antecipação da tutela depende, de acordo com uma visão constitucional do processo, do preenchimento dos requisitos legais de seu deferimento, os quais devem ser interpretados à luz dos direitos fundamentais das partes, de modo que se alcance, no caso concreto, o equilíbrio entre os princípios da efetividade do processo e da segurança jurídica.

Na dimensão empírica da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, sobrepõem o estudo do direito constitucional positivo e análise da jurisprudência judicial dos órgãos jurisdicionais encarregados precipuamente da guarda da Constituição.

Convém ter presente a dimensão empírica da dogmática jurídica, a fim de que haja condições de se proceder a uma avaliação crítica da racionalidade das decisões exaradas pelos tribunais. Saliente-se que referida avaliação só se torna possível, caso se tenha desenvolvido um quadro analítico claro a respeito das questões jurídicas debatidas.

Nesse ponto, é possível observar-se clara relação entre pós-positivismo e dogmática jurídica, já que decorre de uma abordagem pós-positivista o interesse no desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica racionais contemporâneas,

⁴⁸ Item 6.1.2.

segundo os quais o raciocínio jurídico depende de aspectos relacionados com a lógica formal, assim como de regras de racionalidade prática.⁴⁹

O reconhecimento da dimensão normativa da dogmática jurídica, na qual se prescrevem soluções para problemas jurídicos, revela uma tomada de posição concernente ao debate epistemológico travado em torno das funções da ciência.

Do ponto de vista positivista, cabe à ciência do direito somente, com base nos conceitos hauridos na dimensão analítica, a descrição do direito válido, o que se faz através de proposições descritivas, as quais podem ser verdadeiras ou falsas. Na perspectiva do pós-positivismo, identificada uma questão jurídica controvertida, não basta a delimitação das possíveis soluções para o problema jurídico, há de ser determinada qual solução é correta, ou mais correta, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.⁵⁰

Dessa maneira, na apreciação de um caso envolvendo colisão de direitos fundamentais, não basta afirmar quais são as possibilidades interpretativas. Incumbe ao jurista apontar, de forma racionalmente justificada, qual possibilidade de interpretação é a que se ajusta melhor ao direito vigente. Na argumentação realizada pelo tomador de decisão, forçosamente são empregados critérios de racionalidade prática, os quais estão voltadas para a ação, determinam o que fazer.

Levando-se em consideração a análise jusfundamental da antecipação da tutela, o jurista que não seja avesso ao pós-positivismo não encontrará dificuldades em perceber que se espera dele a crítica sobre a correção jurídica de um provimento antecipatório, ainda que o caso comporte mais de uma solução possível.

Como se depreende da divergência entre positivistas e pós-positivistas sobre o caráter prático da ciência do direito, os papéis exercidos pelas dimensões da

⁴⁹ A respeito das teorias da argumentação jurídica contemporâneas, ver ATIENZA, *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 133 e ss.

⁵⁰ Acerca da função normativa da ciência jurídica, Tércio Sampaio observa: "As teorias jurídicas da Ciência do Direito, como usualmente esta é praticada, não escondem enunciados de natureza prescritiva. Ao expor diversas teorias referentes a um problema jurídico qualquer, o jurista não se limita a levantar possibilidades e, em certas circunstâncias, a suspender o juízo, mas é forçado a realizar, por vezes, uma verdadeira opção decisória. Isto porque sua intenção não é apenas conhecer, mas também conhecer tendo em vista as condições de aplicabilidade de norma enquanto modelo de comportamento obrigatório" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 15).

dogmática jurídica recebem diferentes interpretações, consoante a teoria do direito adotada.

O projeto epistemológico purista de Hans Kelsen é classificado como positivismo lógico ou positivismo analítico, porquanto sua doutrina consiste fundamentalmente na elaboração de conceitos jurídicos a partir do conceito fundamental de norma jurídica.⁵¹

Trata-se de uma teoria pretensamente pura, porque sua construção estaria desvinculada de quaisquer elementos metajurídicos, a exemplo de critérios de moralidade política.⁵² Ademais, no paradigma kelseniano, reserva-se função meramente descritiva à ciência jurídica,⁵³ que tem por objeto as normas jurídicas válidas.

Dessa forma, observa-se no pensamento positivista de Kelsen acentuada ênfase da dimensão analítica da dogmática jurídica, a qual é pressuposta para o desempenho das tarefas da dimensão empírica. Como sustenta que a dogmática jurídica tem função puramente descritiva, é lógico que não se coaduna com a perspectiva kelseniana a atribuição caráter prescritivo à ciência do direito, o que implica a falta de reconhecimento da importância da dimensão normativa para a atividade realizada pelo jurista.

Não é demais ressaltar que a vertente do positivismo lógico não esgota o universo de doutrinas do positivismo jurídico. De fato, encontra-se, no âmbito das contribuições juspositivistas, doutrinas com enfoque em aspectos empíricos, versões de um positivismo sociológico, as quais denunciam maior apreço em relação dimensão empírica da dogmática jurídica.

Distinguem-se as doutrinas juspositivistas sociológicas, conforme confirmam maior ênfase ao aspecto interno ou ao aspecto externo da norma ou do sistema

⁵¹ A respeito, ver BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 31 e ss.

⁵² KELSEN, Hans. ob. cit., 2000. p. 1. Verifica-se que a pureza epistemológica de Kelsen não está imune de questionamentos, que apontam relações de sua teoria com aspectos políticos. Nesse sentido, Pablo Lucas Verdú sustenta que subjaz à doutrina kelseniana elementos políticos liberais (VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1976. v.1. p. 75).

⁵³ KELSEN, Hans. ob. cit., 2000. p. 80 e ss.

jurídico.⁵⁴ Em ambos os casos, observa-se a conceituação do direito a partir de critérios ligados à eficácia social do direito denota predileção pela dimensão empírica da dogmática jurídica.

Por sua vez, as doutrinas do direito natural se caracterizam por privilegiar a dimensão normativa da dogmática jurídica, na medida em que são voltadas, primariamente, para o caráter justo do direito, o que, em versões radicais, pode acabar comprometendo excessivamente a segurança jurídica proporcionada pelo direito positivo, fomentando verdadeiro estado de anarquia.⁵⁵

Para uma compreensão epistemologicamente adequada da dogmática jurídica, urge que sejam debeladas visões parciais do direito, que conferem reduzido ou nenhum valor a alguns dos aspectos do trabalho científico do qual se desincumbe o jurista. Se se pretende abarcar o fenômeno jurídico em toda sua completude, impõe-se afirmar a necessidade do inter-relacionamento das dimensões analítica, empírica e normativa da dogmática jurídica.⁵⁶

Pretende-se, com o desenvolvimento de uma perspectiva pós-positivista, levar a sério a necessária conexão das dimensões da dogmática jurídica, de modo a serem evitados os inconvenientes de abordagens epistemologicamente incompletas dos problemas jurídicos.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. München: Karl Alber GmbH, 2005. p. 32. O aspecto externo da norma diz respeito à observância dos comandos jurídicos. Como exemplo de um conceito de direito positivista baseado no aspecto externo da norma, menciona-se a formulação de Max Weber, para quem uma ordem pode ser chamada de direito: "quando está garantida externamente pela probabilidade da coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação" (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. v.1. p. 21). Por sua vez, definições sociológicas fundadas no aspecto interno da norma se referem aos motivos psicológicos de cumprimento das normas. Enquadra-se nessa linha a definição luhmanniana do direito como sistema social de "expectativas comportamentais generalizadas congruentemente" (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 115).

⁵⁵ Id. *La institucionalización de la justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero, Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005. p. 20.

⁵⁶ Nesse sentido, Guerra Filho afirma: "A vinculação e o indissociamento das três dimensões seriam, porém, uma condição necessária para se ter uma verdadeira ciência jurídica, racional, apesar de dogmática, pronta para cumprir seu papel de disciplina prática, voltada para a solução de problemas, dúvidas sobre o comportamento devido em face das normas jurídicas válidas" (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69).

Sustenta-se, em harmonia com o pensamento pós-positivista, que a ciência do direito possui, além da função descritiva, o caráter prático representado por sua função prescritiva.

Dessa maneira, uma teoria dos direitos fundamentais não deve se descurar de seu aspecto prático, que prescreve como deve ser solucionado um problema jurídico.

Tomando por base a contribuição pós-positivista da revalorização da racionalidade prática, estabelecem-se parâmetros que permitem controlar a racionalidade de uma discussão jurídica sobre os direitos fundamentais.

Ocorre que nenhuma discussão sobre questões jurídicas poderá ser conduzida de modo profícuo, conforme se esclareceu anteriormente, se não houver clareza sobre os conceitos utilizados, o que mostra a indispensabilidade da dimensão analítica da dogmática jurídica.

Com o esclarecimento de conceitos básicos da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, constrói-se ambiente favorável para o exame de correção de decisões jurídicas.

Claramente, a análise da correção de uma solução jurídica se vincula ao direito posto, o que evidencia a concatenação da dimensão normativa como a dimensão empírica.

Dessa forma, apresentam-se melhores condições de apreciação de caso particular de um problema clássico da filosofia do direito, precisamente aquele relativo ao equilíbrio entre justiça e segurança jurídica.

Na história do pensamento jurídico, verifica-se que, em geral, as doutrinas positivistas são mais afeitas à segurança jurídica, ao passo que as doutrinas jusnaturalistas se ligam mais ao valor da justiça. Na seara do pós-positivismo, não há que se falar em preferência abstrata em relação à segurança, ou em relação à justiça, uma vez que ambos princípios atuam como padrões jurídicos para o deslinde de problemas concretos.

Fundamentando-se a proporcionalidade, conta-se com procedimento jurídico de notável relevância para a busca de equilíbrio entre normas jurídicas que prescrevem soluções frequentemente opostas para problemas jurídicos particulares.⁵⁷ Trata-se de equilíbrio que pressupõe relação harmoniosa entre justiça e segurança jurídica.

É justamente no contexto pós-positivista, conclui-se, que se encontra a fundamentação mais adequada para uma teoria dos direitos fundamentais que sirva de alicerce para o estudo da antecipação da tutela na perspectiva jusfundamental.

⁵⁷ Capítulo 3.

2 FUNDAMENTOS CONCEITUAIS DA PERSPECTIVA JUSFUNDAMENTAL

O exame de problemas jurídicos na perspectiva dos fundamentais requer o esclarecimento teórico relativo a alguns conceitos básicos, em cuja consideração se encontram os fundamentos do desenvolvimento de uma argumentação jusfundamental.

Toda a discussão envolvendo direitos fundamentais seria meramente retórica, se não fosse possível realizar um discurso racional sobre questões práticas.

Ocorre que são identificadas, na história do pensamento filosófico, distintas concepções de racionalidade prática, daí o interesse na explicitação dessas concepções, bem como em sua avaliação crítica, a fim de que se aponte a concepção de racionalidade prática que deve nortear a perspectiva jusfundamental.

Em seguida, importa analisar a distinção entre princípios e regras, vez que se trata de condição indispensável para a aferição das consequências jurídicas dos padrões normativos pertinentes aos casos de direito fundamental.

Posteriormente, é salutar elucidar em que consistem as teorias das restrições aos direitos fundamentais, as quais estão relacionadas à discussão sobre a estrutura dos direitos fundamentais.

Cuida-se de saber qual tipo de teoria, se a externa ou a interna, é a mais adequada para a argumentação jurídica sobre direitos fundamentais.

2.1 Racionalidade prática

Os problemas jurídicos consistem em saber se determinado comportamento é permitido, obrigatório ou proibido. A definição de alguma conduta como permitida, obrigatória ou proibida pode ser explicada como resultado de um silogismo

normativo, no qual os fatos (premissa menor) se subsumem à norma (premissa maior).⁵⁸

Sem dúvida, o discurso jurídico não se resume a uma subsunção, tampouco a operação de subsunção representa o único tipo de operação realizado pelo jurista quando procede à interpretação de disposições jurídicas. Quer-se apenas destacar que a decisão sobre um problema jurídico pode ser reconstruída em conformidade com a estrutura de um silogismo.⁵⁹

No estudo da racionalidade prática das decisões jurídicas, desde logo se rejeita a ideia de que a jurisprudência judicial não colabora na construção normativa do direito, porque desempenharia atividade meramente descritiva.⁶⁰

No exame das questões jurídicas, diferenciam-se duas formas de justificação: justificação interna e justificação externa.⁶¹

A justificação interna trata da passagem das premissas à conclusão, refere-se a aspectos formais, da alçada da lógica formal, de modo que se faz uso da racionalidade teórica.

Por sua vez, a justificação externa cuida da fundamentação do conteúdo das premissas, com base nas quais se extraem as conclusões dos silogismos normativos. Na hipótese de silogismo judicial, para o preenchimento da premissa menor, destaca-se a importância das normas processuais que regulam a produção de provas em juízo. Através das provas, as partes buscam convencer o juiz acerca da veracidade de suas alegações, cuja contrariedade caracteriza o conflito de

⁵⁸ ARISTÓTELES. *Órganon*: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 347, "O silogismo é um discurso argumentativo no qual, uma vez formuladas certas coisas, alguma coisa distinta destas coisas resulta necessariamente através delas pura e simplesmente". Os silogismos jurídicos, porque se baseiam em interpretações sobre normas jurídicas, não têm caráter de demonstração, de modo que se classificam como dialéticos.

⁵⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. Trad. de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3. Observa-se que "isso não significa que a decisão judicial é obtida através de um procedimento mecânico, da mesma forma como o é aquele empregado pela lógica formalista" (MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 29).

⁶⁰ A doutrina de que os precedentes e a dogmática jurídica não colaboram na construção do direito procede de uma versão legalista do positivismo jurídico, segundo a qual a formação do direito é tarefa exclusiva do legislador. Nesse sentido, v. KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979. p. 66 e ss.

⁶¹ Entre outros, ATIENZA, Manuel. ob. cit., 2002. p. 50-51.

interesses.⁶² Em relação ao conteúdo da premissa maior, ou premissa normativa, avulta a importância da interação dialética entre as partes regida pelo princípio do contraditório, porque favorece a exploração do sentido das disposições jurídicas pertinentes.

Uma vez estabelecidas as versões dos fatos a serem aplicadas, discute-se quais são as consequências jurídicas para o problema concreto. Essa discussão imprescinde do uso da racionalidade prática, ou racionalidade voltada para a ação, já que o objeto do debate é justamente estabelecer o comportamento devido em face das normas jurídicas válidas.⁶³

Quando o autor requer provimento antecipatório, está claro que deve convencer o juiz acerca do preenchimento dos requisitos jurídicos de sua concessão, já que cabe ao julgador, no exercício de sua função jurisdicional, decidir sobre a correção da medida pleiteada em face das razões de fato e de direito apresentadas.

Na avaliação do cabimento da antecipação de tutela, o juiz não pode desconsiderar os direitos fundamentais das partes envolvidas. Em razão da abertura dos direitos fundamentais em relação à moral, elementos de moralidade política são relevantes para a decisão tomada pelo órgão jurisdicional.

No paradigma clássico do Estado de Direito, que possui viés liberal, há acentuada valorização da liberdade individual,⁶⁴ de modo que o princípio da segurança jurídica se afigura como forte razão para repelir medida satisfativa adiantada contra o réu.

Já no modelo atual do Estado Democrático de Direito, almeja-se o equilíbrio entre liberdade e igualdade, promovendo-se a superação dialética da dicotomia

⁶² Sobre a relação entre prova e verdade, v. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civile*. 2. ed. Torino: UTET, 2004b. p. 13 e ss.

⁶³ Relacionam-se à racionalidade práticas as afirmações que possuem significado prático, a saber, as que têm o sentido de ordenar, proibir ou permitir algo. Ver PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Berlin: Springer, 2008. p. 42).

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43, "A primeira modalidade de Estado constitucional, por seu compromisso inquebrantável com a liberdade e, por via de consequência, com os direitos políticos e civis, que formam a grande camada dos direitos fundamentais da primeira dimensão, denominou-se também Estado Liberal".

entre os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social,⁶⁵ de sorte que devem ser instituídas técnicas processuais tendentes a distribuir adequadamente as desvantagens do tempo do processo entre as partes, evitando-se tratamento em desacordo com a isonomia material. Admite-se, nessa linha, a restrição da segurança jurídica em favor da efetividade da tutela jurisdicional, desde que seja proporcional.

Como se discutiu anteriormente, uma das contribuições do pós-positivismo reside na revalorização da racionalidade prática, que é o tipo de racionalidade adequado às discussões jurídicas, políticas e morais, as quais, por vezes, estão entrelaçadas, como ocorre no exemplo da antecipação da tutela.

Caso não se admita o caráter racional dos discursos práticos, negar-se-ia a possibilidade de justificação racional sobre questões jurídicas, políticas e morais, o que claramente importaria na afirmação que a antecipação da tutela poderia ser decidida com base em ato de vontade emanado de funcionário do poder judiciário, havendo mais de uma possibilidade interpretativa para o caso concreto.⁶⁶

Ocorre que, nos moldes do Estado Democrático de Direito, todas as decisões do poder judiciário devem ser fundamentadas (art. 93, IX, CF), o que requer justificação racional.

Trata-se de norma constitucional que veda o arbítrio judicial, de modo a assegurar que os jurisdicionados estejam a salvo do abuso do poder jurisdicional.

Ademais, sem o dever de justificação racional das decisões judiciais, o poder judiciário não poderia ser legítimo, porquanto faleceria às partes condições

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. ob. cit., 1998. p. 468 e ss.

⁶⁶ A rejeição do conceito de racionalidade prática pode ser vista, por exemplo, na obra de Kelsen, para quem através da razão "podem-se conhecer as normas estabelecidas por uma autoridade através de um ato de vontade, podem-se produzir conceitos, mas não se podem produzir normas", de sorte que se descarta a função prescritiva da razão (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 10). Não surpreende, portanto, a doutrina voluntarista de Kelsen, segundo a qual a interpretação é um ato de vontade que, em geral, acolhe uma das possibilidades que se encaixam na moldura normativa (KELSEN, Hans. ob. cit., 2000. p. 394).

adequadas de controlar a racionalidade de julgamentos sobre suas posições jurídicas.⁶⁷

Resulta de grande importância, portanto, o entendimento relativo ao conceito de racionalidade prática. Interessante notar que as reflexões sobre a racionalidade prática acompanharam as transformações do pensamento filosófico.

Na história da filosofia, podem ser distinguidos três paradigmas: filosofia do ser, filosofia da consciência e filosofia da linguagem.

As concepções de Aristóteles sobre a racionalidade prática se situam no cenário teórico da filosofia do ser. Funda-se a ética aristotélica no conceito de *eudaimonia*, que vem a ser o bem mais excelente, aquele que não pressupõe nenhum outro e que caracteriza a boa vida, ou a vida em felicidade.⁶⁸

Para saber o que está de acordo com a *eudaimonia* em cada situação prática, o homem faz uso da virtude dianoética da prudência, ou *phrónesis*,⁶⁹ que vem a ser

⁶⁷ Como observa Aarnio, "Em uma sociedade moderna, as pessoas não pedem somente decisões autoritativas, mas pedem por razões. Isso também se aplica à administração da justiça. A responsabilidade do juiz tem se tornado mais e mais a responsabilidade de justificar decisões. A base para o uso do poder judicial reside na aceitabilidade de suas decisões, não na posição formal de poder que ele tenha. A responsabilidade por dar justificação neste sentido é especialmente uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão. Nesse sentido, a apresentação da justificação é sempre um meio de assegurar certeza jurídica sobre uma base racional na sociedade" (AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987. p. 6). Traduziu-se. No original: "In a modern society people do not ask only for authoritative decisions but they ask for reasons. This also applies to the administration of justice. The responsibility of the judge has become more and more the responsibility for justifying decisions. The basis of the judge's use of power in the acceptability of his decisions, not in the formal position of power that he may have. The responsibility for giving justification in this sense is specifically a responsibility to maximize the public control of the decision. In this respect, the presentation of justification is always also a means of ensuring legal certainty on a rational basis in society".

⁶⁸ No contexto das ciências práticas, Aristóteles destaca a importância da ciência política, compreendida como a ciência prática maior, à qual se subordinam outras ciências, com é o caso da ética. Dessa forma, a ética aristotélica se apresenta como uma aplicação da ciência política em relação aos assuntos morais do indivíduo. A respeito do bem supremo, Aristóteles se vale de uma metáfora, que põe de manifesto o caráter prescritivo do bem mais excelente: "E não será então o conhecimento deste bem mais excelente muito importante do ponto de vista prático para a conduta na vida? Não nos tornará ele mais bem capacitados para atingir o que é adequado, como arqueiros que têm um alvo no qual mirar?" (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002. p. 40).

⁶⁹ MACINTYRE, Alasdair. *Whose justice? Which rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame, 2003. p. 115-116, "Phrónesis é o exercício de uma capacidade de aplicar verdades sobre o que é bom para tal tipo de pessoa ou tal tipo de pessoas em geral e em certos tipos de situações". Traduziu-se. Originalmente: "Phrónesis is the exercise of a capacity to apply truths about what is good for such and such a type of person or for persons as such to do generally and in certain types of situation".

o conceito aristotélico de racionalidade prática, que é tratada pelo Estagirita como faculdade racional calculadora.

Aristóteles mostra que o uso da *phrónesis* se diferencia do uso da racionalidade teórica, na medida em que aquela se refere a um conhecimento bem mais impreciso e sujeito a incertezas.

Precisamente o esquema tipológico da *eudaimonia* revela que o raciocínio sobre o que é justo no caso concreto não se obtém de maneira exata.⁷⁰ Decisiva, nesse aspecto, é a educação recebida pelo cidadão, pois somente pessoas devidamente educadas estarão em condições de saber o que é justo nas situações práticas.

A ética aristotélica tem caráter objetivo, porquanto não cabe ao ser humano deliberar sobre os fins de sua conduta, mas apenas conhecer o bem moral estabelecido pela ordem cósmica. Dessa maneira, cidadãos bem educados e virtuosos devem encontrar, para cada caso prático, objetivamente a solução que esteja mais bem ajustada ao conceito de *eudaimonia*.⁷¹

Descarta-se, portanto, nessa perspectiva clássica, a possibilidade de convivência de diversas concepções racionais sobre o que é justo, ou sobre o que é correto do ponto de vista prático.

A repercussão desse modo de pensar na análise jusfundamental da antecipação da tutela reside na interpretação clássica da objetividade da correção moral.

Ora, havendo uma colisão de direitos fundamentais em uma situação de antecipação da tutela, verifica-se que a argumentação jurídica está aberta a parâmetros morais. No momento de decidir sobre o deferimento de uma medida antecipatória, deve o órgão jurisdicional examinar a melhor decisão de acordo com o

⁷⁰ Atribui-se ao método da filosofia prática de Aristóteles o caráter de tipológico, porquanto o objetivo de sua ciência política é estabelecer um “tipo” do bem supremo, que lhe indique os traços mais gerais. Nesse sentido, v. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. Trad. de Dion Davi Macedo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 119.

⁷¹ ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 23, “Tudo indica que Aristóteles está sinalizando para que em cada caso (ou situação) deve ser construída uma solução. Esta, entretanto, não necessita ser definitiva, e nem aplicável, necessariamente, a todos os casos, mesmo que semelhantes, posteriores”.

ordenamento jurídico, o que, em uma perspectiva pós-positivista, requer também elementos morais.

Ocorre que, sob o prisma aristotélico, os homens devem receber a mesma boa educação, para que, com a devida experiência, sejam capazes de discernir o que é justo em cada caso.

Ao proceder ao julgamento de uma questão jurídica, afirma-se que o juiz requer o uso da *phrónesis*, assim como o cidadão precisa da racionalidade prática para saber o que se coaduna com a *eudaimonia* em cada situação prática.⁷²

Isso significa que caberia ao juiz, entre outros aspectos, identificar a concepção moral objetiva, a fim de que possa extrair do ordenamento jurídico a solução justa para o problema enfrentado, que pode ser, *v.g.*, a correção jurídica de um provimento antecipatório.

No projeto filosófico da modernidade, a racionalidade é centrada na figura do sujeito cognoscente. Desenvolve-se, nesse contexto, a filosofia da consciência, da qual Kant é notável representante.

Distingue-se a ética kantiana da ética aristotélica. A busca pelo bem supremo na filosofia de Aristóteles supõe elementos empíricos, já a doutrina moral de Kant é caracteristicamente deontológica, porque se baseia no conceito de dever.⁷³

A doutrina jurídica kantiana é marcada por fortes traços liberais, em oposição ao organicismo aristotélico, razão pela qual o filósofo de Königsberg é apontado

⁷² MACINTYRE, Alasdair. ob. cit., 2003. p. 119, "um juiz enfrentará, de quando em quando, casos sobre os quais as leis existentes não estabelecem nenhuma resposta clara ou talvez nenhuma resposta em absoluto. Nessas situações, o juiz também carece de normas e tem de exercitar a *phrónesis*, da mesma forma que o legislador havia feito originariamente". Traduziu-se. No original: "And a judge will from time to time be confronted with cases about which the existing laws yield no clear answer or perhaps no answer at all. In those situations the judge too lacks rules and must exercise *phrónesis*, just as the legislator had originally done".

⁷³ FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de Faria. *Direito e ética: Aristóteles, Hobbes, Kant*. São Paulo: Paulus, 2007. p. 128, "A consciência do dever é universal e inerente ao ser humano – todos nós temos consciência de que devemos ou que não devemos fazer algo, e esse conhecimento é imediato e anterior à própria experiência. Por isso Kant procura fundar sua ética não sobre a busca da felicidade, mas sobre o dever. Substitui a ética teleológica, que pensa o comportamento relativamente aos fins visados, por uma ética deontológica, uma ética do dever".

como um dos pensadores cujas ideias contribuíram para que se forjasse o Estado Liberal.⁷⁴

Na filosofia de Kant, faz-se a distinção entre o uso prático e o uso teórico da racionalidade. A racionalidade prática está ligada ao campo da ação, ao plano da liberdade, ao passo que no plano da necessidade se verifica o uso teórico da racionalidade.⁷⁵

Como o direito estabelece prescrições sobre o comportamento humano, resta clara sua relação com a razão prática.⁷⁶

Com efeito, Kant formula uma teoria do direito jusnaturalista de inspiração liberal, de modo que não deixa de assumir posições metafísicas.

Caracteriza-se a doutrina do direito natural kantiana pela consideração da lei universal de liberdade, de forma que cabe ao direito a formação de um sistema de limites que permita a coexistência das liberdades individuais.⁷⁷

É interessante buscar relações entre a filosofia prática kantiana e o problema jurídico da antecipação da tutela. Observa-se que a concessão de uma medida antecipatória acarreta desvantagens ao réu, que vê sua esfera de liberdade restringida.

Está claro que, em caso de conflito entre direitos fundamentais, não se devem ignorar os elementos morais pertinentes no caso concreto, vez que estão entrelaçados aos argumentos jurídicos. Assim, na justificativa da decisão tomada, deve-se recorrer a uma concepção de racionalidade prática.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 89 e ss.

⁷⁵ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. de Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 188, "Com a separação entre uso teórico e prático da razão, Kant reconhece a distinção de Hume entre proposições descritivas e proposições prescritivas. A razão prática, como ela mais abreviadamente se chama, significa a capacidade de escolher sua ação independentemente de fundamentos determinantes sensíveis, os impulsos, as carências e paixões, as sensações do agradável e desagradável".

⁷⁶ Kant enuncia a lei universal da razão prática pura nos seguintes termos: "Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal" (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 51).

⁷⁷ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. de Edson Bini. 2. ed. Bauru : EDIPRO, 2008. p. 76-77, "Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal".

Kant descreve a razão prática como imediatamente legisladora. Significa que o sujeito, com o uso de sua consciência racional, encontrará a norma prática que regula o caso que tem diante de si.

A aplicação dessa concepção, no exame da racionalidade de decisão jurídica que suponha normas morais, conduz à figura do intérprete, que, através do uso prático da razão, descobrirá monologicamente a solução justa para o problema em questão. Trata-se de saber, quanto ao aspecto moral, se a restrição imposta à esfera jurídica do réu é compatível com o conceito de um dever universal.

Com a mudança de paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, ou filosofia da comunicação, verifica-se correspondente alteração na compreensão da racionalidade prática.

Do ponto de vista conceitual, passa-se da racionalidade centrada no sujeito para a racionalidade mediada linguisticamente, através do discurso. Em substituição à razão prática teorizada por Kant como imediatamente legisladora, florescem condições teóricas para o desenvolvimento da racionalidade comunicativa, que tem perfil dialógico.⁷⁸

No âmbito da filosofia da comunicação, surgem as teorias procedimentais, de sorte que se elaboram concepções procedimentais da racionalidade prática. Cumpre salientar que há diferenças importantes entre as teorias procedimentais disponíveis.

Assim, na teoria da justiça de Rawls, que utiliza o método de reconstrução racional das instituições políticas democráticas vigentes, formula-se o conceito de véu da ignorância, como situação idealizada em que os sujeitos de uma deliberação, por desconhecerem os atributos que diferenciam uns dos outros, acabam por consentir no estabelecimento de regras justas para a disciplina da vida social.⁷⁹

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*: doze lições. Trad de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 411 e ss.

⁷⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almino Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 146-147, "A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posição de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu da ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar seu

Por sua vez, na comunidade ideal de diálogo habermasiana, a riqueza de informações empíricas é vista como condição de racionalidade do discurso prático, de modo que uma interação comunicativa será tanto mais racional, entre outras condições contrafáticas, quanto maior for o conhecimento dos participantes do discurso acerca das diferenças que possuem entre si.⁸⁰

A teoria do discurso de Habermas constitui uma das influências da teoria da argumentação jurídica racional de Robert Alexy, o qual sustenta que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, ou discurso moral.

De acordo com a tese do caso especial, fundamenta-se a conexão entre argumentos jurídicos e argumentos morais na discussão de problemas que devem ser resolvidos conforme as condições restritivas da legislação, da dogmática jurídica e da jurisprudência judicial. A decisão jurídica, portanto, deve ser racionalmente fundamentada no contexto da ordem jurídica válida.⁸¹

Logo, em consonância com uma teoria processual da argumentação jurídica, a racionalidade de uma decisão jurisdicional depende da realização das regras do discurso jurídico.⁸² Decorre dessa afirmação que a avaliação da racionalidade de uma medida de antecipação da tutela ocorre nos limites da ordem jurídica vigente.

caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais".

⁸⁰ FERRY, Jean-Marc. *Philosophie de la communication: justice politique et démocratie procédurale*. 2. ed. Paris : Les éditions du Cerf, 1994. p. 61, "Aquila que contesto, pelo contrário, é a ideia de que o procedimento significado por Rawls na posição original, é dizer, sob o véu da ignorância, tenha fundamentalmente o mesmo valor estratégico, realmente o mesmo significado moral que aquele que, em Habermas, aparece na construção do processo de intercompreensão engajado em uma situação de discussão real. Não somente o ponto de vista moral, que se ocupa propriamente do justo, não é produzido no mesmo grau nem da mesma maneira nas duas situações, mas a argumentação moral da qual se pode assim mesmo creditar o raciocínio decorrido sob o véu da ignorância não é pode em nenhum caso realizar as mesmas performances éticas que aquelas em relação às quais uma discussão prática seria capaz". Traduziu-se. No original: "*Ce que je conteste, en revanche, c'est l'idée que la procédure signifiée par Rawls dans la position originelle, c'est-à-dire sous voile d'ignorance, ait fondamentalement la même valeur stratégique, voire la même signification morale que celle qui, chez Habermas, apparaît dans la reconstruction de procès d'intercompréhension engagés dans une situation de discussion réelle. Non seulement le point de vue moral, qui s'occupe proprement du juste, n'est pas produit au même degré ni de la même façon dans le deux situation, mais l'argumentation morale dont on peut quand même créditer le raisonnement tenu sous voile d'ignorance ne peut en aucun cas réaliser les mêmes performances éthiques que celles dont une discussion pratique serait capable*".

⁸¹ ALEXY, Robert. ob. cit., 1991. p. 265.

⁸² Para uma visão esquemática das regras do discurso, v. id. ob cit., 1991. p. 361 e ss.

Expostas distintas concepções acerca da racionalidade prática, convém perquirir qual delas deve prevalecer. Cuida-se de saber qual dessas formulações é mais adequada às sociedades balizadas por um sistema constitucional democrático, em que se garantam direitos fundamentais.

Observa-se que há estreita vinculação entre as democracias contemporâneas e o fenômeno do pluralismo, que consiste na pluralidade de concepções individuais e coletivas acerca do bem.

As ordens jurídicas constitucionais democráticas atuais se caracterizam pelo caráter compromissário em face de preferências valorativas conflitantes. Dessa maneira, a pretensão aristotélica de conhecimento do bem supremo objetivamente estabelecido não se harmoniza com o caráter aberto de uma ideologia democrática.⁸³

Ademais, a conjugação entre "a ingenuidade da metafísica clássica"⁸⁴ e o paradigma coisificante da filosofia da consciência,⁸⁵ conforme o qual a linguagem jurídica se apresenta como uma terceira coisa entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, contribui para uma visão equivocada da hermenêutica jurídica, que se caracteriza pela busca da "essência" da norma, já posta na idealidade do ordenamento jurídico, pelo legislador.

Na verdade, a compreensão do texto normativo é um processo aberto e perene, cujos resultados vão-se modificando com o tempo, formando-se novas interpretações, razão por que do mesmo texto normativos brotam diferentes normas. O processo hermenêutico de determinação dos significados dos textos normativos é infundável, porquanto o sentido de um objeto cultural é inesgotável.⁸⁶

⁸³ Willis Santiago Guerra Filho aponta para o caráter poroso da ideologia democrática, que assumiria a condição de superideologia, o que está de acordo com uma concepção processual da ordem jurídica constitucional (GUERRA FILHO, Willis Santiago. ob. cit., 2001. p. 24).

⁸⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 13.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 145 e ss.

⁸⁶ Nesse sentido, v. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 31-42. Sobre a relação entre compreensão e interpretação, Heidegger observa: "Na compreensão, a presença projeta seu ser para possibilidades. Esse *ser para possibilidades*, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre a pre-sença as possibilidades enquanto aberturas. O projetar da compreensão possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de *interpretação* essa elaboração" (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo I*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante

Em face dessa multiplicidade de sentidos, afiguram-se superiores as concepções procedimentais da racionalidade prática, porque afirmam que a correção de uma decisão depende do atendimento das regras do discurso.

Além disso, uma teoria do discurso jurídico pode tornar mais compreensível o debate em torno da única solução correta na argumentação jurídica, de modo a serem evitadas posturas excessivamente racionalistas.⁸⁷

De modo coerente com uma concepção procedimental da racionalidade prática neokantiana, que se encontra na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, compreende-se por que, em uma colisão de direitos fundamentais, não há necessariamente somente uma solução correta, o que é um dado de elevada importância para o exame jusfundamental da antecipação da tutela.

2.2. Distinção entre princípios e regras

Na dimensão analítica da dogmática jurídica dos direitos fundamentais, o conhecimento da estrutura das normas jurídicas constitui verdadeiro alicerce para o deslinde de problemas envolvendo direitos fundamentais.

Com respeito à diferenciação entre princípios e regras, surgem algumas possibilidades teóricas.

É possível que se rejeite a diferenciação entre as normas jurídicas mencionados, porquanto não haveria critério consistente de distinção. Seguindo-se outra linha de pensamento, seria possível sustentar que princípios e regras apresentam diferenças, mas apenas de grau. Além disso, é possível sustentar que princípios e regras se distinguem de modo qualitativo.⁸⁸

No pensamento pós-positivista, afirma-se que princípios e regras são qualitativamente diferenciados.⁸⁹

Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 204). Interpretar, portanto, consiste no processo de elaborar em formas. Elaborar em formas, por sua vez, vem a ser a atribuição de significados ao Ser. Por essa razão, diz-se que o pre-sença, ou *Dasein*, é aberto para possibilidades. São as possibilidades interpretativas do Ser que se compreende.

⁸⁷ MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 46-47.

⁸⁸ ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 74.

⁸⁹ MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 50.

Ademais, sob os influxos do pós-positivismo, percebe-se a evolução das etapas de positivação das normas jurídicas principiológicas, desde a abstração das doutrinas jusnaturalistas, passando pela eficácia supletiva no âmbito do positivismo legalista, até à fase atual do constitucionalismo, na qual se reconhece devidamente a força normativa dos princípios constitucionais.⁹⁰

Não se deve ignorar que a distinção entre princípios e regras contribui para a rejeição da doutrina positivista da legislação intersticial, ou do poder discricionário judicial.⁹¹ Em nenhum caso é permitido que os direitos das partes fiquem na dependência de um ato de vontade do julgador, de modo que não basta a autoridade do órgão jurisdicional.

Somente é juridicamente admissível uma decisão jurídica, se estiver fundada racionalmente em normas jurídicas válidas, que podem ter a estrutura de regras ou de princípios.

Sugerem-se variados critérios para a distinção entre princípios e regras: abstração, grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, fundamentalidade no sistema das fontes do direito, relação com a ideia de direito, natureza normogenética.⁹²

Com efeito, os princípios são normas jurídicas mais abstratas que as regras. A disposição segundo a qual das decisões interlocutórias caberá agravo no prazo de 10 dias (art. 522, CPC) é base textual para o estabelecimento de uma regra. A norma segundo a qual a tutela jurisdicional deve ser efetiva possui estrutura de princípio.

Em relação ao caso concreto, os princípios e as regras atuam de maneira distinta. As normas com estrutura de princípio estão sujeitas à ponderação. Por sua vez, as regras não se sujeitam à ponderação, mas são objeto de subsunção.⁹³

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. ob. cit., 2004. p. 255 e ss.

⁹¹ MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 39-41.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit., p. 1160-1161.

⁹³ ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. In: ALEXY, Robert; KOCH, Hans-Joachim; KUHLEN, Lothar; RÜBMANN, Helmut. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 223-225.

No interior do sistema jurídico, os princípios e as regras apresentam caráter de fundamentação distintos. As normas principiológicas são abertas em relação à moral, relacionam-se a concepções de justiça, servem de fundamento para outras normas mais concretas. As regras, por sua vez, fundamentam de maneira imediata posições jurídicas, facilitam a argumentação jurídica, o que confere maior eficácia ao princípio da segurança jurídica.

Porque os princípios possuem abertura estrutural em relação às concepções morais, afirma-se que estão mais próximos da ideia de direito,⁹⁴ o que indica sua relação com o elemento de correção material, ou correção moral, do conceito de direito. A seu turno, as regras podem ser vislumbradas como densificações de princípios, como parâmetros jurídicos que servem de concretização de normas mais gerais e abstratas.

Logo, os princípios constituem fundamentos de validade para a produção de normas jurídicas com estrutura de regras, o que atesta a sua função normogenética. Por exemplo, é correto sustentar que as normas processuais relativas às tutelas antecipada e cautelar se apresentam como concretizações do princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva.⁹⁵

Do ponto de vista prático, é preciso que se identifique com clareza a diferença entre princípios e regras quanto ao modo de aplicação. Trata-se de condição de racionalidade do discurso jurídico relativo aos direitos fundamentais.

Ronald Dworkin afirma que os princípios se caracterizam pela dimensão de peso (*dimension of weight*), já as regras são aplicadas à moda do tudo ou nada (*all-or-nothing fashion*).⁹⁶

Por possuírem dimensão de peso, ou de importância, os princípios indicam razões para decidir que podem ser mais ou menos fortes, a depender as circunstâncias do caso concreto. Desse modo, na análise jusfundamental da antecipação da tutela, os princípios da tutela jurisdicional efetiva e da segurança

⁹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 316.

⁹⁵ Item 5.5.1.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 24-26.

jurídica estabelecem razões para decidir cujo peso específico varia de acordo com as peculiaridades da lide.

Quando uma regra é aplicada, não se cuida de sopesar sua eficácia jurídica com a força normativa de outras regras em sentido contrário. Ou uma regra jurídica é válida e seus pressupostos fáticos de aplicação estão preenchidos, ou então ela não é pertinente ao caso concreto e não incide.

A distinção quanto ao modo de aplicação se relaciona a outro aspecto diferenciador entre princípios e regras. O conflito entre regras se resolve na dimensão da validade, pois não é possível que duas ou mais regras sejam válidas e incompatíveis.⁹⁷

Caso os princípios entrem em conflito, por prescreverem soluções opostas para uma questão jurídica, a prevalência de um não acarreta a invalidade do outro. A hierarquização entre princípios nas situações concretas é meramente hermenêutica, porquanto, abstratamente, princípios que se restringem mutuamente estão no mesmo escalão do ordenamento jurídico.

Robert Alexy refina a distinção proposta por Dworkin, ao conceituar os princípios como mandados de otimização (*Optimierungsgebote*), ao passo que as regras contêm determinações (*Festsetzungen*).⁹⁸

Como mandados de otimização, os princípios estabelecem que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Algo, no caso, é o âmbito jurídico protegido pelo princípio. Assim, por exemplo, o princípio constitucional da efetividade do processo determina que a tutela jurisdicional deve ser a mais efetiva possível, levando-se em consideração as circunstâncias fáticas e as normas jurídicas que limitam as possibilidades jurídicas de realização da efetividade do processo.

A consequência jurídica imposta pelas regras já é uma determinação no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, por isso não se sujeita a uma ponderação.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 81 e ss.

⁹⁸ ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 75-76.

Ademais, a distinção entre princípios e regras proposta por Alexy é mais elaborada do que a dworkiniana, porquanto contempla o distinto caráter *prima facie* dos princípios e das regras.

O caráter *prima facie* dos princípios consiste no mandado de otimização, na prescrição de que algo seja realizado na maior medida do possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. De sua parte, o caráter *prima facie* das regras se traduz na possibilidade de estabelecimento de cláusulas de exceção em relação ao que dispõe a regra, o que pode ocorrer em virtude de um princípio.⁹⁹

Sustenta-se que as regras consistem em generalizações entrenchadas (*entrenched generalizations*).¹⁰⁰ Com base nessa ideia, afirma-se que as regras também estão sujeitas a ponderação, já que podem ser afastadas em razão de argumentos contrários mais fortes, que sejam capazes de vencer os limites das trincheiras das regras.¹⁰¹

Faz sentido a imagem segundo a qual as regras são generalizações entrenchadas, o que serve para evidenciar a relação dessas normas jurídicas com o princípio da segurança jurídica. De fato, as regras contêm determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, que só se afastam em circunstâncias excepcionais.

Todavia, quando não se aplica uma regra em razão de uma exceção, não se faz ponderação de uma regra com outra regra, ou de uma regra com um princípio. Somente princípios são ponderados, levando-se em consideração a contraposição entre ponderação e subsunção.

Claro que, em uma ampliação semântica, seria possível sustentar que as regras admitem ponderação, no sentido que podem não ser aplicadas, caso os motivos de sua aplicação não estejam presentes, o que pode estar relacionado ao elemento teleológico da interpretação.¹⁰² Ocorre que, nesse caso, não se trata de

⁹⁹ ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 87 e ss.

¹⁰⁰ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 47 e ss.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 49.

¹⁰² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 124 e ss.

limitação da eficácia jurídica de uma regra, mas se verifica uma hipótese de não aplicação da regra. Não é, portanto, a ponderação que se realiza entre normas com estrutura de princípios.

Sobre o distinto modo de aplicação dos princípios e das regras, é correto concluir, portanto, que os princípios ensejam razões *prima facie* para a tomada de decisão, enquanto que as regras, uma vez aplicadas, são razões definitivas para decidir.¹⁰³

A afirmação de que os princípios possuem dimensão de peso, ou dimensão de importância, não implica a assunção de que os princípios são aplicáveis em graus variáveis em conformidade com as peculiaridades do caso concreto. Tampouco o conceito de mandado de otimização deve ser interpretado dessa maneira.

Realmente, havendo uma colisão entre dois princípios, somente um deles poderá prevalecer, o que pressupõe a proporcionalidade da restrição imposta ao princípio circunstancialmente de menor peso.¹⁰⁴

O conceito de mandado de otimização é conveniente para evidenciar que as possibilidades jurídicas e fácticas de realização de um princípio jurídico são sujeitas a limitações.

Em todo caso, é conveniente esclarecer que a simples leitura do texto normativo não é suficiente para determinar a estrutura de uma norma jurídica.

Por um lado, não há correspondência entre texto e norma, o que explica a circunstância de normas que não resultam de disposições expressas no texto constitucional. Além disso, cabe esclarecer que a insuficiência do texto normativo

¹⁰³ HAGE, Jaap C. *Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic*. Dordrecht: Kluwer, 1997. p. 118, "se uma regra é aplicada a um caso, ela gera uma razão decisiva e sua conclusão tem de seguir-se, enquanto que princípios e metas somente geram razões não-decisivas". Traduziu-se. No original: "*if a rule is applied to a case, it generates a decisive reason and its conclusion must follow, while principles and goals only generate non-decisive reasons*".

¹⁰⁴ AARNIO, Aulis. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 181, "O princípio (jurídico), a seu turno, concerne a alguns estados ideais de coisas a serem alcançados e ao modo de alcançá-los. O mandado de otimização diz, portanto, alguma coisa sobre o uso do princípio: o conteúdo de um princípio tem de ser otimizado no procedimento da ponderação". Traduziu-se. No original: "*The (legal) principle, in its turn, concerns some ideal states of affairs to be reached and the way to reach them. The optimization mandate says thus something about the use of a principle: The content of a principle has to be optimized in the weighing procedure*".

para o conhecimento da estrutura das normas jurídica decorre do próprio modo pelo qual se estabelecem as normas jurídicas.

As normas jurídicas são resultado do processo de argumentação realizado pelo intérprete. Logo, a estrutura nas normas também resulta da argumentação, razão pela qual se conclui que os textos jurídicos, como o texto constitucional, podem ser pontos de partida para o conhecimento das normas jurídicas, mas não são suficientes para esse desiderato.

Como os princípios consistem em razões para decidir *prima facie*, somente a partir das circunstâncias do caso concreto é possível saber se a consequência jurídica que prescrevem será imposta.

Para que se realize esse tipo de análise, é indispensável que se firme um posicionamento teórico relativo às teorias das restrições.

2.3. Teorias das restrições

A ideia de que os direitos são restringíveis pode ser esclarecida a partir de diversas perspectivas: filosófica, sociológica, histórica e jurídica.¹⁰⁵

Como conceito básico de uma dogmática jurídica dos direitos fundamentais, pressuposto de importa que se analisem as restrições de direitos sob o prisma jurídico.¹⁰⁶

Em referência às restrições de direitos fundamentais, há dois tipos de teoria a serem considerados: teoria externa (*Aussentheorie*) e teoria interna (*Innentheorie*).¹⁰⁷

Necessário que se conheçam os contornos conceituais de ambas teorias, a fim de que se conclua qual teoria é mais adequada para que ao exame de uma questão

¹⁰⁵ MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 72 e ss.

¹⁰⁶ A restrição e a configuração (sentido estrito) são formas de conformação dos direitos fundamentais, ou configuração (sentido amplo) dos direitos fundamentais. Difere a restrição da configuração, porque esta complementa o conteúdo do direito fundamental, enquanto que aquela limita-lhe o âmbito jurídico protegido. Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit., 2003. p. 1263.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 250.

jurídica na perspectiva jusfundamental, levando-se em consideração o conceito de princípio como mandado de otimização.

De acordo com a teoria externa das restrições, dois elementos devem ser distinguidos.¹⁰⁸ Inicialmente, vislumbra-se o direito fundamental *prima facie*, ou direito não restringido. Em seguida, deve ser apreciada a restrição, que nada mais do que uma norma jurídica, princípio ou regra, que limita o âmbito jurídico protegido *prima facie* do direito.

Se a restrição ao direito fundamental *prima facie* for juridicamente correta, será conhecido o direito concreto como resultado da limitação promovida pela restrição na esfera de proteção do direito *prima facie*.

Verifica-se que a teoria externa das restrições pressupõe o conceito de princípio como norma que determina que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. A definição das possibilidades concretas de realização de um direito depende da análise da proporcionalidade das restrições, o que pode tornar necessário o recurso ao procedimento da ponderação.

Segundo a teoria interna das restrições, não faz a distinção entre o direito em si mesmo, anterior à restrição, e o direito restringido, ou direito concreto. Pressupõe-se, então, a diferenciação entre o conteúdo aparente e o conteúdo verdadeiro na aplicação do direito.¹⁰⁹

Para a teoria externa, o direito antes da restrição pode conferir uma posição jurídica *prima facie*, que se sujeita, conforme as circunstâncias do caso concreto, a limitações. Em conformidade com a teoria interna, o conteúdo aparente de um direito não confere posição jurídica alguma, com base na argumentação de que posições jurídicas só podem conferidas com base no conteúdo verdadeiro de um direito, no qual a restrição é interiorizada.

¹⁰⁸ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 66-67.

¹⁰⁹ Ibid., 2003. p. 69.

A teoria interna tem a pretensão de identificar posições jurídicas definitivas sem lançar mão de uma ponderação, a qual recebe críticas em razão de sua suposta abertura ao subjetivismo, ou irracionalismo, na definição institucional dos direitos.¹¹⁰

Em substituição à ponderação relacionada ao mandados de otimização, Klaus Günther propugna a adoção de sua teoria da adequação, que permitiria a busca da norma adequada aos discursos de aplicação do direito. Com isso, haveria condições de encontrar a norma aplicável com base no exame coerente da descrição completa de todas as circunstâncias relevantes do contexto de aplicação.¹¹¹

Outra versão de uma teoria interna das restrições está presente na doutrina da metódica estruturante de Friedrich Müller, que teria o mérito de afastar a aplicação do direito da ponderação, a qual seria subjetiva e irracional.¹¹²

Segundo Müller, a norma jurídica resulta da conjugação do programa normativo (*Normprogramm*), obtido a partir da interpretação do texto normativo, com o âmbito da norma (*Normbereich*), que reúne os dados extralinguísticos relevantes e compatíveis com o programa da norma.¹¹³

Enquadra-se também no cenário da teoria interna a doutrina dos limites imanentes dos direitos, pela qual não seria necessário o recurso a ponderações já que seria possível identificar abstratamente o direito em sua natureza, o que pressupõe seus limites intrínsecos.

Critica-se a doutrina dos limites imanentes, porque pode causar danos à eficácia jurídica dos direitos fundamentais,¹¹⁴ bem como não interpreta adequadamente a importância decisória da atividade legislativa em face da Constituição.¹¹⁵

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. ob. cit., 1998. p. 315-316.

¹¹¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 299 e ss.

¹¹² MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik I*. 9. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 2004. p. 72. Para uma crítica do conceito estruturante de norma jusfundamental, v. ALEX, Robert. ob. cit., 1994. p. 63-70.

¹¹³ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. ob. cit., 2004. p. 217 e ss.

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4, p. 333.

¹¹⁵ MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 94.

Uma visão adequada da proporcionalidade serve para afastar as objeções que se lhe fazem em relação ao subjetivismo, ao mesmo tempo em que reafirma a utilidade da teoria dos princípios como mandados de otimização, o que serve para atestar a superioridade da teoria externa das restrições.

Na verdade, a proporcionalidade consiste em instrumento racional que se destina ao controle da qualidade da argumentação relativa à restrição de direitos fundamentais.

Os princípios são normas que prescrevem que um determinado estado de coisas, albergado pelo âmbito protegido jurídico, seja promovido na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Para que se definam argumentativamente as possibilidades jurídicas de realização de um princípio, faz-se necessário o recurso à proporcionalidade, que é composto pelo mandados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Desde logo, fica claro que a proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade, vez que esta desconhece mensuração interna, a qual tem justamente o condão de controlar a racionalidade das restrições aos direitos fundamentais.¹¹⁶

As possibilidades fáticas de realização de um princípio são definidas pelas regras da adequação e da necessidade.

O mandado da necessidade (*Gebot der Geeignetheit*) está aberto a duas interpretações: a versão forte e a versão fraca.¹¹⁷

Em conformidade com uma versão forte da regra da necessidade, o meio escolhido deve promover o máximo o fim almejado, da melhor forma possível e do modo mais provável. Já de acordo com a versão fraca, é suficiente que a medida escolhida tem uma relação positiva com o fim perseguido.

A fim de que seja preservada a harmonia entre os poderes, é preferível a versão fraca da regra da adequação. Dessa maneira, passa na primeira etapa do

¹¹⁶ Sobre as diferenças entre proporcionalidade e razoabilidade, v. PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 88 e ss.

¹¹⁷ CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001. p. 37 e ss.

teste procedimental da proporcionalidade a medida restritiva que se mostrar apta a fomentar o objetivo constitucionalmente legítimo almejado.¹¹⁸

Em virtude do mandado da necessidade (*Gebot der Erforderlichkeit*), realiza-se comparação entre os meios de restrição disponíveis (*Mittel-Mittel-Komparation*)¹¹⁹, devendo ser escolhido, entre os meios adequados, aquele que seja mais suave, que represente a menor restrição ao direito fundamental restringido.

Caso a restrição seja adequada e necessária, deverá ainda passar pelo exame do mandado da proporcionalidade em sentido estrito, que prescreve o procedimento da ponderação.

De acordo com o procedimento da ponderação, deve ser feita a análise da proporcionalidade da restrição em três passos.

Deve-se determinar a importância da realização do princípio que serve de fundamento para a restrição. Avalia-se a intensidade da restrição no princípio considerado menos importante no caso concreto. Em seguida, deve-se comparar a importância da realização do princípio de maior peso específico em relação aos prejuízos causados ao princípio posto circunstancialmente em plano hermenêutico inferior.¹²⁰

Dessa maneira, a proporcionalidade não é uma norma, mas um procedimento de normas.¹²¹ Precisamente esse caráter procedimental explica que a proporcionalidade não é capaz de ditar qual a melhor maneira de restringir-se um direito fundamental, mas é de indubitável importância no processo de avaliação da correção jurídica de uma restrição de direito fundamental.

Através do procedimento da proporcionalidade, com os mandados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, são estabelecidos parâmetros que visam a controlar a racionalidade de uma restrição.

¹¹⁸ Para que uma restrição seja adequada, não é necessário que efetivamente atinja o fim colimado. MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 123.

¹¹⁹ CLÉRICO, Laura. ob. cit., 2001. p. 74.

¹²⁰ Com base em uma escala triádica (leve, média e grave) sobre a intensidade das restrições, Alexy elabora uma fórmula da ponderação (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 137 e ss).

¹²¹ MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 121.

As teorias internas, ao rejeitarem o conceito de ponderação, obscurecem a possibilidade de seu controle racional, porquanto deixam de oferecer quaisquer critérios para sua solução. Em vez de buscar o estabelecimento desses critérios, contentam-se em assumir a irracionalidade da ponderação.¹²²

Todavia, não há nada de irracional nos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Tampouco há irracionalidade em atribuir graus distintos de intensidade a restrições, a fim de que se saiba, em uma situação concreta, se uma restrição é proporcional ou não.¹²³

Quando Klaus Günther, após o estabelecimento as normas aplicáveis *prima facie* no discurso de fundamentação, procura encontrar a norma adequada ao concreto no discurso de aplicação, a partir de um exame pautado na coerência e na consideração de todas as circunstâncias relevantes, não poderá ter êxito se não levar a sério a estrutura principiológica das normas jurídicas, que podem demandar a aplicação de uma ponderação.

Na verdade, a teoria de Klaus Günther sobre a distinção entre discursos de fundamentação e de justificação não é incompatível com a teoria externa das restrições, que é baseada no conceito de princípio como mandado de otimização.¹²⁴

Como esclarece Alexy, só seria possível sustentar uma teoria interna das restrições, se todas as posições jusfundamentais fossem estabelecidas de forma definitiva, o que excluiria a necessidade de ponderação.¹²⁵

Ora, como os direitos fundamentais podem ser baseados em normas com estrutura de princípio, as quais possuem âmbito jurídico protegido *prima facie*, está clara a incompatibilidade dessa concepção teórica com a teoria interna das restrições.

¹²² Na mesma linha, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181.

¹²³ ALEXY, Robert. ob. cit., 2007. p. 110 e ss.

¹²⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad e los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007. p. 487-488, "Ciertamente, la diferencia entre los discursos de justificación y de aplicación jurídica crea un esquema conceptual similar al que defiende la teoría externa de los derechos fundamentales".

¹²⁵ ALEXY, Rober. ob. cit., 1994. p. 251.

Observa-se que às teorias das restrições estão associadas teorias dos supostos de fato dos direitos fundamentais, os quais podem ser baseados em regras, assim como em princípios.¹²⁶

Ajusta-se à teoria externa das restrições a teoria ampla do suposto de fato (*weite Tatbestandstheorie*), por ser compatível com o procedimento da ponderação. A seu turno, a teoria estreita do suposto de fato (*enge Tatbestandstheorie*) se liga à teoria interna das restrições, por tentar suprimir o recurso a ponderações.¹²⁷

Convém adotar a teoria ampla do suposto de fato, por conta dos mesmos motivos que endossam o acolhimento da teoria externa, a saber, o reconhecimento da importância das ponderações na argumentação jurídica.

Após essas considerações, fica clara a importância da ponderação, a terceira etapa do procedimento da proporcionalidade, para o desenvolvimento de uma metódica dos direitos fundamentais que tenha o mérito de conferir racionalidade à discussão envolvendo direitos fundamentais.

Justamente o adequado entendimento do relevo da ponderação para a compreensão do direito é uma marca do constitucionalismo atual, em razão do qual parte do direito assume caráter suave, ou dúctil, em oposição à rigidez que caracterizaria o direito como sistema de regras.¹²⁸

Todavia, nada se disse ainda expressamente sobre a fundamentação da proporcionalidade. Para que, adiante, seja possível o desenvolvimento de uma compreensão constitucionalmente adequada do processo, é necessário examinar os caminhos da fundamentação da proporcionalidade.

¹²⁶ MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 96, "A diferença entre as regras e os princípios, quanto ao suposto de fato, está na circunstância de que, com as regras, em geral, cumprida a hipótese fática da norma aplicável, não há maiores problemas em saber a consequência jurídica obrigatória, não se recorre ao procedimento da ponderação, ainda que não se trate de mera operação silogística formal, o que não ocorre com os princípios, cujas consequências de direito advindas da realização concreta de suas bases fáticas colidem entre si, sem que isso importe na perda de validade de uma das normas, como acontece com as regras".

¹²⁷ ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 278 e ss.

¹²⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 14-15.

3 FUNDAMENTAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

É possível referir-se à proporcionalidade, como conceito relativo à teoria das restrições, em dois sentidos. Há proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito.¹²⁹ A aplicação da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe a proporcionalidade em sentido amplo, mas o contrário não sucede.

O controle de proporcionalidade, por meio do qual são examinadas e restringidas as normas restritivas de direitos, alcança as possibilidades fáticas e jurídicas de realização dos padrões jurídicos que assumem a forma de princípios. Insere-se, portanto, o controle promovido pela proporcionalidade, no quadro das restrições às restrições, ou limites dos limites (*Schranken-Schranken*).¹³⁰

A proporcionalidade em sentido amplo, através das normas que a compõem, cuida, inicialmente, das possibilidades fáticas de realização das normas com estrutura de princípio e, posteriormente, se for o caso, de suas possibilidades jurídicas. O exame das possibilidades jurídicas de realização dos princípios se dá através do mandado da proporcionalidade em sentido estrito, através do procedimento da ponderação.

Como o teste de proporcionalidade pode concluir, a depender das circunstâncias do caso, que uma determinada restrição é desproporcional e, por isso mesmo, inadmissível somente através do exame das possibilidades fáticas de realização da norma-princípio em questão, é forçoso admitir que a proporcionalidade em sentido amplo possa ser aplicada, conforme as peculiaridades do caso, sem que se faça referência à proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade *stricto sensu* só chega a ser averiguada, como última etapa do controle de proporcionalidade, por essa razão é acertado dizer que a proporcionalidade em sentido estrito depende da aplicação da proporcionalidade *lato sensu*.

¹²⁹ Nesse sentido, v. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 21. ed. Heidelberg: Müller, 2005. p. 68.

¹³⁰ WÜRTENBERG, Thomas; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed. München: Beck, 2005. p. 192-193.

Com isso, observa-se que, uma vez fundamentada a presença da proporcionalidade em sentido estrito no ordenamento jurídico, admitir-se-á, por igual, a proporcionalidade em sentido amplo. Recorde-se que a proporcionalidade em sentido amplo pode ser vista como um procedimento, composto pelos mandados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Reserva-se, assim, a denominação *princípio da proporcionalidade* ao mandado da proporcionalidade em sentido estrito. Os mandados da adequação e da necessidade possuem a estrutura de regras. Logo, o procedimento da proporcionalidade, ou proporcionalidade em sentido amplo, compõe-se da regra da adequação, da regra da necessidade e do princípio da proporcionalidade, ou proporcionalidade em sentido estrito.

A pertinência do mandado de proporcionalidade (*Gebot der Verhältnismässigkeit*) aos ordenamentos jurídicos democráticos pode ser fundamentada de diversas maneiras. Em se tratando do direito constitucional positivo brasileiro, as diferentes formas de fundamentação da proporcionalidade assumem maior interesse prático.

A Constituição da República de 1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, não contemplou o mandamento de proporcionalidade de maneira explícita. Logo, uma questão se apresenta a qualquer estudo relativo à proporcionalidade no âmbito do direito brasileiro. É preciso determinar-lhe os meios de fundamentação.

No seio da teoria constitucional brasileira,¹³¹ as divergências residem menos no reconhecimento da positividade constitucional da proporcionalidade do que na pluralidade de seus fundamentos, a exemplo do que ocorre com a teoria constitucional alemã.¹³²

De outra parte, mais do que para assentar a sua sede positiva no direito constitucional, convém o exame das distintas fundamentações da proporcionalidade como forma de apresentar seus principais traços característicos, que conduzem ao

¹³¹ Nesse sentido, à guisa de exemplo, v. BONAVIDES, Paulo. ob. cit., 2004. p. 434-436 e GUERRA FILHO, Willis Santiago. ob. cit., 2001. p. 83.

¹³² YI, Zoonil. *Das Gebot der Verhältnismässigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1998. p. 23.

procedimento de controle racional da colisão entre padrões jurídicos válidos que prescrevem orientações conflitantes, a serem realizadas no melhor grau possível, em determinada situação concreta.

Esse procedimento, o procedimento da proporcionalidade, impõe, através dos mandamentos jurídicos que o compõem, as etapas argumentativas a serem percorridas por aquele que deve decidir qual dos padrões jurídicos conflitantes deve prevalecer, conforme as circunstâncias do caso.

O princípio da proporcionalidade (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*) está associado à ideia de justiça, aos princípios constitucionais (Estado de Direito, dignidade da pessoa humana, devido processo legal etc.), aos direitos fundamentais, assim como à estrutura normativa dos sistemas jurídicos. Cada uma dessas relações pode ser vista como um tipo de fundamentação da proporcionalidade.

Com efeito, pode-se dizer que a proporcionalidade decorre da ideia de justiça, é pressuposta pela tensão entre os princípios constitucionais, é ínsita aos direitos fundamentais, assim como deriva da própria estrutura do sistema jurídico.

3.1 Proporcionalidade e a ideia de justiça

A relação entre proporcionalidade e justiça remonta à filosofia clássica, com destaque para as contribuições filosóficas de Platão e Aristóteles.

A doutrina platônica busca mostrar a conexão da justiça com a retribuição, conforme uma relação de identidade. Ao mesmo tempo, alcançar a justiça pressupõe a busca do bem supremo, como ideia superior. A fórmula da retribuição, caracterizadora da justiça, pode ser vislumbrada, com auxílio de um dos diálogos de Platão, em que Sócrates informa a Gláucon o relato de Er, o qual, morto em uma guerra, ressuscitara e, de volta ao mundo dos vivos, pudera contar o que se passa aos homens, no plano extraterreno:

Disse que [...] havia na terra duas aberturas, uma encostada a outra, e no céu, lá no alto, duas outras em frente delas. Entre essas aberturas estavam sentados os juízes que, depois de dar sua sentença, ordenavam que os justos tomassem à direita o caminho para o alto do céu, depois de atar-lhes no peito a marca correspondente à sentença, e aos injustos que tomassem

à esquerda o caminho que ia para baixo, tendo também eles, nas costas, a marca de tudo quanto tinham feito.¹³³

Assim, segundo noticiara Er, os homens, após a vida, recebem a retribuição de seus atos, de modo que apenas os justos têm acesso ao céu. A fórmula da retribuição pode ser redefinida nos seguintes termos: “dar a cada um o que lhe é devido”.

Convém ressaltar que a justiça como retribuição também pode ser vista como expressão de uma fórmula de igualdade,¹³⁴ pois os justos devem receber a devida porção do bem, ao passo que aos injustos deve ser conferida a devida porção do mal, o que está de acordo com o conceito aristotélico de justiça distributiva, examinado abaixo.

Ao investigar as noções de justiça e injustiça, Aristóteles começa por reconhecer que o termo “justiça” admite muitos significados, então salienta dois sentidos de justiça, ao afirmar que se considera homem justo tanto aquele que obedece à lei, como aquele que é equitativo.¹³⁵

Em seguida, o Estagirita distingue a justiça universal, como virtude perfeita, da justiça particular, com o fito de buscar os tipos desta. Logo apresenta duas espécies de justiça particular, a saber, a justiça distributiva e a justiça corretiva.¹³⁶ Aristóteles compreende a justiça em termos matemáticos, a exemplo dos ensinamentos da escola dos pitagóricos, de modo que o conceito de *proporção* ocupa posição central em sua compreensão sobre a justiça, como mediania entre dois extremos desproporcionais.

Com base no conceito de justiça distributiva, Aristóteles ensina que justo é aquele que detém a devida porção do bem, sendo injusto aquele que toma para si o excessivo do bem, ou o insuficiente do mal, e, por consequência, vítima da injustiça é aquele que fica com o insuficiente do bem, ou o excessivo do mal. Em vista do

¹³³ PLATÃO. *A república*: ou sobre a justiça, diálogo político. Trad. de Anna Lia Amaral de Almeida Prado, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 409.

¹³⁴ Nesse sentido, v. Kelsen, Hans. *O que é justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 99.

¹³⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. ob. cit., 2002. p. 136.

¹³⁶ Ibid., 2002. p. 140.

exposto, é correto dizer que o justo é o proporcional e o injusto, o desproporcional.¹³⁷

Aristóteles chama essa proporção de *αναλογιαν γεωμετρικην* (*analogian geometriken*), ou proporção geométrica, o que hoje se entende simplesmente por proporção.¹³⁸ A relação entre a proporcionalidade e o conceito de justiça como mediania entre dois extremos que são desproporcionais é manifesta. Significa, na teoria dos princípios, que cada princípio deve ser realizado no grau devido, na porção devida, não sendo justo que um princípio seja excessivamente realizado, porque isso significaria que o princípio oposto seria realizado de maneira deficiente. É necessário, na colisão de princípios orientada pelo procedimento da proporcionalidade, que os princípios envolvidos, tanto os que prevalecerem, como os que forem deslocados, sejam realizados no maior grau possível.

Quanto à justiça corretiva, a ideia de proporção também está presente. Contudo, não é mais o caso de proporção geométrica, mas de *αναλογιαν αριθμητικην* (*analogian arithmetiken*), ou proporção aritmética, o que corresponde ao conceito atual de progressão aritmética.¹³⁹

Conforme Aristóteles, a justiça judicial é uma modalidade de justiça corretiva, que tem a finalidade de restaurar a igualdade que fora violada, por causa de uma transação involuntária, ou conduta indevida por parte de quem agiu de forma injusta. Restabelece-se a igualdade original, através da mediania entre a perda e o ganho.¹⁴⁰

Como se vê, a ideia de equilíbrio, intrínseca à proporcionalidade, aparece mais uma vez na noção aristotélica de justiça particular, agora na modalidade de justiça corretiva, ou reparadora.

Como retificação da justiça legal, sobretudo como forma de disciplinar situações não previstas em razão da generalidade das leis, o Estagirita concebe uma teoria da equidade. Através da equidade, o juiz deve julgar um caso em relação ao qual as leis foram omissas, como se legislador fosse, elaborando uma regra

¹³⁷ Ibid., 2002. p. 142.

¹³⁸ Ibid., 2002. p. 142, nota 131.

¹³⁹ Ibid., 2002. p. 143, nota 134.

¹⁴⁰ ARISTÓTELES, ob. cit., 2002. p. 144.

especial, que se amolde às circunstâncias imprevistas do caso. Essa regra especial seria flexível, como a régua plúmbea de Lesbos.

É possível estabelecer alguma comparação entre a teoria da equidade de Aristóteles e a aplicação do mandado da proporcionalidade, ressalvadas, obviamente, as diferenças que estremam esses termos.¹⁴¹

Com efeito, ao lançar mão do princípio da proporcionalidade, o juiz elabora uma regra jurídica particular, um juízo concreto de dever ser, em razão do qual devem ser cumpridas as consequências jurídicas impostas pelo princípio prevalecente.¹⁴²

O processo argumentativo desencadeado pela colisão de princípios conduz à elaboração de uma regra concreta que se assemelha à régua flexível de Lesbos, pois cada situação fática, segundo suas peculiaridades, exige a formulação de uma regra concreta diferente. Ademais, o sistema jurídico é incapaz, através das leis gerais e abstratas, de prever a solução para todas as colisões de direitos.

No século XIV, na Baixa Idade Média, a relação entre proporção e direito é intuída por Dante Alighieri, nos seguintes termos: “o direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem, a qual, se observada, serve a sociedade e se contrariada, a corrompe”¹⁴³.

Através dessa definição, compreende-se que o direito é uma relação entre os homens, “que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo”¹⁴⁴. Por certo que a definição de Dante não pode ser tida como fonte direta dos mandados de proporcionalidade, mas poderia ser vista como fonte remota, afinal é possível compreendê-la no contexto do conceito aristotélico de justiça distributiva, que prescreve uma proporção na relação entre os homens e os bens.

¹⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 282, vai mais além e entende que “a proporcionalidade não passa de um novo nome dado à equidade”. Na verdade, o conceito de mandado de proporcionalidade é mais restrito do que o de equidade aristotélica, reservando-se apenas aos casos de colisão de princípios, ao passo que o conceito aristotélico de equidade é aplicável também em situações onde não se trata de saber que princípio deve prevalecer diante de outro, ou de outros.

¹⁴² ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 83-84.

¹⁴³ DANTE, Alighieri. *Monarquia*. Trad. de Hernâni Donato, São Paulo: Ícone, 2006. p. 71.

¹⁴⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 60.

De outra parte, uma das formas de fundamentação da proporcionalidade consiste em fazê-la derivar da ideia de justiça (*Gerechtigkeitsidee*). De acordo com esse modelo de argumentação, seria possível encontrar, no ordenamento jurídico, um princípio geral de justiça, com base no qual seria possível inferir, do universal para o particular, o princípio da proporcionalidade. A ideia de justiça seria um dos componentes fundamentais da ideia de direito.¹⁴⁵

Segundo essa perspectiva, portanto, a proporcionalidade é vista como manifestação particular do princípio geral de justiça, considerado como imanente ao sistema jurídico. Importa frisar a relação que se atribui entre proporcionalidade e determinada noção de justiça. Para que essa derivação tenha sentido, é preciso encontrar, na proporcionalidade, algumas características que defluem de uma dada noção de justiça. É salutar, então, que se faça uma primeira aproximação com a estrutura argumentativa da proporcionalidade.

Com efeito, a máxima da proporcionalidade determina que a restrição de um bem jurídico não deve ser permitida, a menos que sejam observados, concomitantemente, três mandamentos.

A restrição deve promover outro bem jurídico ou interesse digno de proteção. Dentre as diversas restrições possíveis e adequadas, deve ser escolhida a mais suave. Por fim, a restrição, mesmo sendo a menos nociva, não pode ser excessiva, no sentido de os prejuízos advindos da restrição serem maiores do que os benefícios que, através dela, são perseguidos.

A proporcionalidade, como se vê, encerra, em sua estrutura, um mandamento de proibição de excesso. A vedação ao excesso decorre da ideia de moderação, de equilíbrio, de correta medida, ou justa medida. De resto, trata-se de ideia, conforme se vem de expor, já presente na filosofia da justiça aristotélica.

¹⁴⁵ Nesse sentido, v. LARENZ, Karl. *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, München: Beck, 1979. p. 41.

A respeito, Larenz observa que “O princípio da proporcionalidade no sentido de uma proibição de excesso resulta diretamente da ideia de justiça como um princípio do direito justo”¹⁴⁶.

Portanto, o relacionamento entre a proporcionalidade e a ideia de justiça, ou entre a proporcionalidade e alguma concepção de justiça, é algo que se manifesta na história da filosofia, desde a Antiguidade clássica até à filosofia contemporânea, o que vem atestar a plausibilidade dessa forma de fundamentação da proporcionalidade.

3.2 Proporcionalidade e princípios constitucionais

A estreita conexão entre a proporcionalidade e os diversos princípios de hierarquia constitucional responde pela variedade de fundamentações normativas do princípio da proporcionalidade.

Realmente, é possível encontrar, no âmbito da teoria da constituição, diversos princípios que seriam responsáveis pela positivação do princípio da proporcionalidade, dadas as características especiais de que se revestem, porquanto encerram, em seu conteúdo, uma série de princípios derivados, que, por sua vez, colidem entre si. Dentre esses princípios constitucionais, cabe destacar os princípios do Estado de Direito, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

3.2.1 Proporcionalidade e Estado de Direito

No constitucionalismo contemporâneo, resta superado o conceito positivista de Estado de Direito formal, pelo qual todo Estado organizado em forma jurídica seria Estado de Direito.

Consoante o formalismo kelseniano, propõe-se a tese de identidade entre Direito e Estado,¹⁴⁷ consequência inelutável de sua teoria pura, pela qual o direito seria invólucro capaz de receber qualquer conteúdo. Se Direito e Estado coincidem,

¹⁴⁶ Ibid., 1979. p. 131. Traduziu-se. No original: “Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Sinne eines Übermaßverbots ergibt sich als ein Prinzip richtigen Rechts unmittelbar aus der Idee der Gerechtigkeit”.

¹⁴⁷ Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 275, “O dualismo de Direito e Estado é uma superstição animista”.

todo Estado, nesse sentido, seria Direito, de modo que a própria expressão “Estado de Direito” seria problemática.

Melhor seria, seguindo essa perspectiva, distinguir tão-somente entre tipos de Estado, ou tipos de Direito, quanto ao conteúdo ou aspecto ideológico, mas não seria possível defender, sem perda da coerência formal da identidade Direito-Estado, que determinado Estado não seria de Direito, enquanto outro poderia sê-lo.¹⁴⁸

Em oposição ao conceito formal de Estado de Direito, apresenta-se-lhe o conceito material, de sorte que a noção de Estado de Direito pressupõe determinados conteúdos, com base nos quais seria possível afirmar se determinado Estado mereceria ou não a alcunha de Estado de Direito.

Nesse sentido, é bastante oportuna a definição de Estado de Direito, proposta por Klaus Stern, vazada nos seguintes termos:

Estado de direito significa que só é admissível o exercício do poder estatal, com fundamento na Constituição e a partir de leis promulgadas em conformidade formal e material à Constituição, com o objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a segurança jurídica.¹⁴⁹

Os conteúdos do Estado de Direito resultam de longa evolução histórica, desde os primórdios do constitucionalismo liberal no final do século XVIII. O aspecto material do Estado de Direito vem sedimentando o conceito de Estado constitucional.¹⁵⁰

Entre os conteúdos do Estado de Direito, de matriz liberal, cabe destacar o princípio da distribuição de poderes e o reconhecimento de um rol de direitos fundamentais individuais. Como reação às monarquias absolutas, constrói-se a

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994. p. 43. Como esclarece VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1977. v. 2. p. 237, “todo Estado posee un ordenamiento jurídico, pero de ello no se sigue siempre, forzosamente, que sea Estado de Derecho”.

¹⁴⁹ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*. 2. ed., München: Beck, 1984. p. 781. Traduziu-se. No original: “*Rechtsstaatlichkeit bedeutet, daß die Ausübung staatlicher Macht nur auf der Grundlage der Verfassung und von formell und materiell verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zulässig ist.*”

¹⁵⁰ A respeito, v. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como história, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. de Ignacio Gutiérrez, Madrid: Trotta, 1998. p. 67-80.

noção de Estado de Direito liberal, de inspiração burguesa, segundo a qual se deve estabelecer uma fronteira que proteja a sociedade da interferência indesejável do ente estatal.

O Estado, nessa perspectiva, seria “o *negativum* de que emanam as piores ameaças ao vasto círculo dos direitos individuais”¹⁵¹, por essa razão predomina a ideia de limitação do poder do Estado, através dos direitos fundamentais de defesa, de primeira geração,¹⁵² ou primeira dimensão¹⁵³.

Assim, em decorrência do conteúdo do princípio constitucional do Estado de Direito, haveria que se reconhecer a positivação do princípio da proporcionalidade, um dos “componentes materiais da qualidade de Estado de Direito”¹⁵⁴, por ser uma das garantias fundamentais em favor da limitação do poder estatal, porquanto procura, através de critérios racionais, estabelecer o equilíbrio entre diferentes padrões jurídicos com estrutura de princípio, erguendo-se como barreira contra medidas restritivas, oriundas da Administração e da Legislação, que sejam abusivas, excessivas ou desmedidas.

A noção de Estado de Direito, seguindo o compasso das transformações históricas, enriqueceu-se com as novas dimensões dos direitos fundamentais oriundas do Estado Social, através do qual se conferem aos titulares de direitos fundamentais não apenas direitos a uma esfera individual autônoma, livre de ingerências do Estado, mas também direitos a prestações materiais a serem satisfeitas pelo Estado, de modo que o ente estatal passa a assumir funções positivas, de implementação da justiça social. Observa-se a passagem da igualdade perante a lei, igualdade meramente formal, para a igualdade material, ou igualdade através da lei.

Inevitável associar o Estado Social ao conceito aristotélico de justiça distributiva, de igualdade-proporcionalidade, pelo qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na proporção de suas desigualdades. A atividade legislativa com o objetivo de tratar alguns grupos de pessoas

¹⁵¹ BONAVIDES, Paulo. ob. cit., 2001. p. 68.

¹⁵² Id. ob. cit., 2004. p. 562.

¹⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago, ob. cit., 2001. p. 39.

¹⁵⁴ WÜRTENBERG, Thomas; ZIPPELIUS, Reinhold, ob. cit., 2005. p. 95. Traduziu-se. No original: “*Materielle Komponenten der Rechtsstaatlichkeit*”.

desigualmente, em todo caso, representa uma restrição ao princípio formal de igualdade.

Portanto, verificam-se colisões entre os princípios da igualdade formal e da igualdade material. Essas colisões demandam a aplicação do procedimento racional da proporcionalidade, cujos mandados terão o condão de balizar a argumentação jurídica, evitando-se discriminações injustificadas. Logo, também o Estado Social implica o princípio jurídico da proporcionalidade.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, pode ser visto como superação dialética da antítese entre o Estado Liberal e o Estado Social. Como síntese, apresenta elementos advindos tanto da tradição individualista, de exaltação da autonomia privada, como do ideário de cunho social, que privilegia o papel positivo do Estado, do qual devem participar ativamente os cidadãos, em busca do bem comum, como forma de corrigir as desigualdades sociais e de conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais.

O paradigma do Estado Democrático de Direito representa, de acordo com uma visão procedimentalista, o reconhecimento da relação interna entre autonomia pública e autonomia privada, de forma que uma pressupõe a outra, superando-se o ponto de vista que sugere a predominância abstrata de um relação ao outro.¹⁵⁵

Os direitos fundamentais, segundo essa compreensão, são institucionalizados como condições discursivas para a formação pública da opinião e da vontade. Os resultados discursivos deverão indicar, em cada caso, o que deve prevalecer legitimamente, ou de acordo com uma concepção procedimental da racionalidade prática.

Não há, portanto, preferência inicial quer pela autonomia privada, quer pela autonomia pública. O equilíbrio entre os direitos fundamentais, a ser assegurado com auxílio do procedimento da proporcionalidade, apresenta-se como uma das condições de realização do poder comunicativo que deve orientar a produção legítima do direito. Assim, impende concluir que o Estado Democrático de Direito pressupõe a proporcionalidade.

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. ob. cit., 1998. p. 516-537.

3.2.2. *Proporcionalidade e dignidade da pessoa humana*

O estudo do princípio constitucional da dignidade pessoa humana revestiu-se de crescente prestígio, após o fim da II Grande Guerra, quando os regimes totalitários de direita foram derrotados, com o colapso do nazismo e do *fascismo*. Após as atrocidades cometidas contra o gênero humano, não tardou que a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, no art. 1º, 1, proclamasse o respeito à dignidade humana, nos seguintes termos: “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder do Estado”¹⁵⁶

A Constituição da República portuguesa de 1976, por sua vez, representou a restauração democrática, com a superação do regime salazarista, tal como impunha seu preâmbulo. Logo no art. 1º, o constituinte português estabelece que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Sobre os direitos fundamentais, dispõe o art. 2º da CRP que “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais”.

Entre os espanhóis, ocorreu fenômeno político semelhante, com o fim do governo franquista. Assim, na Carta espanhola de 1978, a dignidade da pessoa humana é tida como fundamento da ordem política e da paz social (art. 10, 1).

A Constituição brasileira de 1988, promulgada após o fim do regime militar de exceção, influenciada pela Lei Fundamental de Bonn e seguindo a linha do constitucionalismo ibérico, positivou o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), ao lado da soberania, da cidadania, do pluralismo político, assim como dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Identifica-se, portanto, no constitucionalismo alemão e ibero-americano, por motivos históricos relativamente parecidos, especial relevo atribuído à dignidade da pessoa humana, reflexo da atenção que os legisladores constituintes, em seus respectivos países, houveram por bem dispensar.

¹⁵⁶ Traduziu-se. No original: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*”.

Com base nos artigos 1º e 2º da Constituição de Portugal, Canotilho observa existir, no ordenamento jurídico de seu país, “uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito”¹⁵⁷, que toma o indivíduo nas suas diversas acepções, como pessoa, cidadão e trabalhador¹⁵⁸.

Vieira de Andrade, ao questionar-se sobre a possibilidade de atribuição de uma unidade de sentido à Constituição portuguesa, reconhece que o princípio da dignidade de pessoa humana desempenha um papel de referência, embora não seja o bastante para tomar como resolvida o problema relativo à unidade de sentido.¹⁵⁹

Na mesma linha de pensamento, Jorge Miranda concebe a dignidade da pessoa humana como “fonte ética”¹⁶⁰ dos direitos fundamentais individuais e dos direitos econômicos, sociais e culturais, de sorte que contribuiria para a formação de uma unidade de sentido da Constituição portuguesa, apesar de seu caráter compromissário, por ser oriunda de forças políticas de orientações diversas.

Na doutrina constitucional brasileira, a ideia de que os direitos fundamentais teriam fundamento na dignidade da pessoa humana é acolhida por Siqueira Castro, de acordo com o qual “a legitimidade das ordens jurídicas nacionais [...] medida pelo grau de respeito e de implementação dos respectivos sistemas protetores dos direitos humanos, radicados essencialmente na premissa maior da dignidade”¹⁶¹.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dado o elevado teor de abstração de que se reveste, prestar-se-ia uma teorização igualmente abstrata, em virtude da qual todos os direitos fundamentais particulares poderiam a ela ser reconduzidos.¹⁶²

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 248.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 111-112.

¹⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2006. p. 97-98.

¹⁶⁰ MIRANDA, Jorge. ob. cit., 2000. t. 4. p. 181.

¹⁶¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 23.

¹⁶² Nesse sentido, v. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 227, que considera a dignidade da pessoa humana como “fundamento material” da unidade da Constituição.

Contudo, afirmar que todos os direitos fundamentais seriam densificações do princípio mais geral da dignidade da pessoa humana importa duas alternativas, ambas rejeitáveis.

Por um lado, conceber que todos os direitos fundamentais procedem diretamente da dignidade da pessoa humana, importa uma visão excessivamente alargadora do mandamento constitucional da dignidade, o que lhe dificulta a aplicação, por tornar ainda mais difícil o controle racional da fundamentação de juízos concretos de dever ser dela decorrentes.

Ademais, dizer que todos os direitos fundamentais são derivados do princípio da dignidade de pessoa humana implica menoscar o direito positivo constitucional, que reconhece direitos fundamentais de maneira alguma deriváveis da dignidade da pessoa humana, como são alguns direitos fundamentais mais específicos,¹⁶³ a menos que se decida transformá-la em uma fórmula vazia de conteúdo.

A outra forma de imaginar os direitos fundamentais como particularizações do princípio da dignidade da pessoa humana seria estreitar o conceito de direitos fundamentais, para certo tipo de direitos fundamentais materiais: só seriam direitos fundamentais, os que decorrem da dignidade da pessoa humana.

Mas isso seria uma visão arbitrária dos direitos fundamentais, pois implicaria negar a condição de direitos fundamentais àqueles direitos que não fossem tidos como expressões da dignidade da pessoa humana, que, de qualquer modo, continuariam dignos, ao menos, de serem reconhecidos como formalmente fundamentais. Do ponto de vista prático, cumpre ressaltar, não há diferença entre direitos formal ou materialmente fundamentais, pois ambos se enquadram no limite material ao poder de reforma do legislador.

De outra parte, adotando-se a teoria da dignidade da pessoa humana segundo a qual o princípio da dignidade da pessoa humana seria o de maior importância no

¹⁶³ Ver incisos XXI e XXVI, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 136, referindo-se à Constituição de 1988, menciona os incisos XXVIII e XXIX, do art. 5º, bem como os XI do art. 7º, entre outros, como “dispositivos que, sem dúvida, não guardam relação direta com a proteção da dignidade humana”.

ordenamento jurídico, não haveria propriamente um princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, mas algo como um superprincípio, ou até mesmo um mandamento “absoluto”¹⁶⁴ de realização da dignidade humana. Problemática ainda a sua caracterização como núcleo essencial dos direitos fundamentais.¹⁶⁵

Como observa Alexy, da disposição jusfundamental da dignidade da pessoa humana, é possível derivar uma regra e um princípio.¹⁶⁶ A regra decorre de uma série de precedentes judiciais, em que o procedimento da proporcionalidade foi utilizado, para determinar a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, descarta-se a existência de uma norma principiológica da dignidade dotada de caráter absoluto.¹⁶⁷ Além da regra, há o princípio da dignidade, que, como tal, pode ceder diante de outros princípios. Na medida em que as normas da dignidade da pessoa humana pressupõem o procedimento da proporcionalidade, podem ser vistas como indícios fundamentadores da normatividade jurídico-constitucional dos mandados da proporcionalidade.

3.2.3. *Proporcionalidade e devido processo legal*

O princípio do devido processo legal deita suas raízes históricas no direito germânico e, por influência deste, no direito inglês.¹⁶⁸ Com a colonização inglesa, as ideias relativas ao princípio do devido processo legal foram recebidas nos territórios que deram origem os Estados Unidos, em que logo se percebeu a necessidade de limitar os poderes do Estado.¹⁶⁹

¹⁶⁴ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 94. Para NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5, “enquanto o valor é sempre um relativo, [...] o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização”.

¹⁶⁵ A respeito, v. MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 108-111.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. ob. cit., 1994. p. 95.

¹⁶⁷ No mesmo sentido, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 140.

¹⁶⁸ A respeito, v. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5-45.

¹⁶⁹ BELZ, Herman; HARBISON, Winfred A.; KELLY, Alfred H. *The American constitution*. v. 1. 7. ed. New York, London: W. W. Norton, 1991. p. 83-87.

A fórmula do devido processo legal está inscrita, na Constituição da República de 1988, no art. 5º, LIV, de acordo com o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O conceito de devido processo legal, tendo em vista o influxo decisivo da *Supreme Court*, pode ser visto a partir de dois ângulos diferentes. No aspecto formal, o devido processo legal consiste na observância dos procedimentos legais. Por sua vez, o aspecto material do devido processo legal está relacionado com um processo de acordo com as exigências do direito material, que inclui os direitos fundamentais materiais. Por essa razão, são duas as dimensões do princípio em tela: dimensão procedimental e dimensão substantiva.

É possível vislumbrar na cláusula do devido processo legal uma disposição jusfundamental, com base na qual podem ser fundamentos diversos princípios constitucionais processuais e, portanto, diversos direitos e garantias fundamentais processuais.

Podem ser derivados princípios constitucionais tanto da dimensão substantiva, como da dimensão procedimental da cláusula do devido processo legal. Em ambos casos, seria alcançada alguma maneira de fundamentar normativamente a constitucionalidade da proporcionalidade.

O exame das transformações jurisprudenciais da cláusula do devido processo legal na história do direito constitucional norte-americano, que pode ser dividido em quatro fases,¹⁷⁰ serve para evidenciar as relações das dimensões do *due process* com a proporcionalidade.

No período histórico anterior à Guerra de Secessão, vislumbrava-se no devido processo legal sobretudo o aspecto processual, ou procedimental. A caracterização do *due process* como meramente procedimental, convém frisar, predominara durante quase todo o século XIX. Em todo caso, estava latente a noção de devido processo legal substantivo, em razão do prestígio de então das doutrinas do direito natural, que predicam a existência de direitos inalienáveis da pessoa humana, que

¹⁷⁰ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 7. ed., Saint Paul: West, 2004. p. 432-459.

não podem ser violados pelo processo, ainda que venha a ser considerado devido quanto ao seu aspecto formal, ou procedimental.

De 1865 a 1900, verificou-se importante mudança de orientação do papel exercido pelos membros da Suprema Corte dos Estados Unidos. Logo após o fim da guerra civil que dividira o país, observou-se uma postura não intervencionista por parte dos juízes constitucionais.

Contudo, essa posição de não intervencionismo, paulatinamente, cedeu lugar ao desenvolvimento do devido processo legal substantivo, com base no qual a Suprema Corte passou a rejeitar a legislação que representasse restrições indevidas aos direitos fundamentais individuais, com ênfase nas liberdades individuais relacionadas com o sistema capitalista clássico de economia concorrencial.

Do início do século XX até 1936, período que coincide com a crise do Estado Liberal, o conceito de devido processo legal substantivo foi utilizado para restringir a liberdade de normação social do legislador para regular matérias econômicas e sociais. A respeito, TRIBE observa que “durante este período a Suprema Corte esteve bastante propensa [...] a examinar minuciosamente e invalidar a substância de regulações econômicas conforme a Cláusula do Devido Processo”¹⁷¹.

As primeiras décadas no século passado representam o que se convencionou chamar de *Lochner era*, em referência ao célebre caso *Lochner v. New York*. No precedente em questão, a Suprema Corte dos Estados Unidos, com base na *Fourteenth Amendment*, invalidou lei do Estado de Nova Iorque, que limitava a jornada de trabalho dos padeiros para 60 horas semanais, observando-se o máximo de 10 horas diárias.

¹⁷¹ TRIBE, Lawrence H. *American constitutional law*. 3. ed., New York: New York Foundation Press, 2000. v.1 p. 1345. Traduziu-se. No original: “during this period the Supreme Court was quite willing – certainly more willing than it has otherwise ever been – to scrutinize and invalidate the substance of economic regulations pursuant to the Due Process Clause”.

Como esclarecem Nowak e Rotunda, “a maioria *Lochner* não encontrou propósito legítimo do poder público em regular condições de trabalho ou práticas em que a regulação não fosse uma verdadeira medida de saúde ou segurança”¹⁷².

A lei estadual em tela representava, de acordo com a orientação jurisprudencial da Suprema Corte naquela época, limitação indevida na liberdade contratual entre empregado e empregadores, razão por que apenas medidas que claramente pudessem ser consideradas como de segurança ou de saúde poderiam justificar restrições à liberdade fundamental de contrato, protegida pela cláusula do devido processo legal, desde a décima quarta emenda constitucional.

Como se vê, a *Lochner* era, na esteira do pensamento liberal, impôs grandes obstáculos à atuação do poder público em regular novas situações, que demandavam a aplicação da justiça social. Sobre os equívocos da era *Lochner*, Tribe sublinha que:

O erro [...] era essencialmente esse, como um quadro da liberdade na sociedade industrial, aquele pintado pelos juízes da Suprema Corte, desenhado a partir de categorias do *common law* e da tradição do direito natural, corrompia perversamente o caráter e as necessidades da condição humana, a realidade da situação econômica, e o relacionamento entre escolhas políticas e normas jurídicas.¹⁷³

Com relação aos *civil rights*, ou direitos fundamentais individuais, a atuação da Corte Suprema na era *Lochner* mostrou-se profícua no controle constitucional de restrições legislativas indevidas. A *Fourteenth Amendment* serviu de fundamento jurídico-constitucional para algumas decisões, preservando-se o direito dos negros de escolher onde residir, a liberdade de fazer escolhas educacionais, a liberdade de expressão, entre outros direitos fundamentais.

A partir de 1937, por influência da crise econômica (*Great Depression*), a jurisprudência constitucional dos Estados Unidos ingressa em nova fase. De fato, a Suprema Corte passa a usar mais a cláusula de *equal protection* como fundamento

¹⁷² NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. ob. cit., 2004. p. 443. Traduziu-se. No original: “*The Lochner majority found no legitimate purpose of government in regulating labor conditions or practices where the regulation was not a true health or safety measure*”.

¹⁷³ TRIBE, Lawrence. ob. cit., 2000. p. 1371. Traduziu-se. No original: “*Lochner’s error was essentially that, as a picture of freedom in industrial society, the particular one painted by the Justices drawing on common law categories and the natural law tradition badly distorted the character and needs of the human condition, the reality of the economic situation, and the relationship between political choices and legal rules*”.

jurídico-positivo de controle de constitucionalidade material das leis. Ademais, percebe-se uma aplicação diferenciada do *substantive due process of law*, consoante a matéria a ser examinada.

Em se tratando de legislação econômica e social, a *Supreme Court* houve por bem conferir maior deferência às políticas traçadas pelo poder legislativo, de modo que só consideraria uma lei do *Welfare State* inválida, caso não houvesse um mínimo de justificação *racional* entre os meios propostos e o fim pretendido. Portanto, a Suprema Corte, no período pós-1937, abandonou a prática de revisar a substância das escolhas econômicas governamentais.¹⁷⁴

Dessa forma, os membros da Suprema Corte, no que diz respeito à cláusula do devido processo legal substantivo, resolveram cingir-se ao exame da racionalidade dos meios em relação aos fins estabelecidos pelo poder legislativo, que seriam presumivelmente legítimos.

O precedente jurisprudencial que marcou historicamente o ingresso de uma nova fase do *substantive due process of law* originou-se da disputa travada em *West Coast Hotel v. Parrish*, relativa à constitucionalidade da definição, por meio de uma lei do Estado de Washington, de salário mínimo legal para as mulheres.¹⁷⁵

Na ocasião, a Suprema Corte entendeu que a lei era constitucional, apesar da alegação da proprietária do hotel, segundo a qual estaria sendo violada sua liberdade de contrato, a ser protegida pelo devido processo legal substantivo. De acordo com esse novo entendimento jurisprudencial, a Suprema Corte manteria a constitucionalidade de uma lei, desde que “fosse racionalmente relacionada a um interesse legítimo do governo”¹⁷⁶. Não caberia mais aos *Justices* revisar a substância dos fins a serem perseguidos pelos poderes públicos, como ocorria anteriormente.

Caso uma lei venha a restringir direitos fundamentais, a atuação da Suprema Corte no controle de constitucionalidade material, alicerçado pelo devido processo

¹⁷⁴ TRIBE, Lawrence, ob. cit., 2000. p. 1361-1362.

¹⁷⁵ NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald, ob. cit., 2004. p. 451.

¹⁷⁶ Ibid., 2004. p. 449. Traduziu-se. No original: “*rationally related to a legitimate interest of government*”.

legal substantivo, apresentará contornos diferenciados em relação à legislação social e econômica. Nowak e Rotunda ressaltam que:

Hoje os juízes da Suprema Corte aplicarão formas estritas de controle com base nas cláusulas do devido processo e da igual proteção com relação a qualquer ação governamental que limite o exercício de direitos constitucionais fundamentais. Estes são direitos que a Corte reconhece como tendo um valor tão essencial para a liberdade individual em nossa sociedade, que justificam os juízes constitucionais em revisar os atos de outros ramos do governo de uma maneira bastante similar à abordagem do devido processo legal substantivo no período pré-1937.¹⁷⁷

A fim de que os direitos fundamentais sejam devidamente preservados, a Suprema Corte realiza exame criterioso da lei, que deve se mostrar “necessária ou minuciosamente sob medida para promover um interesse forçoso ou sobrepujante”¹⁷⁸.

Dessa maneira, embora a Suprema Corte dos Estados Unidos não se valesse dos mandados da proporcionalidade, cuja caracterização mais recente decorreu substancialmente do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, é possível encontrar em suas decisões elementos que correspondem à estrutura do procedimento da proporcionalidade.

Afinal, dizer que uma lei restritiva de direitos fundamentais deve promover um interesse constitucional, que deve ser necessária ou sob medida e que o interesse legítimo deve ser forçoso, ou sobrepujante, significa afirmar que a medida legislativa deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Adequada, porque deve fomentar um interesse constitucional legítimo, é dizer, um princípio constitucional. Necessária, pois deve ser sob medida, o que exclui a possibilidade de restrições excessivas. Proporcional em sentido estrito, já que o interesse ou princípio constitucional deve ser de importância manifesta no caso concreto, o que conduz forçosamente à sua prevalência, em face de padrões constitucionais opostos.

¹⁷⁷ NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald, ob. cit., 2004. p. 467. Traduziu-se. No original: “Today the Justices of the Supreme Court will apply strict forms of review under the due process clauses and the equal protection clause to any governmental actions which limit the exercise of ‘fundamental’ constitutional rights. These are rights which the Court recognizes as having a value so essential to individual liberty in our society that they justify the Justices reviewing the acts of other branches of government in a manner quite similar to the substantive due process approach of the pre-1937 period”.

¹⁷⁸ Ibid., 2004. p. 449. Traduziu-se. No original: “necessary or narrowly tailored to promote a compelling or overriding interest”.

Logo, a fórmula de controle de constitucionalidade material, pela via do devido processo legal substantivo, pode ser bem compreendida nos mesmos termos da aplicação do procedimento da proporcionalidade.

Além da disposição do devido processo legal substantivo, a Suprema Corte utiliza a cláusula da igual proteção, ou *equal protection*, no controle de constitucionalidade material das leis, o que contribuiu para a diminuição do uso do *substantive due process of law* em comparação à era *Lochner*.¹⁷⁹

Uma análise com base na *equal protection* terá lugar, sempre que a lei restritiva lançar mão de classificações. Ainda aqui, convém observar, a *Supreme Court* poderia utilizar o procedimento da proporcionalidade, porquanto o cerne da questão relativa à igual proteção consiste em saber se as classificações legislativas violam, ou não, de maneira proporcional o princípio da igualdade formal.

Calcando-se no *substantive due process of law*, a Suprema Corte dos Estados Unidos realiza, portanto, o controle de constitucionalidade das leis, quanto ao seu aspecto material. Cuida-se de saber se determinada lei estaria de acordo com a substância da Constituição. Posto que o procedimento da proporcionalidade não tenha sido expressamente formulado pela jurisprudência constitucional norte-americana, a fiscalização de constitucionalidade com base no devido processo legal substantivo pode ser reconstruída racionalmente com o auxílio dos mandados da proporcionalidade.

Além da dimensão substantiva, o devido processo legal apresenta a dimensão procedimental. De acordo com o *procedural due process of law*, deve-se garantir somente que exista “um justo processo de tomada de decisão antes que o poder público pratique alguma ação restringindo diretamente a vida, a liberdade ou a propriedade de uma pessoa”¹⁸⁰.

Como o devido processo legal procedimental se atém unicamente ao justo processo de tomada de decisão nos procedimentos, não cuida da análise da substância da norma a ser aplicada, a qual, como se vem de expor, é da alçada do

¹⁷⁹ Ibid., 2004. p. 448.

¹⁸⁰ NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald, ob. cit., 2004. p. 403. Traduziu-se. No original: “there is a fair decision-making process before the government takes some action directly impairing a person’s life, liberty or property”.

devido processo legal substantivo. Assim, uma norma materialmente inconstitucional violaria o *substantive due process of law*, mas poderia ser perfeitamente aplicada se o único parâmetro a ser observado fosse o devido processo legal procedimental.

Decorre do aspecto procedimental, ou processual, da cláusula do devido processo legal o direito fundamental ao processo justo (*fair procedure*). Em se tratando de procedimentos judiciais, hão de ser observados os seguintes direitos processuais fundamentais: (1) informação adequada sobre a acusação ou base para a ação governamental, (2) um julgador imparcial, (3) oportunidade para fazer defesa oral perante o julgador, (4) oportunidade para apresentar prova ou testemunha ao julgador, (5) chance de confrontar e reexaminar as testemunhas ou provas a serem usadas contra o indivíduo, (6) o direito de ter um advogado presente no caso do indivíduo perante o julgador, (7) uma decisão baseada nos autos, com a afirmação das razões para a decisão.¹⁸¹

Porque a partir do devido processo legal, diversos princípios do processo e do procedimento podem ser justificados, atribui-se ao *due process of law* a condição de princípio fundamental do processo civil.

Corroborando essa linha de pensamento, Nery Junior assevera:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies¹⁸².

Concretamente, os diversos princípios relativos ao processo e ao procedimento que compõem o princípio fundamental do devido processo legal podem colidir entre si, o que implica a aplicação do procedimento da proporcionalidade.

De fato, a depender das circunstâncias que envolvem cada lide, torna-se necessário restringir alguns princípios processuais em favor de outros, tendo em vista alguma finalidade constitucionalmente justificável. Apresentem-se, a título ilustrativo, algumas situações.

¹⁸¹ NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald, ob. cit., 2004. p. 630.

¹⁸² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed., São Paulo: RT, 2004. p. 60.

Em alguns casos, admitem-se restrições ao princípio da publicidade, tendo em vista a preservação do direito fundamental à intimidade, ou quando o interesse social assim o determinar (art. 5º, LX, CR/88). No mesmo sentido, a possibilidade de restrição da publicidade as decisões proferidas pelos órgãos do poder judiciário, em nome da intimidade da parte interessada no sigilo, nas situações nas quais não seja prejudicado o interesse público à informação (art. 93, IX, CR/88).

Tome-se ainda o exemplo dos poderes instrutórios conferidos ao juiz, pelo art. 130, do CPC, pelo qual o juiz, de ofício, poderá determinar as provas necessárias à instrução do processo.

Ocorre que, de acordo com o art. 125, I, do CPC, que consiste em manifestação particular do princípio constitucional geral da isonomia, o juiz deve garantir aos litigantes igualdade de tratamento. O princípio constitucional da igualdade pode ser visto sob o ângulo material ou formal. Sempre que um juiz houver por bem determinar, *ex officio*, a produção de uma prova que considere indispensável à instrução do processo, estará restringindo a igualdade formal entre as partes, com o fim de atingir a igualdade material. Seguindo esse desiderato, poderá ainda ser violado o princípio da imparcialidade do juiz, caso a prova, cuja produção se determinou de ofício, não seja, na situação concreta, adequada, necessária ou proporcional.

Como não se admite, no âmbito do Estado Democrático de Direito, que os julgamentos dos órgãos do poder judiciário sejam baseados simplesmente no arbítrio, por mais prudente que seja, ou unicamente na intuição de justiça, impõe-se ao juiz o dever de justificar racionalmente suas decisões, o que acarreta a possibilidade de controle intersubjetivo a respeito delas.

A decisão judicial será tanto mais racional e, por via de consequência, legítima, quanto for dividida em passos argumentativos, marcados pelo procedimento da proporcionalidade, caso se verifiquem restrições entre as normas a serem aplicadas. O raciocínio que levou o juiz a adotar um posicionamento, no lugar de outros, deve ser exposto, o mais detalhadamente possível, a fim de que as premissas parciais que conduziram a justificação das premissas finais sejam conhecidas e passíveis de crítica.

3.3. Proporcionalidade e direitos fundamentais

Os direitos fundamentais consistem em posições jurídicas que podem ser fundamentadas a partir de normas jusfundamentais. Por sua vez, as normas de direito fundamental são normas materialmente constitucionais que podem ser regras, princípios ou, ao mesmo tempo, regras e princípios, quando são dotadas de caráter duplo.¹⁸³

Uma regra de direito fundamental pode ser estabelecida a partir do art. 5º, XXXVII, da Constituição de 1988, de acordo com a qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Não se admite que, por conta de outros princípios constitucionais como o da segurança pública, alguém seja torturado, ou venha a receber tratamento desumano ou degradante.

Assim, a partir da cláusula constitucional sob comento, existe, *v.g.*, um direito fundamental definitivo a não ser torturado, a que corresponde uma proibição definitiva de realizar tortura, dirigida tanto ao Estado, como aos particulares. Outro exemplo de regra de direito fundamental pode ser encontrado no art. 5º, XXXVII, que proíbe, em termos definitivos, a instauração de juízo ou tribunal de exceção.

Quando os direitos fundamentais são estruturados na forma de regras, não é necessário realizar ponderações para definir as consequências jurídicas que ordenam. Logo, nesse caso, não se recorre ao procedimento da proporcionalidade. Utilizar-se-ão os mandados que compõem o procedimento da proporcionalidade, se houver uma regra, legislada com base em uma cláusula de reserva legal explícita ou implícita, que venha a reduzir o âmbito protegido *prima facie* de um direito fundamental. Essa regra restritiva, cuja produção é autorizada pela Constituição, não tem hierarquia constitucional.

O caso é o oposto, quando os direitos fundamentais apresentam a estrutura de princípios, seja como normas-princípios, seja como normas de caráter duplo. Nesses casos, existe uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas de jurídicas, porquanto os princípios são mandados de otimização (*Optimierungsgebote*).

¹⁸³ ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 122-125.

Exemplo de direito fundamental com estrutura de princípio se encontra com base no art. 5º, LV, da Constituição de 1988, a partir do qual pode ser fundamentado o direito fundamental à ampla defesa. Decorre da garantia fundamental à ampla defesa o direito fundamental ao seu exercício. De acordo com a cláusula constitucional em questão, é conferida a todos os litigantes a posição jusfundamental *prima facie* da ampla defesa. Ocorre que o princípio da ampla defesa, como qualquer outro princípio, não pode ser tomado como absoluto, pois pode ser deslocado em razão da importância de princípios opostos, como o princípio da efetividade do processo, conforme as circunstâncias do caso. Para determinar em que situação o princípio da ampla defesa pode ser restringido por outros princípios, impõe-se a aplicação do procedimento da proporcionalidade.

Nos direitos fundamentais decorrentes de normas de caráter duplo, observa-se um princípio formulado em conjunto com uma cláusula restritiva. Deriva da estrutura de uma norma jusfundamental de caráter duplo a necessidade de ponderações, orientadas pelo procedimento da proporcionalidade. Uma norma jusfundamental desse tipo poderia ser enunciada da seguinte maneira: não são permitidas restrições à igualdade formal entre as partes no processo, a não ser que sejam necessárias para o atendimento de princípios opostos, os quais, conforme as circunstâncias do caso, são mais importantes do ponto de vista argumentativo do que o princípio da igualdade formal entre as partes no processo.

Como se pode depreender sem dificuldades, o procedimento da proporcionalidade está contido na própria formulação de uma norma jusfundamental de caráter duplo. A primeira parte do enunciado normativo que se construiu acima tem estrutura de princípio, cujo significado consiste em ordenar, na maior medida do possível, que a igualdade formal entre as partes no processo seja realizada. A segunda parte do enunciado normativo em tela apresenta a estrutura de regra. Contudo, para que seja possível subsumir algo a ela, é necessário recorrer a ponderações e, conseqüentemente, à proporcionalidade.

Assim, com base na teoria dos princípios, pode ser fundamentada a normatividade dos mandados da proporcionalidade.

Não existe uma relação necessária entre *qualquer* direito fundamental e o procedimento da proporcionalidade, pois há direitos fundamentais que se deixam aplicar por subsunção, sem necessidade de ponderações. De outra parte, nem sempre que se fizer necessária a aplicação do procedimento da proporcionalidade, estarão em jogo direitos fundamentais, pois, ao lado dos princípios jusfundamentais, existem princípios constitucionais que não são jusfundamentais,¹⁸⁴ assim como princípios jurídicos destituídos de hierarquia constitucional.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais, tomados em conjunto, fundamentam a normatividade constitucional da proporcionalidade, que seria uma verdadeira garantia jusfundamental.¹⁸⁵

Fundamentar a proporcionalidade a partir dos direitos fundamentais não é algo possível de se alcançar a partir dos direitos fundamentais em espécie. A proporcionalidade não decorre dos direitos fundamentais, tomados individualmente.

3.4. Proporcionalidade e a estrutura do sistema jurídico

A proporcionalidade pode ser encontrada em algumas teorias filosóficas. É pressuposta pelos princípios que compõem a fórmula do Estado Democrático de Direito. Igualmente, os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal são *indícios* de sua normatividade, porquanto a pressupõem. Como se discutiu logo acima, a relação entre proporcionalidade e cada direito fundamental não é necessária. Há fundamentação jusfundamental, apenas se os direitos fundamentais forem considerados em sua pluralidade.

Na perspectiva da dogmática jurídica, as fundamentações da proporcionalidade com base em outros princípios e a partir dos direitos fundamentais não podem ser tidas como completas. Em conjunto, constituem argumentos importantes para que seja reconhecida a normatividade da proporcionalidade.

Em verdade, essas diferentes fundamentações são aproximações daquela que pode ser considerada como a fundamentação mais abrangente, vez que

¹⁸⁴ Por exemplo, o princípio geral da atividade econômica, inscrito no art. 170, IX, da Constituição de 1988.

¹⁸⁵ Conforme ressalta GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 11, o princípio da proporcionalidade pode ser visto como “garantia das garantias e direitos fundamentais”.

compreende e justifica todas as demais. Compreende-se que a proporcionalidade decorre da estrutura do sistema jurídico.

Busca-se, convém ressaltar, a estrutura dos sistemas jurídicos em que os poderes públicos são limitados pelos direitos fundamentais. Diante de um sistema jurídico em que os direitos fundamentais sejam considerados como objetos à livre disposição do legislador, não faria sentido sequer o estudo da proporcionalidade. Da mesma maneira, a compreensão da proporcionalidade não teria o valor devido, se fosse considerado o caso de um sistema jurídico em que o poder judiciário pudesse proferir suas decisões sem necessidade de justificação.

A afirmação de que a proporcionalidade pode ser fundamentada a partir da estrutura ou composição do sistema jurídico não é trivial, razão por que demanda justificação. Por outro lado, a discussão em torno da estrutura do sistema jurídico vai além do problema relativo à fundamentação da proporcionalidade. A devida compreensão dos elementos que estruturam o sistema jurídico apresenta subsídios para uma tomada de posição na disputa travada entre constitucionalismo e legalismo.¹⁸⁶

O reconhecimento da aplicação do procedimento da proporcionalidade no âmbito do direito processual civil indica já a adoção da concepção constitucionalista. Convém, portanto, examinar de perto os fundamentos da polêmica envolvendo constitucionalismo e legalismo.

A controvérsia entre constitucionalistas e legalistas tem por objeto algumas questões centrais da metodologia jurídica, que desembocam na delicada questão envolvendo a relação entre os poderes legislativo e judiciário.¹⁸⁷

Para os legalistas, é de todo inaceitável qualquer aproximação entre normas e valores. A aplicação do direito deveria, seguindo essa concepção, orientar-se tão-somente por pautas normativas, não se admitindo o enfraquecimento da normatividade em face de juízos de valor.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed., Barcelona: Gedisa, 2004. p. 161.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert, ob. cit., 2004. p. 160.

Como os legalistas rejeitam o papel desempenhado pelas valorações na argumentação jurídica, é imperioso concluir que também consideram nocivo o recurso a ponderações, logo sustentam que as normas são aplicadas somente através da subsunção, em relação à qual as ponderações não teriam qualquer relevância, pois o raciocínio jurídico exigido para a aplicação do direito esgotar-se-ia na operação silogística envolvendo premissas fática e normativa.

No que diz respeito à relação entre direito constitucional e direito ordinário, os juristas filiados ao legalismo tendem a reduzir a influência daquele sobre este. Tanto quanto possível, procuram interpretar os ramos do direito ordinário, entre os quais se inclui o direito processual civil, de forma independente à Constituição, afinal a superposição entre direito ordinário e direito constitucional seria um mal a ser debelado pela metodologia jurídica.

Por fim, os legalistas entendem que, em face da Constituição, deve-se conferir ao legislador eleito democraticamente a maior autonomia possível. Rejeitam, portanto, o reforço substancial da função desenvolvida pelas cortes constitucionais, no controle de constitucionalidade das leis. Desejam afastar o perigo de o direito legislado se converter, de maneira excessiva, em direito jurisprudencial. Se consideram indesejável a atuação das cortes constitucionais, na fiscalização de constitucionalidade, com muito mais razão tomam por nefasta a intromissão dos juízes ordinários, apoiados nos princípios da Constituição, no exame de constitucionalidade das normas dos Códigos.

De acordo com o que propõe o constitucionalismo, não podem ser afastadas as valorações na argumentação jurídica, na medida em que elas são exigidas pelas colisões de princípios. Logo, além da subsunção, são necessárias ponderações para a aplicação do direito, quando houver normas com estrutura de princípios pertinentes ao caso.

Ainda conforme o constitucionalismo, todo o direito ordinário deve ser interpretado à luz da Constituição, por ser o fundamento de validade formal e material de todo o ordenamento jurídico. Como consequência da supremacia da Constituição e do reconhecimento da normatividade dos princípios, seria inevitável reconhecer alguma ascensão do poder judiciário em relação ao legislativo, tendo em

vista que a constitucionalidade de todo o direito legislado pode ser examinada pelos juízes.

Como se disse anteriormente, é necessário conhecer a estrutura do sistema jurídico, a fim de que se possa fazer uma opção fundamentada entre legalismo e constitucionalismo. As posições legalistas compreendem o ordenamento jurídico como um sistema de regras. Para os constitucionalistas, além das regras, o sistema jurídico apresenta normas com estrutura de princípios.

O sistema jurídico formado apenas por regras teria a vantagem de aumentar a vinculação do juiz ao direito legislado, que seria um direito estruturado por mandamentos definitivos, os quais, uma vez que lhes sejam preenchidos os supostos fáticos de aplicação, incidem sem maiores complicações, desde que sejam válidos. Quanto mais detalhista fosse um tal sistema jurídico composto apenas por regras, maior seria a segurança jurídica proporcionada. Ademais, no sistema jurídico puro de regras, não haveria necessidade de ponderações, pois todas as normas seriam mandamentos definitivos.

A versão do positivismo jurídico defendida por Hart, assim como a de Kelsen, pode ser considerada como um exemplo dessa teoria do sistema jurídico formado apenas por regras. Não existe uma relação necessária entre positivismo jurídico e a concepção do ordenamento jurídico como um modelo puro de regras.¹⁸⁸ Contudo, em face do prestígio outrora exercido pelas doutrinas positivistas normativistas, costuma-se tomá-las como alvo preferencial das críticas.

Conceber o ordenamento jurídico como um modelo puro de regras importa a assunção de que, nos casos mais controversos, o juiz tenha de recorrer a elementos metajurídicos para formar seu convencimento, uma vez que não seria possível inferir uma decisão apropriada das normas jurídicas válidas, da rede de precedentes, ou da dogmática jurídica.

As normas com estrutura de regras são insuficientes para prover soluções para todos os casos jurídicos, por razões de diversa ordem. Do ponto de vista histórico, considerando que as regras têm sentido retrospectivo, não se pode esperar de um

¹⁸⁸ Nesse sentido, v. MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldés Barcelos, São Paulo: Martins Fontes: 2006. p. 121 *et seq.*

ordenamento composto somente regras soluções para os problemas jurídicos decorrentes de novos fatos sociais. Sob o prisma metodológico, as regras são insuficientes, porque não existem critérios realmente seguros para indicar qual dos cânones de interpretação deve prevalecer.¹⁸⁹

Na doutrina do positivismo normativista, as dificuldades envolvidas na aplicação das regras são tergiversadas com o recurso ao voluntarismo judicial. Em face da textura aberta (*open texture*) das normas jurídicas,¹⁹⁰ ou nos limites compreendidos na moldura normativa,¹⁹¹ admitir-se-ia a legislação intersticial do juiz. Os direitos dos jurisdicionados seriam decididos por um ato de vontade, no espaço aberto deixado pela indeterminação inerente ao sistema de regras. Referida perspectiva voluntarista, infensa a critérios de racionalidade prática, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, acarretando problemas de legitimidade de atividade jurisdicional.

Imperioso, portanto, abandonar a ideia do modelo puro de regras.¹⁹² É necessário que, além das regras, o sistema jurídico conte com padrões jurídicos com estrutura de princípios. Substitui-se, então, o modelo puro de regras pelo modelo combinado de regras e princípios, como descrição estruturalmente adequada do sistema jurídico.

Os princípios jurídicos, nos casos controversos, são critérios normativos vinculantes para quem está encarregado de decidir. Dessa forma, todos os casos jurídicos, por mais difíceis e intrincados que sejam, deixam-se decidir com apoio em padrões jurídicos obrigatórios. Com isso, descarta-se por completo a doutrina positivista da discricionariedade judicial. Em qualquer caso jurídico, as decisões judiciais devem ser justificadas racionalmente, com base na ordem jurídica válida.

A aplicação das normas com estrutura de princípios implica o procedimento da ponderação. Sem dúvida, se se adotasse um sistema puro de princípios, a aplicação judicial do direito se tornaria bastante problemática, em razão do maior grau de indeterminação de conteúdo das normas principiológicas.

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. ob. cit., 1991. p. 19.

¹⁹⁰ HART, H. L. A., *The concept of law*. 2. ed., New York: Oxford, 1997. p. 128.

¹⁹¹ Kelsen, Hans, *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 390.

¹⁹² Nesse sentido, v. ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 106-117.

Quem considera, de maneira açodada, que todos os direitos fundamentais são normas-princípios acaba por compartilhar as deficiências do sistema puro de princípios. Considerar que todos os direitos e garantias fundamentais são princípios conduz à deturpação do direito positivo, que conta com direitos fundamentais com estrutura de regras. Além do mais, se todas as normas jusfundamentais fossem princípios, perderia valor a teoria das restrições de direitos fundamentais. Tudo se resolveria apenas com base em ponderações.

No sistema jurídico de regras e princípios, procura-se conjugar a segurança jurídica das regras, com o caráter fundamentador dos princípios. Com base nos princípios, supre-se a indeterminação das regras no que diz respeito aos casos duvidosos. A presença das regras, por sua vez, permite maior definição das hipóteses de aplicação do direito.

Se dois ou mais princípios estão, em uma situação fática particular, em relação de contrariedade, é necessário lançar mão do procedimento da proporcionalidade, a fim de se definir qual princípio, ou grupo de princípios, prevalecerá. Se uma regra diminui as possibilidades jurídicas de realização de um princípio, é necessário aplicar o procedimento da proporcionalidade, para saber se a restrição é proporcional ou não.

O entendimento segundo o qual o ordenamento jurídico compõe-se apenas de regras e princípios, sobejamente superior à explicação calcada no modelo puro de regras, ainda não é suficiente para uma compreensão adequada do sistema jurídico.

Além dos padrões normativos com estrutura de regras e de princípios, devem ser considerados os procedimentos de aplicação desses padrões.

A respeito, Alexy observa que:

Nem os princípios nem as regras regulam por si mesmos sua aplicação. Eles representam somente o lado passivo do sistema jurídico. Se se quer obter um modelo completo, há que se agregar ao lado passivo um ativo, referido ao procedimento de aplicação das regras e dos princípios. Portanto, os níveis das regras e dos princípios têm que ser completados com um terceiro nível.¹⁹³

¹⁹³ Robert, Alexy, ob. cit., 2004. p. 173. Traduziu-se. No original: “Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan sólo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al

Logo, a estrutura do sistema jurídico compõe-se por regras, princípios e procedimentos. Os procedimentos podem ser utilizados com o objetivo de assegurar racionalidade à aplicação dos padrões jurídicos com estrutura de regras e princípios. Em outro sentido, existem os procedimentos que regulam a produção institucionalizada do direito, como os procedimentos legislativos. Existem ainda os procedimentos que regulam a atuação dos sujeitos processuais na marcha do processo, são os procedimentos judiciais. O terceiro nível do sistema jurídico é composto pelos procedimentos da argumentação jurídica.

O procedimento da proporcionalidade é jurídico, pois é composto por normas jurídicas. Como procedimento jurídico, é obrigatório. Porém, além desse aspecto deontológico, a proporcionalidade pode ser vista sob o ângulo argumentativo, afinal os mandados da proporcionalidade impõem certa estrutura argumentativa a ser observada no caso de colisão de princípios, ou restrição de princípios através de regras.

Compreendida a composição do sistema jurídico, que segue o modelo de regras, princípios e procedimentos, é possível justificar a assertiva pela qual a proporcionalidade decorre da estrutura do sistema jurídico democrático.

Através de uma teoria procedimental da argumentação jurídica, são formuladas normas de racionalidade prática, cuja observância serve para avaliar os resultados racionais do discurso jurídico.¹⁹⁴ Como a aplicação do direito também envolve a aplicação de princípios, deve-se ter em mente o problema relativo à justificação racional das valorações, dos juízos de valor que são realizados, a fim de se definir qual princípio tem maior importância no caso concreto. Os procedimentos da argumentação jurídica servem, precisamente, para conferir racionalidade às valorações adicionais à lei, à jurisprudência judicial e à dogmática jurídica.

Apoiando-se no conceito segundo o qual o sistema jurídico possui três níveis, que correspondem aos níveis das regras, dos princípios e dos procedimentos, é

procedimiento de las reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel".

¹⁹⁴ALEX, Robert, ob. cit., 1991. p. 357, "As regras e formas do discurso jurídico formam com isso um critério para a correção das decisões jurídicas". Traduziu-se. No original: "*Die Regeln und Formen des juristischen Diskurses bilden damit ein Kriterium für die Richtigkeit juristische Entscheidungen.*"

possível retornar à discussão entre constitucionalismo e legalismo, oferecendo-se algumas conclusões.

O primeiro ponto de disputa entre constitucionalistas e legalistas diz respeito sobre a relação entre normas e valores.

Confundir normas com valores não acrescenta nada à correção da argumentação jurídica. Trata-se de conceitos diferentes. O discurso sobre normas jurídicas envolve valorações, juízos de valor. Quando se afirma, no caso de uma colisão de princípios, que o princípio P_1 deve prevalecer diante do princípio P_2 , porque aquele é mais importante do que este, faz-se um juízo de valor. Quando, na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, ordena-se uma ponderação entre vantagens e desvantagens, impõe-se a realização de juízos de valor. Existe uma grande diferença entre afirmar que normas são valores e reconhecer que a aplicação das normas jurídicas pode estar acompanhada de juízos de valor.

As normas, se válidas, são obrigatórias, estabelecem o que é devido para todos. Quanto aos valores, não se pode dizer que são “devidos” para todos. Os valores ensejam preferências compartilhadas intersubjetivamente. Alguém adere a um valor, porque o considera bom, não porque é devido. Apenas uma visão ética absolutista poderia asseverar uma ordem substantiva de valores a ser imposta juridicamente para todos os membros da sociedade, desrespeitando-se o pluralismo inerente às sociedades contemporâneas.

Por isso, Habermas aponta como critério de diferenciação entre normas e valores o caráter de obrigatoriedade (*Verbindlichkeit*).¹⁹⁵ As normas são absolutamente obrigatórias, pois valem para toda a sociedade. Os valores são relativamente obrigatórios, pois existem valores adotados por alguns segmentos sociais, ao mesmo tempo em que são desprezados por outros.

Para alguns constitucionalistas, haveria algo como uma tríade normativa, composta por regras, princípios e valores.¹⁹⁶ Trata-se de uma versão do constitucionalismo excessivamente forte. Melhor do que considerar que os valores têm valor normativo é compreender que, na argumentação jurídica, são inafastáveis

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen, ob. cit., 1998. p. 311.

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo, ob. cit., 2004. p. 630.

as valorações, sobre as quais é possível conduzir uma discussão de cunho racional. Essa versão constitucionalismo pode ser definida como moderada.¹⁹⁷

Consoante o constitucionalismo moderado, portanto, as ponderações são estruturadas racionalmente, de modo que não se abre espaço para o arbítrio judicial na definição do que é devido de acordo com o ordenamento jurídico válido.

A subsunção, operação pela qual se encaixa a premissa menor (premissa fática) na premissa maior (premissa normativa), não é suficiente para caracterizar o processo de aplicação do direito. A decisão jurídica final pode ser descrita com a estrutura do silogismo normativo, ocorre que a maior dificuldade na busca da decisão jurídica reside justamente em definir o conteúdo das premissas a serem aplicadas. Para conhecer qual premissa normativa deve regular o caso concreto, pode ser necessário o recurso ao procedimento da proporcionalidade, se houver uma colisão de princípios.

A relação entre direito constitucional e princípios jurídicos é bastante estreita, porquanto é possível encontrar, no texto constitucional, inúmeras disposições de princípio. Os princípios podem ser materiais, caso ordenem a otimização de um bem jurídico. Podem ser formais, quando referidos a algum procedimento, ou competência. O princípio da igualdade constitui um exemplo dos princípios materiais. Exemplo de princípio formal de manifesta clareza é encontrado no princípio da normação social pelo legislador competente.

A colisão dos princípios definidores de direitos fundamentais com o princípio formal da competência de decisão do legislador legitimado democraticamente,¹⁹⁸ como qualquer colisão de princípios, demanda ponderações.

Em determinados casos, pode prevalecer a competência decisória do legislador, pois seria um erro considerar que a tarefa legislativa se resumiria a declarar conteúdos implícitos na Constituição, de forma que não restaria espaço para a decisão do legislador. Em outros casos, como se é de esperar, o princípio formal de decisão do legislador esbarra no âmbito protegido de princípios materiais, sendo deslocado por estes.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert, ob. cit., 2004. p. 176-177.

¹⁹⁸ Ibid, 2004. p. 176.

As ponderações envolvendo princípios materiais e o princípio formal de competência do legislador servem para refutar a objeção segundo a qual o direito legislado poderia, pela via do controle de constitucionalidade, converter-se em direito jurisprudencial, ou direito dos juízes. Afinal, em certos casos deve prevalecer a competência de decisão do legislador.

Ademais, a relação entre direito constitucional e direito ordinário também se deixa resolver com o auxílio da teoria dos princípios. É certo que o direito ordinário deve ser interpretado com base na Constituição, a que correspondem os fundamentos de validade formal e material do ordenamento jurídico. Isso, contudo, não significa que todo o direito ordinário será envolvido no jogo de razões e contrarrazões que caracteriza a colisão de princípios.

Da mesma forma que existe uma diferença entre casos atuais e potenciais de direitos fundamentais, pode ser aventada a distinção entre casos atuais ou potenciais de colisão de princípios. O princípio formal de competência do legislador fundamenta a presunção de constitucionalidade do direito ordinário.

A compreensão adequada da relação entre direito constitucional e direito ordinário está na base da aplicação devida do procedimento da proporcionalidade. Propugna-se o constitucionalismo moderado, de modo a afastar o que seria uma aplicação desmedida da proporcionalidade. O uso da proporcionalidade deve ser proporcional.

Realmente, longe está a proporcionalidade de ser um instrumento de abertura ao voluntarismo judicial, ou à usurpação de competência do legislador eleito democraticamente.

O procedimento da proporcionalidade representa, importa ressaltar, verdadeira garantia fundamental, com o auxílio da qual se busca a otimização dos princípios jurídicos do ordenamento jurídico. Onde houver ponderação de normas jurídicas com estrutura de princípios, impõe-se a aplicação da proporcionalidade como procedimento racional de controle de algumas valorações inerentes ao sistema jurídico de três níveis.

II. TUTELA ANTECIPADA NO CONTEXTO JUSFUNDAMENTAL DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

4 O PROCESSO NA PERSPECTIVA DO DIREITO MATERIAL

Os problemas jurídicos particulares que constituem objeto da dogmática jurídica processual devem ser resolvidos à luz de uma compreensão devida da relação entre o direito e o processo.

A discussão metodológica atual da ciência jurídica processual, com base na qual este trabalho será desenvolvido, envolve a indagação sobre a influência do direito material sobre o direito processual. Para isso, proceder-se-á ao exame do relacionamento que se estabelece entre as normas materiais e as normas processuais.

Uma vez assentada a noção complementaridade entre os planos substancial e processual do ordenamento jurídico, bem como havendo sido especificado em que consiste essa relação de complementação, convém fazer uma breve referência aos estágios metodológicos que caracterizam o desenvolvimento do estudo relativo ao direito processual, expediente que permitirá, entre outros aspectos, a apresentação dos traços principais da fase da instrumentalidade do processo, que fundamenta a pesquisa do direito processual na ótica das situações jurídicas substanciais.

Conceber o processo a partir das contribuições do período metodológico da instrumentalidade conduz ao enfrentamento do problema da efetividade processual. É um ideal, nutrido sobretudo pelos consumidores do serviço judiciário, que o processo confira ao litigante que tenha razão exatamente tudo aquilo que ele tenha o direito de obter.

Desse modo, afigura-se de bom alvitre aos estudiosos do direito processual investigar o tema da tutela dos direitos, em particular a tutela dos direitos realizada através do processo jurisdicional, ou tutela jurisdicional dos direitos.

O processo tenderá a produzir os resultados que dele se espera se estiver estruturado de acordo com técnicas processuais adequadas aos direitos materiais sobre os quais as partes controvertem, bem como se puder ajustar-se à infindável variedade das condições fáticas que subjazem às situações de direito material deduzidas em juízo.

Por essa razão, tenciona-se adiante expor certas noções relativas aos significados de técnica processual, o que se completará com a exemplificação de algumas técnicas processuais. Se se propõe compreender o processo na perspectiva do direito material, nada mais lógico do que ter presente a imbricação entre técnicas processuais e efetivação do direito material.

Mais do que simples aspiração da sociedade, a efetividade processual é exigência do modelo normativo traçado pela Constituição sobre o processo. Justifica-se, portanto, o interesse pelas bases constitucionais do processo, que pressupõem, na maioria dos países ocidentais, a positivação dos princípios jurídicos da fórmula política do Estado Democrático de Direito.

Objetiva-se mostrar com clareza a superação das concepções legalistas, tendo em vista o anacronismo do Estado liberal clássico, observando-se, no âmbito da democracia constitucional, a afirmação do primado da constitucionalidade.

Não se pode negar que a formulação de um modelo constitucional do processo, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, guarda algumas relações com o que se poderia entender por “processo justo”. Observa-se que os diplomas internacionais que apresentam os fundamentos principiológicos básicos do direito processual recebem a devida guarida nas democracias constitucionais.

Assim, busca-se evidenciar que as concepções relativas à justiça do processo devem ser fundamentadas, em se tratando do direito de determinado país, a partir do que prescreve a Constituição, da qual fazem parte os princípios processuais constitucionais. A conformação desses princípios processuais constitucionais, nas sociedades pluralistas, não se baseia em vagas ideias de justiça suprapositivas, mas na interação comunicativa dos cidadãos, balizada por procedimentos, alguns deles judiciais, que devem ensejar oportunidades de participação aos jurisdicionados, conforme imperativo constitucional.

4.1 Normas materiais e normas processuais

Nos ordenamentos jurídicos, constata-se facilmente que existem normas de diversos tipos, as quais podem ser agrupadas de acordo com diferentes critérios classificatórios. Dentre esses critérios, convém destacar a diferenciação existente

entre normas de direito material e normas de direito processual.¹⁹⁹ A compreensão adequada da relação entre os dois grupos de normas mencionados revela-se como um dado indispensável para qualquer investigação contemporânea desenvolvida pelos processualistas.

As normas de direito material prescrevem direitos e obrigações respeitantes aos bens da vida, estabelecendo padrões de comportamento com base nos quais são regulados interesses individuais, coletivos ou difusos.

Diante das previsões normativas do direito material, pode-se observar ora seu cumprimento espontâneo, ora seu descumprimento. Faz parte da própria natureza de dever-ser presente no fenômeno jurídico a possibilidade de sua violação, de modo que não seria recomendável a positivação de normas de direito substancial desacompanhada da correspondente positivação de outro tipo de normas destinado a promover a realização do direito material, mesmo contra a vontade daquele de quem se espera o adimplemento da obrigação, ou cumprimento do dever.²⁰⁰

Assim, ao lado das normas de direito substancial, existem as normas de direito processual, que disciplinam a função desenvolvida pelo Estado para a composição dos litígios que lhe são trazidos, em geral, pelos que afirmam serem titulares de uma posição de direito material.

Definem as normas de direito processual o método empregado pela jurisdição na solução de conflitos jurídicos, as condições que o interessado deve observar para movimentar o judiciário, bem como os diversos institutos de que se valem as partes

¹⁹⁹ Seguindo-se a terminologia utilizada por HART, H. L. A., ob. cit., 1997. p. 79-99, a diferença entre normas materiais e normas processuais pode ser apresentada, respectivamente, nos mesmos termos da diferença entre normas primárias (*primary rules*) e uma espécie de normas secundárias (*secondary rules*), as normas de julgamento (*rules of adjudication*).

²⁰⁰ Como observa FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2001. p. 95, “qualquer ordenamento é composto, pelo menos, por normas que, distribuindo os deveres, realizam a cooperação entre mais sujeitos para determinados fins. Progredindo em complexidade e perfeição, um ordenamento pode compreender também normas que entram em jogo quando as primeiras sejam eludidas por comportamentos da sociedade, a saber, normas disciplinadoras de condutas que, de algum modo, reajam, reparem aquela inobservância”. Traduziu-se. No original: “qualsiasi ordinamento è composto, almeno, dalle norme che, distribuendo i compiti, realizzano la cooperazione fra più soggetti per determinati fini. Progredendo in complessità e perfezione, un ordinamento può comprendere anche norme che entrano in gioco quando le prime siano eluse dai componenti della società; e, cioè, norme disciplinatrici di condotte che, in qualche modo, reagiscano, riparino quella inosservanza”. Dentre as normas que incidem quando as normas materiais sofrem violação ou ameaça de violação, destacam-se as normas processuais, havendo apenas excepcionalmente normas que autorizam a autotutela.

e o juiz para o desempenho de suas atividades nos quadrantes do processo, razão pela qual também podem ser chamadas, adotando-se linguagem mais precisa, de normas jurisdicionais.²⁰¹

Assim, as normas processuais, ou normas formais, são dinâmicas, porque regulam o proceder da função jurisdicional do Estado, ao passo que as normas substanciais são estáticas, demandam a existência de normas processuais, quando houver seu descumprimento ou ameaça de descumprimento.

O direito material, sem o direito processual, consistiria em um sistema jurídico cuja efetividade ficaria ao livre alvedrio dos destinatários de seus comandos, não havendo meios de reparar ou evitar o descumprimento de suas prescrições reguladas juridicamente. Por sua vez, o direito processual, no caso meramente especulativo de inexistirem normas substanciais, seria inútil, uma vez que os processos se desenvolvem, em linhas gerais, tendo como pano de fundo interesses relativos a disposições de direito material.

Verifica-se, portanto, que os planos que compõem os ordenamentos jurídicos, precisamente os planos material e processual, exigem-se mutuamente, formam uma unidade indissolúvel, circunstância que não se pode perder de vista quando da análise de ambos.

O direito processual, em relação ao direito substancial, exerce função complementar ou auxiliar,²⁰² afinal as normas processuais são engendradas, levando-se em consideração, de modo geral, a finalidade de resolver os conflitos advindos do descumprimento das normas de direito substancial, ou quando se verifica o perigo de lesão dos direitos materiais.

A relação da complementaridade das normas processuais em face das normas materiais manifesta-se na instrumentalidade, de modo que o direito processual é um direito instrumental.²⁰³ Por as normas processuais serem instrumentais em relação à

²⁰¹ Ibid., 2001. p. 98-99.

²⁰² Ibid., 2001. p. 99.

²⁰³ Sobre o caráter instrumental do direito processual, LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1. p. 59, ressalta: “são instrumentais também os interesses que encontram no direito processual a sua tutela imediata, ou seja, os interesses que têm por objeto a prolação dos provimentos judiciais e, através deles, a proteção dos direitos ou interesses subjetivos substanciais”.

situação jurídica substancial, todos os institutos que compõem o direito processual devem ser interpretados de acordo com as necessidades do direito material.

4.2 Fases metodológicas do direito processual

Distinguem-se três períodos na evolução metodológica do direito processual: sincretismo, autonomia e instrumentalidade.²⁰⁴

Na fase do sincretismo, o direito processual era visto como simples adjetivo em relação ao direito substancial. A falta de distinção entre o direito material violado e o direito de ação, característica da teoria imanentista da ação, de acordo com a qual a ação seria o próprio direito substantivo violado em estado de reação, assim como a não percepção da diferença entre a relação jurídica material controvertida e a relação processual, servem para indicar a postura metodológica sincrética, que não permitiu a devida elaboração científica do direito processual, visto de forma demasiadamente subordinada ao direito material.

Na segunda metade do século XIX, os estudos sobre o direito processual ingressaram na fase autonomista, em que despontava a preocupação de desenvolver a dimensão analítica, ou conceitual, da dogmática jurídica processual, condição indispensável para que os institutos processuais pudessem ser discutidos a partir de uma perspectiva científica.

Sob o influxo renovador da doutrina processual alemã,²⁰⁵ propôs-se o caráter abstrato do direito de ação, desenvolveram-se teorias sobre a natureza do processo como relação jurídica, explicaram-se-lhe os pressupostos, tudo com o objetivo de conferir autonomia científica ao direito processual, para o que se julgou necessário, tanto quanto possível, promover o isolamento dos institutos processuais em face do direito material.

Deve-se ao exacerbamento da fase conceitual do direito processual o aparecimento de posturas formalistas, voltadas exclusivamente para a realidade do processo, como se fosse uma realidade em si mesma.

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 17 e ss.

²⁰⁵ As contribuições de Windscheid, Muther, Bülow, Degenkolb e Wach são analisadas por CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 10 e ss.

A fase metodológica da instrumentalidade, sem abrir mão dos progressos realizados na dimensão analítica da ciência jurídica processual, volta suas atenções para as relações entre processo e direito substancial, logo para a exigência de os instrumentos processuais se adequarem às peculiaridades do direito material, com vistas a proporcionar resultados práticos e efetivos aos consumidores do serviço jurisdicional, na perspectiva abrangente do acesso à justiça,²⁰⁶ em que deve haver a preocupação com a igualdade real entre os litigantes, acarretando-se a expansão dos poderes conferidos ao juiz.

Fazem parte do período da instrumentalidade as chamadas ondas renovatórias do processo: i) melhoria da assistência judiciária aos necessitados; ii) tutela dos interesses difusos e coletivos; iii) simplificação e racionalização de procedimentos, modificação na estrutura do judiciário, promoção de meios alternativos de solução dos conflitos, entre outros aspectos.²⁰⁷ Além disso, cabe enfatizar a importância do desenvolvimento de estudos acerca dos fundamentos constitucionais do processo, logo de sua dimensão constitucional.²⁰⁸

A instrumentalidade do processo encerra um duplo sentido, podendo ser encarada sob o aspecto negativo, ou sob o aspecto positivo.²⁰⁹

Do ponto de vista negativo, a instrumentalidade processual consiste no reconhecimento de que o processo não é uma realidade em si mesma, independente em face das necessidades do direito material.

Sob o ângulo positivo, a instrumentalidade do processo indica que o sistema processual deve ser concebido e manejado tendo em vista a ideia reguladora da

²⁰⁶ Segundo CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 12, “O acesso à justiça pode [...] ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. ob. cit., p. 31 e ss.

²⁰⁸ Para ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 58, o estudo do caráter constitucional do processo integraria os domínios do chamado direito constitucional processual, denominação que julga mais adequada para identificar “o conjunto de normas constitucionais que traçam o perfil constitucional da jurisdição”, ao passo que o direito processual constitucional cuidaria apenas do processo constitucional (p. 57). No entender de GUERRA FILHO, Willis Santiago, ob. cit., 2001. p. 13, nota 5, não convém a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional, “visto que o primeiro, sim, pode vir a ser considerado como um novo ramo do Direito Processual [...], enquanto de um Direito Constitucional Processual (ou Civil, ou Penal etc.) só se pode falar em um sentido metafórico”.

²⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2005. p. 326.

efetividade, de acordo com a qual o processo deve atingir, da melhor maneira possível, os seus fins, ou seus escopos.

Ao afirmar-se que o processo deve mostrar-se apto ao alcance de certos fins, evidencia-se o entendimento, próprio da fase metodológica atual do direito processual, pelo qual o processo não deve ser examinado apenas internamente, mas também, com especial cuidado, no seu aspecto externo, por constituir um fenômeno de implicações jurídicas, políticas e sociais.

De fato, espera-se do processo, em apertada síntese, além do escopo jurídico de afirmação do conteúdo dos textos jurídico-normativos, que sejam alcançados os escopos sociais de pacificação e educação dos jurisdicionados, assim como reste satisfeito o escopo político de preservação dos direitos das pessoas, oferecendo-se-lhes ainda a possibilidade de participação através do processo.²¹⁰

Dizer, contudo, que o processo, por não se confinar em uma dimensão meramente técnica, deve atingir diversos fins não é suficiente, se não se atenta para a circunstância elementar de que esses escopos podem entrar em conflito.

É preciso, então, ressaltar a visão constitucional do processo, buscando-se em uma teoria dos direitos fundamentais, à qual se associa o procedimento da proporcionalidade, elementos metodicamente mais bem estruturados para os conflitos entre padrões jurídicos pertinentes ao direito processual.

Desse modo, avança-se no controle racional das decisões judiciais controversas, que devem solucionar questões difíceis, como são aquelas em que se deve apontar que padrões jurídicos com estrutura de princípio devem prevalecer.

4.3 Efetividade processual e tutela dos direitos

Compreender que o processo é sobretudo um instrumento de solução das controvérsias relativas ao plano substancial do sistema jurídico implica o reconhecimento de que deve ser eficaz do ponto de vista social, garantindo aos jurisdicionados a possibilidade de exercício efetivo de suas posições de direito substancial.

²¹⁰ Sobre os escopos do processo, v. DINAMARCO, ob. cit., 2005. p. 181 e ss.

Como técnica de solução de conflitos, o processo, informado pelos princípios jurídicos e morais da democracia constitucional, deve permitir aos que deles se servem a proteção do conjunto integral de direitos que lhes pertencem, como condição indispensável para o equilíbrio social, bem como para a legitimidade da atuação do Estado na administração da justiça.

Um mínimo de eficácia social, ou de efetividade, é condição indispensável para a validade jurídica de qualquer norma²¹¹ e, portanto, do ordenamento jurídico, considerado globalmente. Se se trata de um ordenamento jurídico, a exemplo do brasileiro, regido por uma Constituição democrática, a efetividade dos direitos é um objetivo a ser alcançado de forma ótima, de modo que o Estado, através de todas as funções que desempenha, está vinculado à realização concreta dos direitos das pessoas que nele se encontram.²¹²

Dentre os deveres do Estado na promoção da efetividade dos direitos, cabe mencionar o dever dos legisladores de reformar a legislação processual, sempre que necessário ao atendimento dos direitos e garantias fundamentais, assim como o dever dos juizes de interpretar o direito processual de forma mais propícia à promoção da tutela jurisdicional efetiva.

Decorre da positivação dos direitos a possibilidade, consideradas as normas primárias em sua totalidade, de aplicação de sanção externa e institucionalizada, em caso de sua violação.²¹³

Dessa forma, a simples previsão de um direito no plano substancial do ordenamento jurídico já pode ser considerada uma forma de tutela dos direitos: se uma norma tem positividade, todos os seus destinatários devem cumpri-la.

Além da tutela²¹⁴ dos direitos no plano substancial do ordenamento, observa-se a tutela dos direitos no processo,²¹⁵ em cujo âmbito será aplicada a sanção jurídica,

²¹¹ Kelsen, Hans, ob. cit., 2000. p. 12.

²¹² Para BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006a. p. 17, “A tarefa principal do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também de garantir sua satisfação”.

²¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 159 e ss.

²¹⁴ DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 4. ed. Giuffrè: Milano, 2003. p. 2, destacam-se duas noções sobre o significado de tutela. De acordo com uma noção mais ampla, a tutela designa a

bem como serão adotadas as medidas judiciais adequadas, necessárias e proporcionais ao atendimento dos direitos das partes.

A efetividade do direito material, no sentido de eficácia social, pode ser concretizada de duas formas diferentes.

Uma dessas formas se manifesta quando os destinatários da norma jurídica, de forma voluntária ou consensual, realizam o comando previsto nas normas de direito material. A outra forma da efetivação do direito substancial se dá através da imposição, de caráter coativo, do direito devido pelo órgão jurisdicional.

Se as normas foram cumpridas espontaneamente, a tutela dos direitos pelo plano material mostrou-se suficiente. Se se verifica justamente o contrário, sendo os direitos previstos no plano substancial lesados, a tutela dos direitos poderá ser prestada pelo Estado, através do processo, no desempenho de sua função jurisdicional.

Considerando que o descumprimento das previsões normativas é fenômeno que se verifica com certa frequência, tendo em vista ainda que são insuficientes os meios consensuais de solução de conflitos, a efetividade do direito material depende da tutela jurisdicional, a qual deve implicar o uso adequado, necessário e proporcional das técnicas processuais, já que não basta o acesso a uma tutela jurisdicional qualquer, exige-se que a tutela jurisdicional seja efetiva.

Portanto, em última análise, a efetividade do ordenamento jurídico depende da existência de um processo efetivo, que supõe a capacidade do sistema processual de prover os sujeitos processuais de instrumentos ou técnicas processuais idôneos ao atendimento da tutela jurisdicional efetiva.

O processo será efetivo, havendo lesão a direito, quando proporcionar, sem dilações indevidas, à parte que tenha razão, tanto quanto possível, o mesmo

própria ordem normativa, o conjunto sistemático de normas de conduta que integram um ordenamento jurídico. Pela noção mais estreita, a tutela indica os direitos subjetivos, ou, de forma mais ampla, as situações subjetivas, que derivam da relação de um sujeito com as normas de um ordenamento jurídico.

²¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 25, conclui que “a tutela dos direitos é fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento. Pode ela ocorrer dentro ou fora do processo, isto é, mediante intervenção estatal – pelo exercício da jurisdição – ou não. Daí falar-se, nessa segunda hipótese, em *tutela jurisdicional dos direitos*, isto é, a tutela dos direitos mediante o exercício da jurisdição”. Grifo no original.

resultado que teria obtido, caso não houvesse ocorrido a violação do direito. No caso de ameaça de lesão a direito, o processo será efetivo, quando se mostrar apto a afastar prontamente o perigo de lesão a direito.

4.4 Técnica processual

Apresenta-se como condição de possibilidade para a efetividade processual, a utilização da técnica processual idônea. Examinar-se-á, em seguida, o que se entende por “técnica processual”. Estabelecidos alguns significados dessa expressão, as atenções serão voltadas para a indicação de algumas técnicas processuais.

4.4.1 Noções de técnica processual

A expressão “técnica processual” abrange significados distintos, embora relacionados entre si, uma vez que se reconduzem ao referencial metodológico da instrumentalidade do processo. Convém mencioná-los, como condição de clareza do discurso jurídico-teórico aplicado ao direito processual.

O processo, como método de atuação da função jurisdicional do Estado, tem inegável caráter técnico, devido à sua natureza instrumental. Logo, um dos sentidos albergados pela expressão “técnica processual” vem a ser o próprio processo.

Como consequência da visão instrumental do processo, reconhece-se que o processo deve ser efetivo, deve corresponder às necessidades do plano material do ordenamento jurídico, está condicionado ao atendimento de escopos bem definidos.

Para que o processo seja efetivo, apto a atingir às finalidades em razão das quais foi concebido, deve ser regulado por uma série de técnicas processuais.²¹⁶

Os diversos instrumentos processuais através de cuja utilização o processo nasce, desenvolve-se e extingue-se podem ser vistos como técnicas processuais.

²¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2005. p. 275, “Técnica processual é, nessa ótica, a *predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais*. Essa é, intencionalmente, uma conceituação teleológica da técnica, não valendo a pena a busca de uma definição puramente *técnica* da técnica, ou seja, definição só introspectiva, cega para os propósitos do sistema”. Grifo no original.

Tomam-se, de resto, como técnicas processuais os institutos processuais, as figuras jurídicas reguladas por um complexo de normas processuais.

Por outro lado, por “técnica processual” pode-se entender a atividade de interpretação dos institutos processuais.²¹⁷

A interpretação do direito processual, em consonância com o estágio metodológico atual da ciência processual e com uma compreensão adequada dos princípios processuais constitucionais, pressupõe um dimensionamento equilibrado do papel a ser desempenhado pela forma no processo.

Sem dúvida, certo grau de formalismo é indispensável à efetividade do processo, pois a tutela jurisdicional efetiva não prescinde da segurança jurídica, que é proporcionada pela forma. O que não se justifica, no quadro da tutela efetiva dos direitos por meio do processo, é o ato de conferir peso excessivo aos padrões jurídicos formais derivados da segurança jurídica, porquanto uma visão que dê exagerada importância à forma do processo e dos institutos processuais, em nome da segurança jurídica, acaba por obscurecer a feição teleológica das técnicas processuais, invertendo a ordem das coisas, ao tornar os meios para a obtenção de algo em fins em si mesmos.

Assim, a busca pelo equilíbrio entre segurança e rapidez, a ser viabilizada pelo procedimento da proporcionalidade, deve sempre presidir a inteligências das normas processuais.

Tendo presente a instrumentalidade do processo para com o direito material, propugna-se uma técnica de interpretação das normas processuais que confira ao litigante que possua razão real proveito prático de sua posição jurídica, rejeitando-se interpretações puramente formalistas, que seriam resquícios insepultos da fase autonomista do processo.

4.4.2 Algumas técnicas processuais

O processo é estruturado em procedimentos, que o exteriorizam. Cada procedimento, ou *modus operandi* do processo, desempenha a função de regular a

²¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 74.

interação dos sujeitos processuais, promovendo-se o controle de racionalidade das decisões do órgão jurisdicional, bem como representa, dada sua natureza instrumental, um tipo de técnica processual, na medida em que deve ser adequado à tutela dos direitos materiais.²¹⁸

Por sua vez, as ações também constituem técnicas processuais, pois são instrumentos postos à disposição dos jurisdicionados, através de cuja utilização podem servir ao alcance de determinados efeitos relativos a situações de direito substancial.

Como medidas de irresignação da parte que deseja impedir ou afastar efeitos desfavoráveis de um provimento jurisdicional, também os recursos apresentam-se como técnicas processuais.

Como problema correlato ao das ações, apresenta-se o da classificação das sentenças, afinal as ações são propostas com vistas ao provimento decisório final do juiz. Observa-se que as sentenças, a depender de sua natureza, podem ou não satisfazer, sem alteração no plano empírico, os interesses do sujeito processual ativo, logo são autossuficientes ou não-satisfativas.²¹⁹

As sentenças declaratórias e constitutivas são classificadas como autossuficientes, já que não demandam atos materiais posteriores para que o autor veja sua pretensão realizada.

A seu turno, as sentenças condenatória em sentido estrito, executiva e mandamental são classificadas entre as sentenças de mérito não-satisfativas,²²⁰ não são suficientes para a satisfação da pretensão do sujeito processual ativo, por

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 145, "O procedimento, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material. Em outros termos, deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos".

²¹⁹ *Ibid.*, 2004. p. 149-150.

²²⁰ De acordo com GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 48, seria um equívoco a classificação quinária das sentenças, não se justificando a indicação das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* como espécies diferenciadas em relação à sentença condenatória: "Uma vez identificado o caráter *instrumental* de certas sentenças quanto à prestação de tutela executiva, qualquer que seja a forma processual e as medidas judiciais através das quais a tutela executiva vier prestada, sucessivamente, as sentenças que apresentem tal caráter instrumental *compõem uma, e apenas uma, categoria*. No máximo, se poderia vislumbrar, dentro de tal categoria de sentença, *subespécies*, identificadas em função, precisamente, dessas diferenças acidentais e secundárias". Grifo no original.

pressuporem modificação posterior na realidade fática, no caso de não haver cumprimento espontâneo da obrigação afirmada pelo órgão jurisdicional.

Também figuram como técnicas processuais os meios executivos, sejam eles diretos, por sub-rogação, ou indiretos, quando atuam sobre a vontade do sujeito que ocupa o pólo passivo da relação processual, a exemplo da medida coercitiva de multa diária, no caso de descumprimento da ordem judicial.

A utilização dos meios executivos deve ser idônea a promover a efetiva tutela da situação jurídica substancial, adaptando-se às circunstâncias do caso concreto submetido à atividade jurisdicional. Assim, como é notório, verifica-se uma nítida diferença entre os meios executivos necessários para a efetivação de um provimento antecipatório em relação, por exemplo, a uma execução fundada em título de crédito extrajudicial.

Naturalmente, as técnicas processuais executivas, além de conferir a tutela jurisdicional efetiva ao sujeito processual em favor de quem são empregadas, devem respeitar os direitos fundamentais daquele contra quem são dirigidas, ao representar o menor gravame possível à esfera jurídica do sujeito passivo, de modo que também nessa área não de ser observados os mandados da proporcionalidade.

O modo pelo qual o órgão jurisdicional deve conhecer as questões que são deduzidas em juízo pelas partes encerra outra modalidade de técnica processual.

No procedimento comum ordinário, a cognição judicial é plena, alcança todas as matérias possíveis, e exauriente, observando-se toda a amplitude dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Situações há, entretanto, que exigem uma resposta jurisdicional mais célere, mais expedita, legitimando-se a restrição ora da extensão da cognição judicial, que assume feições de parcialidade, ora de sua profundidade, no caso da cognição sumária, que ocorre nas chamadas tutelas de urgência.

Seguindo-se o caráter meramente exemplificativo, mencione-se que os provimentos antecipatórios e os provimentos cautelares podem ser vislumbrados como técnicas processuais, servindo, em linhas gerais, para afastar os

inconvenientes provocados pelo tempo do processo, verificando-se sumariamente a probabilidade das alegações do requerente.

Em ambos os casos, seja a tutela assecuratória, seja a tutela satisfativa, as técnicas são manejadas, haja vista o comando jusfundamental da tutela jurisdicional efetiva dos direitos.

Não satisfaz a visão formalista do processo, centrada apenas na pureza conceitual dos institutos e indiferente aos resultados produzidos para os que recorrem ao serviço judiciário.

O processo passa a ser avaliado também sob o ângulo externo, revelando-se insuficiente a perspectiva exclusivamente endoprocessual, levada a sério a perspectiva da tutela efetiva dos direitos.

Logo, não faz mais sentido, deixando de lado o clássico paradigma do direito liberal-individualista, adotar uma postura pretensamente neutra em face das técnicas processuais, pois toda técnica é orientada à consecução de fins e, no caso de um Estado democrático e constitucional, esses fins devem ser buscados na ordem jurídica constitucional, na qual desempenham papel de relevo os direitos e garantias fundamentais.

4.5 O processo sob o prisma do Estado Democrático de Direito

O processo é instrumento de atuação da função jurisdicional do Estado, portanto a definição de seus fins apresenta ligações estreitas com uma compreensão das características de que se reveste o poder jurisdicional. Como a jurisdição é uma expressão do poder do Estado, a conformação político-ideológica do ente estatal acabará por influir no papel a ser por ela desempenhado, nos padrões jurídicos que deverá observar, quando da solução dos conflitos de interesses trazidos pelas partes.

No âmbito do Estado liberal, predomina o paradigma formal do direito, em que se devem assegurar, como direitos fundamentais, as liberdades individuais negativas, mediante as quais se põe a esfera privada do indivíduo a salvo da intromissão nociva do Estado.

Ignoram-se as desigualdades reais entre as pessoas na fruição da liberdade, bastando a proclamação formal dos direitos individuais, exigindo-se da jurisdição a promoção do ideal da segurança jurídica, a ser satisfeito pela previsibilidade das decisões judiciais, que nada mais fariam do que reproduzir, no caso concreto, a solução jurídica já posta pelo legislador no ordenamento jurídico.

Como reação ao direito formal típico do liberalismo jurídico, surge o modelo do Estado social, no qual se verifica a ampliação das dimensões dos direitos fundamentais, com a positivação dos direitos sociais, a ensejar a intervenção do Estado, através de políticas públicas e de normas protetoras, na promoção da igualdade de fato entre os cidadãos, como condição do exercício real das liberdades individuais.²²¹

A Constituição de 1988 adotou a fórmula política do Estado Democrático de Direito. São direitos fundamentais por ela reconhecidos posições jurídicas relativas a interesses individuais, cuja positivação remonta ao surgimento histórico do Estado liberal, assim como outras que se referem a interesses coletivos e difusos, como manifestação da dimensão social do Estado de Direito.

Dessa forma, não há dúvida sobre a insuficiência do paradigma liberal-individualista para descrever a ordem jurídica nacional. Ao mesmo tempo, é possível fundamentar o princípio constitucional da socialidade, ao qual se reconduzem os direitos sociais fundamentais.

Em verdade, o Estado Democrático de Direito não pressupõe uma alternativa entre os paradigmas do Estado liberal e do Estado social, uma vez que o princípio democrático deixa-se explicar com vantagem por um modelo processual ou procedimentalista, em que se objetiva a superação dialética da tensão entre os modelos de democracia liberal e social, erigido a partir das condições procedimentais de formação discursiva da opinião e da vontade.²²²

²²¹ De acordo com ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 133, “no Estado social, o Judiciário deixa, em parte, de ser um ‘sereno’ árbitro dos conflitos sociais para assumir a posição de partícipe da realização das políticas estatais, aplicando não só a lei geral e abstrata elaborada pelo Legislativo com o fim de manter o ‘statu quo’, como também as normas técnicas e de planificação formuladas pelos órgãos tecnocráticos do Executivo, tendo por escopo *interferir no curso* da realidade para criar novas situações econômico-sociais”.

²²² HABERMAS, Jürgen, ob. cit., 1998. p. 369.

A partir do direito constitucional positivo brasileiro, não é possível indicar, de forma absoluta, a preferência seja pelos valores individuais, seja pelos valores coletivos, ambos sendo protegidos pelas normas constitucionais, porquanto a Constituição brasileira segue o modelo europeu das democracias pluralistas.²²³

Sugere-se, então, uma concepção processual da Constituição, a qual realça a importância do procedimento para a solução das questões jurídicas contemporâneas, que, em diversos casos, envolve padrões jurídicos com estrutura de princípios.²²⁴

Certamente deflui de uma compreensão processual da Constituição o dever do Estado de instituir procedimentos legais adequados à tutela efetiva dos direitos, de aplicá-los em consonância com os direitos fundamentais, assim como se impõe a todos os poderes públicos o dever de observar o procedimento jurídico-argumentativo da proporcionalidade.

Como a jurisdição é uma função pública desenvolvida pelo Estado, decorre de uma ordem jurídica constitucional democrática a exigência de que os procedimentos processuais permitam a participação efetiva dos jurisdicionados na formação do convencimento do órgão jurisdicional, o qual deve ser justificado racionalmente e apto a convencer não apenas os sujeitos processuais afetados, como também toda a sociedade, tendo em vista que o processo deve atender, além dos interesses privados das partes, o interesse público da coletividade.²²⁵

²²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 14-15, “*Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal*”.

²²⁴ Como ensina GUERRA FILHO, Willis Santiago, ob. cit., 2000. p. 18-19, “Já para aplicar as regras, é preciso haver um *procedimento*, para que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas haverão de incidir. A necessidade de se ter um procedimento torna-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois aí a discussão gira menos em torno dos fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente. Em sendo assim, é de se esperar, na medida em que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, o crescimento também da importância daquele ramo do Direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso e vago de ordenação da conduta, como são os princípios (...)”. Grifo no original.

²²⁵ Conforme salienta COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. B de F: Montevideo, Buenos Aires: 2005. p. 118, o fim do processo “*Satisface al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción*”.

Através da participação, tenciona-se conferir legitimidade política à atividade decisória do órgão jurisdicional, cujo horizonte argumentativo é projetado e enriquecido pelas razões apresentadas pelos advogados.²²⁶

Na perspectiva do Estado constitucional, deve ser observado o postulado da supremacia da Constituição. Considera-se inteiramente superada a concepção liberal, cujo fulgor histórico se deu na primeira metade do século XIX, segundo a qual o Estado de Direito seria o Estado legislativo, de sorte que incumbiria aos juristas promover o culto da legalidade.

Indubitavelmente, não é a lei que constitui fundamento de validade das normas constitucionais, são as normas constitucionais que servem de fundamento de validade formal e material para as leis. Já que as normas jusfundamentais são normas constitucionais, obviamente a elas devem as normas infraconstitucionais se submeter.

É com base nessas noções elementares de hierarquia das normas jurídicas que o processo deve ser dimensionado. Opera-se, no quadro do Estado Democrático de Direito, como Estado constitucional, a definição da legalidade a partir da constitucionalidade,²²⁷ de forma que o conceito de legalidade assume sentido mais amplo, que corresponde à legalidade constitucional, tendo em vista que a Constituição compartilha da mesma natureza positiva da lei, tradicionalmente compreendida como norma infraconstitucional.

²²⁶ Nesse sentido, assevera MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2006. p. 466-467, que “O processo é o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. É o *módulo legal* que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É a *via* que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário, e, além disto, é o *conduto* para a *participação popular* no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais”. Grifos no original.

²²⁷ A respeito da concepção de Estado constitucional, ZAGREBELSKI, Gustavo, ob. cit., 2005. p. 34, esclarece: “*La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, solo de la función constituyente). [...] Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción de derecho*”.

Dessa forma, o processo, como método empregado pelo Estado para a solução de conflitos, só será legítimo, enquadrando-se no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, se ensejar às partes a devida participação como condição indispensável à construção das decisões do órgão jurisdicional, se for estruturado de acordo com os princípios constitucionais pertinentes, se for conduzido, de modo racionalmente controlável, em atenção aos direitos e garantias fundamentais dos litigantes e se for apto a produzir resultados que tornem efetivas as disposições de direito material.

4.6 A fórmula do “processo justo”

Um processo que esteja de acordo com os direitos e garantias fundamentais corresponderia à noção de “processo justo”. Sob outro prisma, as garantias decorrentes do justo processo se identificariam com a dimensão substantiva da cláusula do devido processo legal, à qual seriam reconduzidos os princípios processuais constitucionais.

A existência de um justo processo constitui um dos elementos requeridos pela compreensão da garantia fundamental do acesso à justiça como sendo o acesso à “ordem jurídica justa”, que pressuporia, além do ingresso em juízo, a observância da ordem legal dos atos processuais, a subordinação do processo aos princípios constitucionais aplicáveis, a justiça e a utilidade das decisões.²²⁸

Seguindo-se essa proposta, justo processo seria aquele que estivesse de acordo com os padrões jurídicos e morais exigíveis ao atendimento pleno da pretensão da parte que tenha razão, de modo a não deixar nenhum vestígio de insatisfação.

Tais padrões jurídicos consistem nos princípios e regras, de hierarquia constitucional e infraconstitucional, que disciplinam o instrumento de atuação da função jurisdicional do Estado. Devem-se mencionar os padrões normativos morais, porquanto os fundamentos constitucionais do processo não se compreendem a partir de um ângulo estritamente jurídico, vez que apresentam, dado o caráter jusfundamental que possuem, inafastável dimensão moral, logo a definição de seu

²²⁸ Nessa linha, v. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33-35.

conteúdo nas situações concretas não ocorre sem a influência de elementos éticos.²²⁹

Assim, o cumprimento da máxima chiovendiana, segundo a qual o processo deve permitir ao litigante que tenha razão tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter, ajusta-se perfeitamente, por referir-se ao ideal de efetividade processual, a uma concepção constitucionalmente fundamentada de justo processo.

O estabelecimento de direitos e garantias básicos do jurisdicionado, conducentes a caracterizar um processo como dotado de justiça, ultrapassa a perspectiva constitucional, de direito público interno, e alcança a produção normativa no plano externo, esculpindo-se disposições normativas a respeito em tratados internacionais.²³⁰

Com base na ordem jurídica constitucional traçada pela Lei Fundamental de 1988, destacam-se algumas disposições constitucionais relativas processo que podem ser apontadas como base de uma concepção de processo justo.

Nessa linha, a título de ilustração, o processo deve se desenvolver diante de um juiz natural, de modo que é proibida a instauração de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) e ninguém será processado nem sentenciado a não ser pela autoridade competente (art. 5º, LIII). A todos os litigantes garante-se o devido processo legal (art. 5º, LIV), assim como são assegurados os direitos de influir no convencimento do juiz através do diálogo e de se defender, albergados pelos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).

Convém assinalar a projeção do princípio geral da igualdade (art. 5º, *caput*) no processo, que se desdobra nos mandados de igualdade de direito e igualdade de fato, dos quais derivam o princípio da paridade de armas. Não se admite que o desenvolvimento do processo no tempo seja marcado por dilações indevidas, garantido-se aos consumidores do serviço judiciário a duração razoável do processo

²²⁹ Item 1.4.

²³⁰ De acordo com o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. Por sua vez, o art. 10º, do referido diploma internacional, prescreve que “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação de matéria penal que contra ela seja deduzida”.

e os instrumentos necessários à celeridade processual (art. 5º, LXXVIII). Além desses enunciados normativos explícitos, apresentados de forma não exaustiva, certamente permanece a possibilidade de fundamentar outros princípios constitucionais do processo (art. 5º, § 2º).

Afirma-se que as garantias que compõem a fórmula do *giusto processo* acarretam três consequências importantes.²³¹

Na medida em que o processo é regido por uma série de garantias processuais constitucionais que refletem a opção por determinados valores políticos e morais, como as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, observa-se o fenômeno da moralização do processo.

Em razão do caráter moral do processo, o juiz deve assumir o papel de realizar um controle ético sobre a atuação dos sujeitos processuais. Como esse controle deriva das garantias constitucionais do processo, admite-se a intervenção de ofício do juiz a respeito.²³²

Desse modo, o juiz não seria um mero espectador do litígio, mas exerceria uma função ativa de direção do processo,²³³ de modo que lhe seria atribuída maior credibilidade, acompanhada de correspondente responsabilidade, a qual não se limita ao aspecto jurídico, compreendendo também feições política, social e constitucional.²³⁴

Convém aduzir que faz parte das responsabilidades do juiz o dever de justificar racionalmente suas decisões, dever que permanece na concessão de provimentos sumários, os quais podem demandar a aplicação da proporcionalidade.

²³¹ Ver COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004a. p. 384-385.

²³² O controle *ex officio* do juiz sobre a atuação ética das partes é admitido expressamente pelos arts. 14, parágrafo único, e 18, *caput*, do Código de Processo Civil. Sobre a necessidade da aplicação da proporcionalidade nas sanções decorrentes do descumprimento de provimentos mandamentais e da litigância de má-fé, v. GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 176-179.

²³³ A função ativa do juiz não exclui a relevância da participação das partes, como ressalta LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 117: "Conceder poderes instrutórios ao juiz não significa ignorar a importância da atuação das partes no fornecimento do material probatório, mas apenas compreender que as partes e o juiz devem agir em conjunto, inspirados no princípio da colaboração em busca da solução adequada do conflito".

²³⁴ Segue-se a classificação proposta por CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 35-36.

É possível dizer que decorre da ideia de um processo racional, “justo” e tempestivo o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Ocorre que essa sugestão, nas sociedades pluralistas contemporâneas, caracteristicamente pós-convencionais, deve ser admitida sem a referência a um padrão substantivo de validade²³⁵ superior ao direito produzido pela ação dos homens.²³⁶

Na perspectiva do pós-positivismo, compreende-se o caráter “justo” do processo com base nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, descartando-se o absolutismo ético, assim como a tese da separação (*Trennungsthese*) entre elementos morais e jurídicos no conceito de direito.²³⁷

Por essa razão, vem-se seguindo a postura metodológica de fundamentar constitucionalmente uma concepção de processo justo. Sob o mesmo prisma constitucional, o direito à tutela efetiva através do processo jurisdicional será examinado.

²³⁵ HABERMAS, Jürgen, ob. cit., 1998. p. 340.

²³⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 79-85, entende que a rejeição ao direito natural implica a adoção de uma concepção teórica juspositivista *lato sensu*. Porém, isso representaria alargar excessivamente o conceito de positivismo jurídico, para nele incluir concepções muito distintas, algumas incompatíveis entre si. Afigura-se superior a sugestão de fazer a diferenciação, no marco das concepções não-jusnaturalistas, entre as concepções positivistas e as denominadas pós-positivistas, conforme se fez no Capítulo 1.

²³⁷ Item 1.3.

5 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Conceber o processo como instrumento do direito material envolve a ideia de que o processo deve ser efetivo. O jurisdicionado possui, para além do direito de mero ingresso em juízo, o direito à adequada tutela jurisdicional, à tutela jurisdicional efetiva. De pouco adianta entregar uma sentença ao autor que tem razão, se essa sentença, do ponto de vista prático, não representa para o autor a utilidade concreta a que ele teria direito, de acordo com a previsão abstrata do ordenamento jurídico.

O reconhecimento do direito à tutela jurisdicional efetiva se dá no plano constitucional, relaciona-se com garantia fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas com ela não se confunde.

Busca-se, justamente, no estudo acerca da fundamentação jusfundamental do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, precisar a relação entre a mencionada garantia da inafastabilidade e o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Uma vez devidamente justificado o caráter jusfundamental do direito à tutela jurisdicional efetiva, é salutar a consideração das implicações da aceitação de sua fundamentação jusfundamental.

Ora, se o direito à tutela efetiva possui natureza jusfundamental, a ele se aplica o regime jurídico próprio dos direitos constitucionais básicos, cujo caráter fundamental apresenta uma dupla dimensão, já que esses direitos são dotados de fundamentalidade em sentido formal e em sentido material. A devida compreensão da jusfundamentalidade do direito à tutela jurisdicional efetiva é dado indispensável, a fim de que dele se possam extrair todas as consequências que se encerram em seu conceito.

Como todo direito fundamental, o direito à tutela efetiva se reveste de um duplo caráter, porquanto podem ser examinados tanto pelo ângulo objetivo, como pelo ângulo subjetivo.

O legislador, ao desincumbir-se da atividade de conformação dos direitos fundamentais, deve pautar-se pelos elementos integrantes da seara objetiva dos

direitos fundamentais. Da mesma forma deve proceder o órgão julgante, encarregado constitucionalmente da missão de entregar a prestação jurisdicional, atividade que o leva a confrontar-se, no desempenho de sua atividade, com a dimensão subjetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de que são titulares, à primeira vista, as partes que possam ter razão.

Ainda no que se refere à aplicação da dogmática dos direitos fundamentais ao direito à tutela jurisdicional efetiva, impõe-se examinar sua eficácia com respeito aos sujeitos envolvidos.

Observa-se que a influência do direito fundamental à tutela efetiva manifesta-se nas relações entre particulares, embora o maior destaque se apresente em relação às chamadas relações jurídicas verticais, em que se considera a vinculação do Estado ao direito fundamental à tutela efetiva.

Por fim, convém considerar o conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, bem como verificar o lugar que ocupa em uma classificação dos direitos fundamentais.

Através do exame da estrutura do direito fundamental à tutela efetiva, compreende-se sua relação com direitos fundamentais mais específicos, que o densificam.

Naturalmente, a análise dessas posições jusfundamentais mais específicas tenderá a preencher o conteúdo do direito fundamental à tutela efetiva. Com esse intuito, faz-se referência ao direito às técnicas antecipatórias e cautelares, ao direito ao procedimento adequado e ao direito ao provimento jurisdicional adequado.

5.1 Fundamentação jusfundamental do direito à tutela jurisdicional efetiva

Impende fundamentar a validade do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva com base nas disposições juspositivas. Como se trata de um direito fundamental, convém tomar como ponto de partida o texto constitucional.

O legislador constituinte de 1988, através do art. 5º, XXXV, houve por bem determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

ameaça a direito”. Com isso, positivou-se a garantia constitucional fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional, por meio da qual se franqueia a todas as pessoas o acesso às instituições componentes do poder judiciário, condição necessária do acesso à justiça.

Cabe aos órgãos do poder judiciário a tarefa de examinar a violação ou ameaça a direitos como consequência lógica da proibição imposta pelo Estado aos particulares do recurso à justiça com as próprias mãos, ressalvados casos excepcionais.

O Estado se obriga a resolver os conflitos de natureza jurídica surgidos no interior da sociedade, com o desempenho da atividade jurisdicional, que corresponde à realização da função de dizer quem tem razão de acordo com o direito, conferindo-se concretude às previsões normativas do direito objetivo.

O processo é instrumento de atuação da função jurisdicional, apresenta natureza instrumental, consiste em uma técnica de que se vale o Estado para a composição dos conflitos solucionáveis a partir de critérios de decisão jurídicos.

No âmbito do processo, as partes devem deduzir seus argumentos, buscando influenciar a formação do convencimento do juiz, que deve ser racionalmente justificado.

Já que não é permitido, na imensa maioria dos casos, resolver as contendas reguladas por normas jurídicas através da autotutela, deve ser conferida aos que afirmam serem titulares de direitos a faculdade de desencadear o exercício da função jurisdicional do Estado, albergada pelo direito de petição, que tem sede no catálogo de direitos e garantias fundamentais.

O direito de petição representa a via mais larga de acesso ao poder judiciário, uma vez que pode veicular quaisquer pretensões e não se sujeita à perquirição das condições da ação.

O direito fundamental de ação, também positivado pela garantia fundamental do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, caso corretamente manejado, pode

dar origem à apreciação pelo poder judiciário do conteúdo da pretensão formulada pelo autor, a qual pode culminar na tutela jurisdicional, se o autor tiver razão.²³⁸

Desse modo, não basta conferir aos jurisdicionados os direitos de petição e de ação, há de ser ainda observado, como desdobramento do já mencionado art. 5º, XXXV, o direito à devida tutela jurisdicional, com todas as técnicas processuais que lhe são inerentes.

De fato, aquele que procurar o judiciário para fazer valer um direito do qual julgue ser titular terá, invariavelmente, uma resposta jurisdicional, a ele será proporcionada uma prestação jurisdicional, mas nem sempre fará jus à tutela jurisdicional, pois, como já foi frisado, apenas o litigante que afirmar, com razão, um direito que integre seu patrimônio jurídico terá direito à tutela jurisdicional, que, ademais, deverá ser efetiva.

A tutela jurisdicional é uma espécie de tutela dos direitos que ocorre no plano processo judicial. O estudo da tutela jurisdicional não prescinde do conhecimento das situações de direito material, o que serve para atestar a necessidade, na fase metodológica atual do direito processual civil, de uma compreensão aprimorada do binômio direito e processo, com a superação das ideias autonomistas de estrita separação dos institutos processuais em face do direito substancial,²³⁹ sem prejuízo da dignidade científica da dogmática processual.

Portanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva se fundamenta a partir do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, da mesma forma que os direitos fundamentais de petição e de ação.²⁴⁰

²³⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio, ob. cit., 2005. p. 195, ressalta: “Naturalmente, só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor o reconhecimento desta em juízo consiste em permitir que todos tragam suas demandas aos tribunais, incumbindo as estes a tarefa de examiná-las e afinal acolhe-las ou rejeitá-las, conforme sejam procedentes ou improcedentes”. Grifo no original.

²³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., 2006a. p. 19, “O processualismo, isto é, a excessiva autonomia do processo frente ao direito material, constitui um mal, pois desconsidera o objeto na construção do instrumento”.

²⁴⁰ A respeito, MARINONI, Luis Guilherme. *Antecipação de tutela*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 29, esclarece: “Ora, se é inquestionável que o autor tem o direito de exercer a pretensão à tutela jurisdicional do direito através da ação, é evidente o seu direito de exercer a ação processual que lhe permita obter a tutela jurisdicional do direito. Quer dizer que o autor tem, ao lado do direito à tutela jurisdicional do direito – decorrente do próprio direito material –, o direito à ação adequada à tutela do direito (ou o direito à tutela jurisdicional efetiva) – garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF. Portanto, tem

Sobre ser correta essa fundamentação com base na cláusula da inafastabilidade do controle jurisdicional, permanecem possíveis outras vias de fundamentação.

Uma dessas possibilidades de fundamentação consistiria em fazer derivar do princípio do devido processo legal, em sua dimensão substantiva, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Observa-se que a fundamentação a partir do devido processo legal substantivo é bastante semelhante à sugestão contida na fórmula do processo justo, que, como já se disse anteriormente, para ter sentido deontológico, ser obrigatória para todos que se submetem a uma ordem jurídica, deve vincular-se à Constituição, de sorte que processo justo corresponderia ao processo fundado nas normas constitucionais, nos direitos e garantias fundamentais, os quais apontariam as finalidades a serem buscadas pela técnica processual.²⁴¹

Em todo caso, importa sempre ressaltar que o direito fundamental à tutela jurisdicional implica a adoção das técnicas processuais adequadas, necessárias e proporcionais ao atendimento dos fins do processo, entre os quais há de estar o de permitir ao titular de um direito obter dele todos os efeitos práticos que encerra, de modo que sua posição jurídica não seja apenas prevista formalmente, positivada através de textos legais, mas efetivada, dotada de concretude mediante operações práticas decorrentes de intervenção judicial, se necessário.

Decorre, ainda, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva a devida administração do tempo do processo, a entrega da prestação jurisdicional sem dilações indevidas, evitando-se que a sequência dos atos e fatos processuais, a qual é indispensável para a marcha do processo rumo ao resultado final pretendido, venha a causar lesão irreparável ou de difícil reparação aos direitos discutidos em juízo.

os direitos de influir sobre o convencimento do juiz e de utilizar as técnicas processuais capazes de permitir a efetiva tutela do direito material”.

²⁴¹ Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., 2006b. p. 26, “A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional”.

5.2 Fundamentalidade material e fundamentalidade formal do direito à tutela jurisdicional efetiva

Como direito fundamental, o direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva advém de uma decisão básica do legislador constituinte sobre como deve ser o processo judicial de um Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, constata-se a fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional efetiva em sentido material.²⁴²

Além da fundamentalidade material, observa-se a fundamentalidade em sentido formal,²⁴³ de acordo com a qual o direito fundamental em questão reveste-se de especial rigidez constitucional,²⁴⁴ apresenta-se como limite material ao poder de reforma do legislador, colocando-se fora de alcance da ação erosiva dos poderes constituídos.

Ademais, integrando o regime dos direitos e garantias fundamentais, o direito à tutela jurisdicional efetiva tem aplicabilidade imediata,²⁴⁵ não se sujeitando, portanto, à interposição legislativa infraconstitucional, para que possa incidir sobre todos os processos desenvolvidos na seara da jurisdição.

Dessa maneira, o órgão jurisdicional está autorizado a tomar certas medidas, em atenção ao direito fundamental à devida tutela jurisdicional, bem como tendo em vista outros direitos fundamentais das partes, mesmo não havendo norma

²⁴² ALEXY, Robert, ob. cit., 1994, p. 475, “direitos fundamentais e normas jusfundamentais são materialmente fundamentais, porque com elas são tomadas decisões sobre a estrutura fundamental normativa do Estado e da sociedade”. Traduziu-se. No original: “Grundrechte und Grundrechtsnormen sind inhaltlich fundamental, weil mit ihnen Entscheidungen über die normative Grundstruktur des Staates und der Gesellschaft getroffen werden”.

²⁴³ Ibid., 1994, p. 474-475, “Que as normas jusfundamentais fixam conteúdos do sistema jurídico necessários e impossíveis relativos à Constituição constitui o núcleo de seu caráter fundamental formal”. No original: “Daß die Grundrechtsnormen relativ auf die Verfassung notwendige und unmögliche Inhalte des Rechtssystems festlegen, macht den Kern ihres formal fundamentalen Charakter aus”.

²⁴⁴ Os direitos fundamentais, conforme interpretação sistemática do art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República, constituem verdadeiras “cláusulas superconstitucionais”, as quais “não apenas criam dificuldades quantitativas ao legislador, mas obstáculos intransponíveis – pois, diferentemente das demais cláusulas constitucionais, não podem ser alteradas ou abolidas, sequer por um procedimento qualificado”, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 24.

²⁴⁵ Com respeito ao art. 5º, § 1º, da CR/88, segundo o qual “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 250, como também MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 69.

infraconstitucional expressa que indique quais medidas possam ser adotadas concretamente.²⁴⁶

Admite-se, portanto, o aumento dos poderes conferidos aos juízes na condução do processo, em comparação ao modelo liberal clássico, o que não significa o estímulo à arbitrariedade, pois todo poder estatal é limitado e, no caso do poder atribuído aos órgãos jurisdicionais, exige-se a devida justificação racional de todos os atos decisórios.²⁴⁷

5.3 Dimensão subjetiva e dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

Os direitos fundamentais são dotados de duplo caráter (*Doppelcharakter*), uma vez que não se resumem a posições jurídicas subjetivas, figuram também como elementos objetivos da ordem jurídica constitucional.

Como direitos de determinadas pessoas, analisam-se os direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva.²⁴⁸ Integram essa dimensão, portanto, *v.g.*, os direitos fundamentais das partes de uma determinada demanda.

Já a dimensão objetiva dos direitos fundamentais apresenta significados que transcendem a dimensão meramente subjetiva. Considerados objetivamente, os direitos fundamentais funcionam como determinações de competência negativa

²⁴⁶ Como salienta GUERRA, Marcelo Lima, ob. cit., 2003. p. 97, “as possibilidades de compatibilização de direitos fundamentais ao nível do texto normativo são extremamente limitadas”, de modo que “toda e qualquer solução dada pelo legislador, nessa matéria, não raro pode e deve ser complementada pelo órgão jurisdicional, podendo ele, dependendo do caso, e em se tratando de normas infraconstitucionais, *rever a própria solução legislativa*”. Grifo no original.

²⁴⁷ Nesse sentido, AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006. p. 88, observa que “os princípios da legalidade e da motivação das sentenças são verdadeiramente limitadores da atividade e dos poderes do juiz”, de modo que “suas decisões deverão ser sempre fundadas na lei e poderão ser sempre revistas, não existindo decisões imunes ou discricionárias, mesmo porque nem mesmo no âmbito administrativo tem se admitido a impossibilidade de revisão de decisões discricionárias, o que se dirá, então, das decisões judiciais, sejam elas atinentes ao campo instrutório, seja na concessão de medidas liminares, seja quando do preenchimento de campos abertos”.

²⁴⁸ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999. p. 129, “como direitos subjetivos, fundadores de *status*, os direitos fundamentais são direitos básicos constitucionais do particular como pessoa e como cidadão”. Traduziu-se. No original: “*Als subjektive, statusbegründende Rechte sind die Grundrechte verfassungsrechtliche Fundamentalrechte des Einzelnen als Mensch und als Bürger*”.

(*negative Kompetenzbestimmungen*) para os poderes estatais,²⁴⁹ de modo que a atividade dos poderes públicos em relação aos direitos fundamentais sofre limitações no aspecto formal e quanto ao conteúdo.

Existem determinadas matérias estabelecidas constitucionalmente, postas fora do alcance do poder de reforma do legislador, por representarem precisamente, no plano objetivo, elementos da ordem jurídica total da coletividade (*Elemente der Gesamtrechtsordnung des Gemeinwesens*).²⁵⁰

Entre os significados compreendidos na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cabe ainda mencionar aquele segundo o qual os direitos fundamentais resultam de decisões objetivas de valores (*objektive Wertentscheidungen*),²⁵¹ de sorte que formariam uma “ordem objetiva de valores” a ser respeitada e garantida pelo Estado.²⁵²

A diferença fundamental entre a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais reside, portanto, na circunstância de que aquela se refere a posições jurídicas, aos direitos fundamentais subjetivos, ao passo que esta, como decorrência da dimensão subjetiva, corresponde à ordem de deveres não-relacionais do Estado, composta por deveres que vinculam os poderes estatais sem referência direta a situações subjetivas.

Na perspectiva subjetiva, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva deve ser conferido concretamente ao litigante que possua razão, uma vez que só a parte cuja pretensão seja fundada tem direito a ver sua posição jurídica afirmada tutelada.

Todavia, não há meios de se saber quem efetivamente tem razão antes do trânsito em julgado da sentença. É perfeitamente possível, por exemplo, que um autor em favor do qual se concedeu um provimento antecipatório veja, ao final, seu pedido julgado improcedente. Logo, aquele que pede que lhe seja deferido um

²⁴⁹ Ibid., 1999. p. 133.

²⁵⁰ Ibid., 1999. p. 133.

²⁵¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, ob. cit., 2005. p. 20.

²⁵² Sobre as dificuldades metodológicas relativas ao conceito de ordem objetiva dos valores, v. HESSE, Konrad, ob. cit., 1999. p. 135-136.

provimento antecipatório possui apenas um direito fundamental *prima facie* à tutela jurisdicional efetiva.

Com base em juízo de cognição sumária, o órgão jurisdicional deve examinar se o pedido formulado por quem pretende se beneficiar, v.g., de uma antecipação de tutela contra o perigo preenche os requisitos legais, o que só ocorrerá se a restrição aos direitos fundamentais da parte contrária for proporcional.

Para realizar esse exame, que pode envolver um caso real de direitos fundamentais, o juiz deve admitir que aquele que pleiteia uma medida antecipatória, não ocorrendo circunstâncias que conduzam à resolução do processo sem julgamento de mérito, possui, pelo menos à primeira vista, o direito fundamental à tutela efetiva.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva, a depender das circunstâncias do caso concreto, pode vir a colidir com outros princípios constitucionais, a exemplo do princípio formal de segurança jurídica. Nessas situações de colisão, deve ser cumprido o procedimento da proporcionalidade, composto pelos mandados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Aplica-se o procedimento da proporcionalidade, já que, na dimensão objetiva, são dignos de proteção, no exemplo acima mencionado, tanto o princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva como o princípio formal da segurança jurídica.

Abstratamente, não se estabelece uma relação de preferência rígida, que teria a virtude de informar qual princípio deverá prevalecer sem o recurso a valorações. Apenas diante das circunstâncias do caso concreto será possível determinar qual princípio possui mais peso, qual princípio é sustentado por razões constitucionais mais fortes.

Dessa forma, a aplicação da proporcionalidade tem a função de balizar racionalmente a interpretação judicial sobre quais padrões jurídicos com estrutura de princípio devem prevalecer, quando se verificar que os referidos padrões se restringem mutuamente.

Consequentemente, a proporcionalidade também serve de critério para o controle material de constitucionalidade da legislação infraconstitucional, no âmbito da qual se inclui a legislação processual, o que pode levar o órgão jurisdicional a afastar, em sede de controle difuso, a incidência de normas interventivas inconstitucionais, a exemplo daquelas normas infraconstitucionais que vedam, de forma abusiva, a concessão de liminares contra o poder público.²⁵³

5.4 Efeitos horizontal e vertical do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

Os direitos fundamentais apresentam efeitos na relação Estado/cidadão, assim como na relação cidadão/cidadão.²⁵⁴ Diz-se que os direitos fundamentais, no primeiro caso, têm efeito vertical. Em se tratando de relações entre “cidadãos”, regidas pelo direito privado, verifica-se o efeito horizontal (*Horizontalwirkung*) dos direitos fundamentais, também chamado de efeito perante terceiros (*Drittwirkung*).

O efeito vertical dos direitos fundamentais é reconhecido desde o advento do constitucionalismo, com a positivação constitucional de direitos de defesa contra o Estado, conforme as exigências dos princípios políticos liberais. Nas ordens jurídico-constitucionais democráticas, o referido efeito vertical é enriquecido por novas dimensões, estabelecendo-se de direitos a ações positivas do Estado.

Justifica-se o efeito dos direitos fundamentais nas relações horizontais, ou nas relações travadas entre particulares, como consequência da irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico.

Porque as normas jusfundamentais possuem hierarquia constitucional e porque o direito privado deve ser interpretado a partir da Constituição, admite-se o efeito dos direitos fundamentais mesmo nas relações em que o Estado não figura em um dos pólos.²⁵⁵

²⁵³ Sobre a proibição de liminares, MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 68, ressalta que “O direito à adequada tutela jurisdicional é princípio imanente a qualquer Estado de Direito. Suprimir o direito constitucional à liminar, v.g., é o mesmo que legitimar a autotutela privada”.

²⁵⁴ ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 475 e ss.

²⁵⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*. Berlin; New York: de Gruyter, 1999. p. 21, “os direitos fundamentais vigoram imediatamente perante as normas de direito

A influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pode ser constatada, por exemplo, na anulação de cláusulas de eleição de foro, em contratos de adesão, na medida em que elas prejudiquem a garantia fundamental do acesso à justiça e, por consequência, o exercício do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva da parte mais fraca do negócio jurídico.²⁵⁶

Afora hipóteses ocasionais de invalidação de restrições desmedidas impostas ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva por atos praticados por pessoas de direito privado, como decorrência da eficácia horizontal, os efeitos observados pelo direito fundamental em tela se verificam primacialmente no plano vertical, que, por isso mesmo, resulta de maior interesse.

Consiste o efeito vertical dos direitos fundamentais na vinculação dos poderes executivo, legislativo e judiciário às normas jufundamentais. Toda a atividade dos

privado". Traduziu-se. No original: "*Die Grundrechte gelten gegenüber privatrechtlichen Normen unmittelbar*". Outra questão diz respeito sobre os destinatários das normas jufundamentais. Segundo a lição de CANARIS, Claus-Wilhelm, ob. cit., 1999. p. 36, "destinatários dos direitos fundamentais são, em princípio, somente o Estado e seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado". Traduziu-se. No original: "*Normadressaten der Grundrechte sind grundsätzlich nur der Staat und seine Organe, nicht dagegen die Subjekte des Privatrechts*". Portanto, o referido autor se inclina pela rejeição da teoria do efeito imediato dos direitos fundamentais perante terceiros.

²⁵⁶ Trata-se de situação contemplada pelo legislador reformista, que introduziu, através da lei 11.280/06, parágrafo único no art. 112 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: "A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu". Na hipótese, ao contrário do que entende SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil*: de acordo com as leis n. 11.187 e 11.232, de 2005, e 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 180, não se confere poderes discricionários ao juiz, porque só deve haver a declinação da competência quando as circunstâncias do caso concreto indicarem que o acesso do réu ao serviço judiciário se encontra abusivamente dificultado, de modo a frustrar-lhe o direito fundamental à tutela jurisdicional. Pode haver situações em que a existência de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão não prejudica o acesso à justiça pelo réu, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 19-22. Sobre o espírito da alteração legislativa, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reconhecimento de ofício de incompetência relativa. In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima et al. *Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*, São Paulo: RT, 2006. p. 415, pondera que "Melhor teria andado o legislador de deixasse à prudente análise do juiz no caso concreto o abuso processual do autor e a necessidade de proteção do réu hipossuficiente, com o conseqüente reconhecimento de ofício pelo juiz". Essa interpretação se baseia na ideia de que apenas o legislador pode afastar a aplicação da súmula 33 do STJ, segundo a qual "a incompetência relativa pode ser declarada de ofício". Cabe observar, porém, que o legislador não retirou, nem estaria autorizado pela Constituição a retirar, o *dever* de o juiz assegurar os direitos fundamentais do réu, ainda mais se o réu for a parte mais frágil, a exemplo de um incapaz. Desse modo, mesmo em casos não contemplados expressamente pelo novel parágrafo único do art. 112, verificando-se abuso por parte do autor e concreta dificuldade de defesa do sujeito processual mais fraco, deve o juiz, se a solução estiver de acordo com o procedimento da proporcionalidade, reconhecer *ex officio* sua incompetência relativa, adotando interpretação constitucionalmente adequada, em detrimento da aplicação mecânica da mencionada súmula 33.

poderes estatais deve circunscrever-se nos limites impostos pelas normas de direito fundamental.

Com base nesse efeito, abre-se ao titular de uma posição jusfundamental a possibilidade de questionar medidas judiciais, bem como se lhe confere o direito de requerer, *v.g.*, que determinada norma processual não seja aplicada na solução da questão controvertida deduzida em juízo, por estar em desacordo com alguma norma jusfundamental.

Ademais, as normas produzidas pelo legislativo que estiverem em desacordo, em tese, com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, por implicarem restrições desproporcionais, podem ser objeto do controle de constitucionalidade abstrato, ou por via de ação.²⁵⁷

Após a análise do caráter jusfundamental do direito à tutela efetiva, de suas fundamentalidade material e formal, de suas dimensões objetiva e subjetiva, de suas eficácias horizontal e vertical, procede-se à densificação de seu conteúdo.

Trata-se de examinar quais as posições de direito fundamental que se engastam no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva como um todo.

Nessa oportunidade, serão examinados os direitos fundamentais à técnica processual adequada, ao procedimento adequado e ao provimento jurisdicional adequado. É o momento adequado para que se realize a fundamentação constitucional das tutelas antecipadas e cautelares.

5.5 Densificação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

Definida a base normativa do direito à tutela jurisdicional efetiva, convém examinar-lhe o conteúdo, verificar quais são as consequências oriundas de sua positividade constitucional.

O conceito de efetividade processual pode ser empregado em sentido amplo, como manifestação da dimensão positiva da instrumentalidade do processo, ou pode albergar um significado mais delimitado, em seu sentido restrito, quando vem a

²⁵⁷ Sobre o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, v. FROTA, Régis. *Derecho constitucional y control de constitucionalidad en latinoamérica*. Fortaleza: Casa de José de Alencar, 2000. p. 175 e ss.

indicar somente o direito aos provimentos jurisdicionais e técnicas processuais executivas adequados a conferir efetividade à situação jurídica substancial.²⁵⁸

Assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, considerada a efetividade do processo em seu sentido lato, compreende não apenas o direito à tutela efetiva do direito material através da resposta jurisdicional adequada e das técnicas processuais de efetivação, mas também os direitos à tempestividade da tutela jurisdicional e à tutela jurisdicional preventiva.²⁵⁹

Observe-se que o direito à tutela jurisdicional efetiva das situações jurídicas substanciais compreende, de um lado, o direito ao instrumento processual adequado e, por outro, o direito à materialização da tutela reconhecida.²⁶⁰

O conteúdo do princípio constitucional da efetividade processual compreende, adotada uma perspectiva abrangente, elementos objetivos, teleológicos, técnicos e subjetivos.²⁶¹

Do ponto de vista objetivo, o mandamento constitucional da efetividade determina a correspondência entre a previsão abstrata do direito material objetivo e a realidade concreta, de modo que as condutas dos sujeitos processuais devem-se ajustar aos parâmetros normativos que se fundamentam a partir do direito positivo.

No que se refere à finalidade, afirma-se que a noção de efetividade implica a capacidade de o processo permitir ao litigante que tenha razão a fruição de um resultado útil, que venha a satisfazer sua pretensão de modo integral e adequado.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2004. p. 180.

²⁵⁹ Ibid., 2004. p. 180, “Mas não há como esquecer, quando se pensa no direito à efetividade em sentido lato, de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e, em alguns casos, ter a possibilidade de ser preventiva”.

²⁶⁰ MORELLO, Augusto Mario. *La eficacia del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 48, “Nosotros, abarcativamente, predicamos la efectividad en un doble plano: por una parte, la idoneidad específica del remedio técnico (garantía) a utilizar; en segundo lugar, la materialización que – a través de la jurisdicción – se debería alcanzar como manifestación de concreción de la tutela recabada”.

²⁶¹ Os diversos elementos que compõem a noção de efetividade do processo foram contemplados, v.g., na enumeração proposta por BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10-11, segundo a qual a efetividade consiste em: “1) busca pela *efetividade* da jurisdição e por um processo civil de resultados (assim, p. ex., o chamado ‘estatuto da tutela específica’ dos arts. 461 e 461-A); 2) correlato fortalecimento dos poderes do juiz em busca dessa efetividade; 3) técnicas de aceleração da prestação da tutela jurisdicional (julgamento antecipado da lide; antecipação da tutela; execução por títulos extrajudiciais e processo monitorio, p. ex.), que vêm de receber, com a EC n. 45/2004, beneplácito constitucional expresso com o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; 4) técnicas de compatibilização entre a cognição judicial e as diversas situações de direito material para melhor realizar o direito material; 5) ampliação à legitimidade ativa para a tutela de direitos e interesses coletivos (especialmente a correlação entre a LACP e o CDC)”.

Do exame dos elementos objetivos e teleológicos da efetividade do processo, conclui-se sem maior esforço a imprescindibilidade de sua dimensão técnica, segundo a qual são exigíveis técnicas processuais adequadas às necessidades do direito material e da realidade social.

Por sua vez, o aspecto subjetivo da efetividade impõe que a todos deve ser garantido o acesso à justiça, o que implica a justiciabilidade dos direitos transindividuais, de natureza coletiva ou difusa.

Em ambos os casos, seja a efetividade processual em sentido amplo, seja em sentido estrito, cumpre salientar que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva caracteriza-se por assumir dimensão positiva, por exigir do Estado a realização de uma atividade em benefício dos consumidores do serviço judiciário, apresentando, portanto, a estrutura de um direito a ações positivas do Estado.

Os direitos a ações positivas do Estado, ou direitos a prestações em sentido amplo (*Leistungsrechte im weiteren Sinne*), subdividem-se em direitos à proteção, direitos à organização e ao procedimento e direitos a prestações em sentido estrito.²⁶²

Uma análise mais detida do conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é capaz de revelar que sua estrutura é mais bem descrita com o auxílio do conceito de direito fundamental como um todo,²⁶³ pois o direito fundamental em questão consiste em um determinado conjunto de posições jusfundamentais, as quais não se limitam a uma das categorias de direitos a ações positivas.

²⁶² ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 405.

²⁶³ O conceito de direito fundamental como um todo pressupõe uma série de posições jurídicas que se combinam, segundo relações de precisão, de meio/fim e de ponderação, v. *ibid.*, 1994. p. 226. *Ibid.*, 1994. p. 227-228, “Um direito fundamental como um todo é, portanto, um feixe de posições definitivas e *prima facie*, que se ligam umas com as outras nas três formas descritas e que são adscritas a uma disposição jusfundamental”. Traduziu-se. No original: “*Ein Grundrecht als Ganzes ist deshalb ein Bündel von definitiven und prima facie-Positionen, die auf die drei geschilderten Weisen miteinander verknüpft und einer Grundrechtsbestimmung zugeordnet sind*”.

Afirma-se que o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba o direito à técnica processual adequada, o direito de participar através do procedimento adequado e o direito à resposta jurisdicional.²⁶⁴

Considerando que o procedimento e os provimentos jurisdicionais são modalidades de técnicas processuais,²⁶⁵ pode-se afirmar simplesmente o direito à tutela jurisdicional efetiva compreende o direito à técnica processual adequada.

Dessa forma, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva abrange posições jurídicas relativas à proteção, assim como à organização e ao procedimento. Compreende ainda posições jurídicas derivadas de direitos a prestações em sentido estrito, ou prestações materiais, quando a assistência jurídica gratuita é necessária para que possa buscar a tutela jurisdicional dos direitos.

No direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva, há posições jusfundamentais de proteção, que se caracterizam por exigir do Estado um comportamento que proteja os titulares de um direito de intervenções indevidas de terceiros.²⁶⁶

Uma das formas de o Estado proteger os titulares de direito fundamental consiste na edição de normas processuais que venham a coibir o abuso processual cometido pelo réu, a exemplo do instituto da tutela antecipada fundada em abuso do direito de defesa.

Por sua vez, as posições jusfundamentais relativas à organização e ao procedimento, que se engastam no direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva, são, essencialmente, posições relativas a procedimentos judiciais.

É precisamente o direito fundamental ao procedimento judicial que implica o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva em sentido estrito, ou direito à tutela jurisdicional efetiva das situações jurídicas substanciais.²⁶⁷

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2004. p. 185.

²⁶⁵ Item 4.4.2.

²⁶⁶ ALEXY, Robert, ob. cit., 1994. p. 410.

²⁶⁷ Ibid., 1994. p. 444, "Os direitos a procedimentos judiciais e administrativos são essencialmente direitos a uma tutela jurídica efetiva. Condição de uma efetiva tutela jurídica é que o resultado do

Deve-se salientar que os direitos fundamentais ao procedimento, ou direitos fundamentais procedimentais, encerram uma dupla dimensão, já que seu conteúdo abrange tanto o direito a prestações normativas do Estado, como o direito à aplicação e interpretação constitucionalmente adequadas das normas procedimentais.²⁶⁸

Desse modo, é correto afirmar, como se disse anteriormente, que o legislador possui o dever de elaborar leis de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao passo que o juiz tem o dever de interpretar e aplicar o direito tendo em vista o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o que sem dúvida não exclui o dever de levar em consideração outros direitos fundamentais porventura com ele colidentes no caso concreto.

Consoante observado anteriormente, ao referir-se ao conceito de efetividade do processo, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva representa uma projeção da instrumentalidade processual em sentido positivo.

Com isso, o mencionado direito fundamental deve ser interpretado no contexto de aproximação das relações entre direito e processo, tendo em vista a necessidade de o processo adequar-se às exigências do plano substancial do ordenamento jurídico.

Além disso, como o processo deve atender não só a escopos jurídicos, como também sociais e políticos, é necessário salientar a relação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva com a realidade social, afinal a tutela prestada através do processo judicial só será efetiva, quando puder proporcionar uma utilidade concreta à parte que tenha razão, alcançando-se, por essa via, a produção de resultados sociais satisfatórios.

procedimento garanta os direitos materiais do respectivo titular de direitos". Traduziu-se. No original: *"Rechte auf gerichtliche und behördliche Verfahren sind wesentlich Rechte auf 'effektiven Rechtsschutz'. Bedingung eines effektiven Rechtsschutzes ist, daß das Ergebnis des Verfahrens die materiellen Rechte des jeweils Grundrechtsträgers wahr"*.

²⁶⁸ Ibid., 1994. p. 431-432, "Os direitos ao procedimento podem ser tanto direitos ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais como direitos a uma determinada 'interpretação e aplicação concreta' de normas procedimentais". Traduziu-se. No original: *"Rechte auf Verfahren können sowohl Rechte auf die Statuierung bestimmter Verfahrensnormen als auch Rechte auf eine bestimmte 'Auslegung und konkrete Anwendung' von Verfahrensnormen sein"*.

Dessa forma, na interpretação e na aplicação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, hão de ser consideradas as relações de interdependência entre direito e processo, assim como não se pode perder de vista a conexão que deve existir entre os direitos procedimentais e o plano empírico.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, em sentido amplo, alberga o direito à técnica processual adequada. Dentre as técnicas processuais adequadas à situação jurídica substancial e à realidade social, certamente estão presentes as técnicas antecipatórias e cautelares. Afigura-se recomendável ainda, como densificação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, fazer referência aos procedimentos e provimentos jurisdicionais adequados.

A análise do direito às técnicas processuais antecipatórias e cautelares, do direito ao procedimento adequado e do direito ao provimento jurisdicional, posto que não alcance todas as possíveis posições jusfundamentais abrangidas pelo direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva (desiderato que só seria teoricamente atingível através de extensa investigação), revela-se bastante útil para a compreensão do que vem a ser técnica processual adequada do ponto de vista jusfundamental, o que contribui para a densificação do conteúdo do direito fundamental como um todo em tela.

5.5.1 Direito às técnicas processuais antecipatórias e cautelares

As técnicas processuais devem ser instituídas pelo legislador com o intuito de propiciar aos consumidores do serviço judiciário instrumentos adequados, a serem manejados no momento de se fazer valer um direito abstratamente previsto no plano substancial do ordenamento jurídico, que tenha sido violado ou ameaçado de violação.

Na perspectiva judicial, impende ressaltar que deve o órgão jurisdicional interpretar as normas processuais, com o objetivo de extrair do sistema processual as melhores técnicas, a fim de que seja dada a maior eficácia possível, no momento da aplicação, ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

De acordo com as peculiaridades da situação jurídica substancial discutida em juízo, *v.g.*, definem-se os limites da cognição judicial, permite-se a antecipação dos

efeitos da tutela pretendida, como também se conferem ao juiz amplas possibilidades, sempre dependentes de justificação racional, na adoção de medidas coercitivas tendentes à efetivação dos provimentos jurisdicionais concedidos, por exemplo, para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação.

No processo civil clássico, de matriz liberal, concebido para resolver conflitos individuais envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, a cognição judicial plena e exauriente, consectária do princípio da segurança jurídica, impõe-se como técnica processual adequada para a tutela dos direitos discutidos em juízo.

Em regra, apenas depois de promovido todo o debate regido pelo princípio do contraditório e esgotadas todas as possibilidades compreendidas no princípio da ampla defesa, deve-se, de acordo com o ideário liberal, permitir a invasão da esfera jurídica da parte vencida, já que prepondera o sentido negativo de liberdade, ou liberdade de não sofrer restrições. Privilegia-se, portanto, o princípio da segurança jurídica em relação ao princípio da efetividade processual.

Ocorre que o modelo liberal do processo não se mostra mais capaz de atender às necessidades da sociedade contemporânea, em que se exigem muitas vezes formas mais rápidas de tutela jurisdicional, que não se sujeitam ao desenvolvimento completo do custoso procedimento comum ordinário.

Além dos direitos patrimoniais disponíveis, o processo deve mostrar-se apto para cuidar de direitos indisponíveis, muitos dos quais recebem proteção especial expressa da Constituição, por consistirem em autênticos direitos fundamentais, como o direito à vida, o direito à educação, o direito à livre iniciativa econômica, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.

Ademais, sob a égide do Estado Democrático de Direito, não se podem ignorar as diferentes posições sociais dos litigantes, tendo em vista o princípio constitucional da igualdade, segundo o qual devem ser tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Se, por um lado, do ponto de vista formal, a todos é garantido a possibilidade de fazer valer os direitos em juízo, por outro, tocante ao aspecto material, nem todos

os litigantes podem esperar o tempo do procedimento comum ordinário, sem prejuízo de danos irreversíveis ou de difícil reparação ao seu patrimônio jurídico.

Assim, tendo em vista a relação inextrincável do processo com o direito material e a realidade social, sobleva o interesse pelas tutelas jurisdicionais diferenciadas em relação ao procedimento ordinário, que são técnicas processuais engendradas com a finalidade de atender de forma mais adequada às peculiaridades da situação jurídica substancial deduzida em juízo, bem como de conferir a devida tempestividade às soluções judiciais.²⁶⁹

Nesse contexto, importa ressaltar a distinção entre as formas de tutela jurisdicional definitiva e provisória.

A tutela definitiva é resultado de atividade jurisdicional fundada em cognição exauriente, em que se desenvolvem amplamente os princípios processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual é acobertada pela força de coisa julgada material. A seu turno, a tutela provisória caracteriza-se por ser temporária, regular de modo precário a situação jurídica das partes, porquanto está sujeita a modificações no curso do processo, logo sua concessão não é acompanhada de coisa julgada material.

²⁶⁹ TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 1983. p. 181: "A oportunidade de predispor de formas diferenciadas para específicas situações subjetivas é objeto de uma valoração abstrata da parte do legislador que reputa existir, para determinadas matérias, a exigência de oferecer à parte a possibilidade de utilizar formas processuais diversas daquelas previstas no ordinário processo de cognição. Pense-se no rito especial para as controvérsias trabalhistas, nos procedimentos monitórios e em outros procedimentos especiais com a finalidade de satisfazer situações que o legislador considera, como dizia, necessitadas de uma tutela diferenciada". Traduziu-se. No original: "*L'opportunità di predisporre forme differenziate di tutela per specifiche situazioni soggettive, è oggetto di una valutazione astratta da parte del legislatore che reputa esistere, per determinate materie, l'esigenza di offrire alla parte la possibilità di utilizzare forme processuali diverse da quelle previste nell'ordinario processo di cognizione. Si pensi al rito speciale per le controversie di lavoro, ai procedimenti monitori e ad altri procedimenti speciali finalizzati al soddisfacimento di situazioni che il legislatori ritiene, come dicevo, essere bisognose di una tutela differenziata*". Na doutrina brasileira, SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros: 2000. p. 136, observa: "Na verdade, a tutela jurisdicional diferencia-se na medida em que o ordenamento proporciona formas de proteção diferenciadas em relação às já previstas, proporcionando *alternativas ao demandante em face do processo de cognição exauriente*, ou inserindo nos diversos modelos processuais medidas que os capacitem a propiciar tutela jurisdicional adequada". Grifos no original. No mesmo sentido do texto, LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 39, conclui que "é possível conceituar a tutela jurisdicional diferenciada como o conjunto de instrumentos ou técnicas para fazer o processo atuar eficazmente, em tempo razoável, garantindo a adequada proteção dos direitos segundos os princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica".

Do confronto entre as espécies de tutela jurisdicional definitiva e provisória, conclui-se que a primeira atende melhor o princípio da segurança jurídica, já a segunda se apresenta como manifestação do princípio da efetividade processual.

A tutela definitiva deflui, *v.g.*, do parcimonioso desenvolvimento do procedimento comum ordinário, ao passo que a tutela provisória compreende as técnicas processuais cautelares e antecipatórias, que se destinam, respectivamente, a assegurar a viabilidade e efetividade da realização de um direito a ser eventualmente reconhecido no processo principal, ou à própria satisfação antecipada da tutela final pretendida.²⁷⁰

No direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva, está inserido o direito fundamental à técnica processual adequada. Isso significa que a tutela só será efetiva, se estiver de acordo com as exigências do direito material e da realidade social.

Mais especificamente, é correto assinalar que o direito fundamental à técnica processual adequada implica o direito fundamental à tutela jurisdicional provisória, porquanto há situações fáticas que tornam inviável a espera pela tutela definitiva, sem que sejam tomadas providências em alguns casos de natureza meramente conservativa, em outros, de feição satisfativa.

Desse modo, no conjunto de posições jusfundamentais reunidas no direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva, hão de ser vislumbradas as posições jurídicas relativas às chamadas tutelas de urgência, que compreendem a

²⁷⁰ Cuidando da diferenciação entre as tutelas jurisdicionais definitiva e provisória, ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39-40, observa que “A primeira, que privilegia o valor ‘segurança’, tem as seguintes características básicas: (a.1) é formada nos procedimentos nos quais se propicia cognição exauriente da lide, ou seja, oferecem-se às partes meios adequados de contraditório e defesa de suas posições jurídicas, e (a.2) é marcada pela imutabilidade própria da coisa julgada material. A segunda, que privilegia o valor ‘efetividade’, caracteriza-se: (b.1) por estar necessariamente referenciada a um pedido de tutela definitiva, à falta do qual não tem ou perde sua razão de ser; (b.2) por ter como pressuposto uma situação de urgência, entendida em sentido amplo, compreendendo-se como tal a situação fática que, de alguma forma, compromete a regular prestação da tutela definitiva; (b.3) por ser formada à base de cognição sumária, assim considerada a cognição menos aprofundada, no seu nível vertical, que a cognição exauriente própria da tutela definitiva a que se acha referenciada; (b.4) por ter eficácia limitada no tempo, não perdurando por prazo maior que o da concretização de sua finalidade ou da duração do processo no qual é buscada a tutela definitiva correspondente; (b.5) por ser precária, não submetida à imutabilidade da coisa julgada, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo [...]”.

tutela cautelar e a tutela antecipada fundada no art. 273, I, do Código de Processo Civil.

Como densificação da norma positivada através do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, apresentam-se os direitos fundamentais à tutela cautelar e à tutela antecipada.²⁷¹

De acordo com alguns autores, o art. 5º, XXXV, encerra a garantia constitucional do direito de ação, fazendo dela derivar o direito à tutela efetiva,²⁷² ou à tutela adequada.²⁷³ Nessa perspectiva, então, salienta-se que o direito de ação não se resumiria ao direito de movimentar os órgãos do poder judiciário, mediante o preenchimento das condições da ação.

Não há dúvida, conforme se expôs anteriormente,²⁷⁴ de que o direito de ação está compreendido na cláusula constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. Mas nem todos que têm o direito de ação são titulares do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, já que este pressupõe que a parte tenha razão.

De qualquer forma, importa ressaltar que deriva do enunciado normativo jusfundamental do art. 5º, XXXV, o direito à técnica processual adequada, que, por sua vez, serve de fundamentação jusfundamental para os direitos à técnica cautelar e à técnica antecipatória.

²⁷¹ Nesse sentido, DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 331, assevera: “Não há como negar, portanto, a natureza constitucional da tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), pois quando a Constituição garante acesso ao Poder Judiciário, garante, implícita e explicitamente o acesso à tutela de urgência. Implicitamente, porque basta garantir o acesso à jurisdição para que esteja garantido o acesso à tutela de urgência, haja vista que a tutela cautelar está ao lado da tutela de conhecimento e de execução como forma de prestação jurisdicional. Explicitamente, porque, se havia alguma dúvida, a Constituição declarou expressamente que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Grifo no original.

²⁷² Nessa linha, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006c. p. 81, defende que “O direito de ação deve ser visto como garantia de efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil”.

²⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 132, “Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio”.

²⁷⁴ Item 5.1.

Dessa maneira, uma vez que o juiz seja convencido, v.g., sobre a necessidade da concessão de provimento jurisdicional de natureza antecipatória, deve concedê-lo por imposição constitucional, o que pode conduzi-lo a deixar de aplicar norma infraconstitucional que vede a concessão de medidas dessa natureza.²⁷⁵

São, portanto, direitos fundamentais, como densificações do direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva, os direitos aos provimentos jurisdicionais provisórios.

Quando as circunstâncias fáticas e as peculiaridades da situação de direito material exigirem a utilização das técnicas processuais antecipatórias e cautelares, o juiz tem o poder-dever de aplicá-las, submetendo-se ao controle de racionalidade promovido pelos representantes das partes.

5.5.2 Direito ao procedimento adequado

O procedimento, como se discutiu anteriormente, é um exemplo de técnica processual, de sorte que o direito fundamental à técnica processual adequada abrange o direito ao procedimento adequado.

Importa aqui investigar a relação entre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito ao procedimento adequado, o que envolve a análise dos desdobramentos da instrumentalidade do processo relativos à técnica dos procedimentos.

De acordo com uma concepção ampla de efetividade, o processo será considerado efetivo, se estiver de acordo com suas finalidades. Logo, o procedimento adequado deverá mostrar-se em condições de atender aos escopos do processo.

Seguindo-se uma perspectiva mais específica, convém salientar, posteriormente, a relação do procedimento adequado com as técnicas processuais antecipatórias e cautelares, as quais, como discutido no tópico anterior, encerram

²⁷⁵ Seguindo o mesmo raciocínio, NERY JUNIOR, Nelson, ob. cit., 2004. p. 132, ensina que “Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente”.

posições jusfundamentais relativas ao direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva.

Ora, se o processo serve de instrumento para a solução de crises relativas ao plano material do ordenamento jurídico, se os procedimentos são os modos pelos quais o processo se exterioriza, logicamente os procedimentos, como técnicas processuais, só serão adequados se estiverem de acordo com as necessidades do direito material.

A existência de procedimentos moldados às situações jurídicas substanciais é condição indispensável para o fiel cumprimento do escopo jurídico do processo, que diz respeito à aplicação do direito material objetivo aos casos concretos.

Os procedimentos devem servir para discussão de interesses de variada ordem, que não se limitam ao aspecto meramente individual, alcançando também os de dimensão transindividual, sejam coletivos ou difusos.

Uma das formas de manifestação da cidadania consiste em influir no poder-dever jurisdicional de decidir os conflitos regulados juridicamente, em participar através do processo.²⁷⁶

Não resta dúvida de que uma decisão será tanto mais legítima, quanto maior for a possibilidade de participação dos que serão por ela afetados. Nos ordenamentos jurídicos em que há uma Constituição democrática, os procedimentos devem, portanto, permitir a devida participação das pessoas que se sujeitarão aos efeitos das decisões prolatadas pelo órgão jurisdicional. Com isso, o processo se mostrará apto ao atendimento de uma de suas finalidades políticas.

Saliente-se ainda que se o procedimento permitir de forma adequada a participação de todos os envolvidos na situação de direito material deduzida em

²⁷⁶ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99, “O cidadão não é mais o simples eleitor, nem o candidato em quem se vota. É o sujeito ativo, participante do fenômeno político, com direitos e aptidões de participar das decisões do Estado, deste cobrando, exigindo e vindicando posturas e atitudes efetivas para a satisfação das necessidades e anseios sociais e individuais”. Logo, através do processo, o cidadão participa da tomada de decisão jurisdicional, na medida em que exerce influência sobre o convencimento do juiz.

juízo, o processo tenderá a atingir de modo mais satisfatório seu escopo de pacificação social.

Está claro que os procedimentos devem ser estruturados tendo em vista as finalidades do processo. A definição dos escopos do processo traz consigo a referência a princípios. A dificuldade reside menos na identificação dos princípios pertinentes do que na definição do peso relativo de cada um no caso concreto, operação que demanda a aplicação do procedimento da proporcionalidade.

Como exemplo da relação entre finalidades do processo e princípios constitucionais, mencione-se a relação entre o escopo jurídico e os princípios processuais constitucionais da ampla defesa e do contraditório. É correto afirmar que a aplicação do direito através do processo implica a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ocorre que, além do escopo jurídico, o processo deverá atender a seu escopo social. O processo somente cumprirá sua função de pacificação social, se puder eliminar de maneira adequada as insatisfações decorrentes da violação ou da ameaça de lesão a direito. Para isso, pode ser necessário o recurso às técnicas processuais antecipatórias e cautelares, que derivam do direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva.

As tutelas jurisdicionais provisórias, como tutelas diferenciadas, não se sujeitam ao completo desenvolvimento do procedimento comum ordinário, desenhado em atenção ao princípio da segurança jurídica. Como em certas situações, o princípio da segurança jurídica deve ceder diante de razões constitucionais mais fortes, relativas ao princípio constitucional da efetividade, o legislador prevê, *v.g.*, no sistema processual, a possibilidade de concessão de provimentos antecipatórios.

Entretanto, não é suficiente a previsão, pelo legislador, de formas de tutela diferenciadas. No momento em o juiz defere um pedido de antecipação de tutela, poderá estar diante de um caso difícil de direito fundamental, que deverá ser resolvido com o auxílio dos mandados da proporcionalidade, na medida em que se verifica uma colisão entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade.

Dentre as classificações relativas aos procedimentos, interessa, neste momento, fazer referência a distinção entre procedimentos de cognição exauriente e procedimentos de cognição sumária, uma vez que o direito fundamental ao procedimento adequado, a depender da situação, pode consistir ora no direito ao procedimento comum ordinário, ora no direito ao procedimento sumarizado pela técnica processual da cognição.

Se a situação de direito material posta em juízo e se as partes puderem esperar, sem risco de danos irreversíveis ou de difícil reparação, o tempo necessário para que se chegue à decisão concessiva de tutela definitiva, o procedimento adequado será aquele de cognição exauriente.

Se, ao contrário, peculiaridades da situação jurídica substancial ou especiais condições de uma das partes tornarem inviável a espera pela tutela definitiva, dever-se-á admitir como adequado o procedimento de cognição sumária, já que, na hipótese aventada, será indispensável a concessão de um provimento jurisdicional de natureza provisória.

5.5.3 Direito ao provimento jurisdicional adequado

Faz parte do direito fundamental como um todo a posição jusfundamental relativa ao provimento jurisdicional adequado. Se, em determinada demanda, uma parte tem direito à antecipação da tutela, naturalmente terá direito ao provimento jurisdicional adequado à concessão da medida antecipatória.²⁷⁷

O provimento jurisdicional adequado, que poder ser uma sentença ou uma decisão interlocutória, deve, como qualquer técnica processual, atender às necessidades do direito material, bem como estar de acordo com as circunstâncias fáticas.

Assim, por exemplo, se o autor pede com razão a antecipação da tutela da entrega de uma coisa, o órgão jurisdicional poderá conceder um provimento mandamental, que atue sobre a vontade do demandado, para que ele venha a

²⁷⁷ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2004. p. 210, “Como a prestação efetiva da tutela do direito depende do provimento adequado, é claro que não há como falar em direito à tutela sem pensar em direito ao provimento que seja capaz de prestá-la”.

realizar a entrega em questão. Nesse caso, o juiz poderá determinar que o réu entregue a coisa, sob pena de multa.

Em outras situações, poderá ser necessária a concessão de um provimento executivo, que realize o direito afirmado pela parte beneficiada, sem que intervenha a vontade da parte em cujo desfavor o provimento é deferido. Seria o caso, v.g., de adoção do desconto em folha de funcionário público, contra quem foi concedido provimento antecipatório do pagamento de soma em dinheiro.

O clássico provimento jurisdicional condenatório, que pode dar ensejo à transformação do patrimônio do réu por atos de sub-rogação, mostra-se adequado para a tutela de direitos patrimoniais disponíveis, quando o autor não dispõe de razões convincentes que o eximam de esperar o tempo necessário para o recebimento da quantia que lhe cabe.

Já em se tratando de um caso em que seja necessário, por exemplo, conferir ao autor a antecipação dos efeitos da tutela de soma almejada, com fulcro no art. 273, I, do CPC, resulta bastante claro que o provimento jurisdicional adequado não pode ser de natureza condenatória em sentido estrito, porquanto a urgência relativa à prestação imediata da tutela não admite a demora dos atos sub-rogatórios que transformam o patrimônio do réu em dinheiro.

Quanto aos provimentos jurisdicionais meramente declaratórios, observe-se que não são objeto de antecipação de tutela, já que a mera declaração baseada em cognição sumária não oferece maior utilidade.²⁷⁸ No que se refere aos provimentos jurisdicionais constitutivos, propugna-se a admissibilidade da antecipação de seus efeitos concretos, como decorrência do direito fundamental à tutela efetiva.²⁷⁹

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 60-61, exemplifica: “A declaração sumária da legitimidade de um ato parece valer muito pouco – ou talvez nada –, quando se percebe que o juiz pode julgar improcedente o pedido declaratório ainda que já tenha, no juízo antecipatório, ‘declarado sumariamente’ algo no sentido inverso. Se o juiz julga improcedente o pedido declaratório, fica definida a ilegitimidade do ato que na ‘decisão sumária’ foi suposto legítimo, devendo o autor responder como se a declaração sumária não houvesse sido pronunciada”.

²⁷⁹ Ibid., 2006. p. 63, “Note-se que ninguém pode pensar em termos de efetividade e não admitir a antecipação dos efeitos concretos da constituição. Quem percebe que a utilidade buscada pelo autor da ação constitutiva está no plano dos efeitos, obrigatoriamente conclui que é viável a antecipação dos efeitos concretos da sentença constitutiva”. Nas ações declaratórias e constitutivas, é admissível a antecipação dos efeitos secundários do provimento de mérito, que possuam natureza mandamental ou executiva (VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada*: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 162).

Portanto, podem ser provimentos jurisdicionais adequados à técnica antecipatória, consectária do direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva, os mandamentais, os executivos e, de forma menos frequente, os constitutivos, sendo, para a finalidade apontada, imprestáveis os condenatórios, assim como os meramente declaratórios.²⁸⁰

Não bastam, portanto, os provimentos comumente identificados na classificação trinária para a definição do provimento jurisdicional adequado ao direito material e as condições fáticas do caso concreto.

É necessária a utilização de provimentos mandamentais e executivos, pouco importando, do ponto de vista prático, se esses provimentos constituem categorias autônomas, ou se, na verdade, devem ser considerados como técnicas processuais condenatórias em sentido amplo.

²⁸⁰ Sobre a controvérsia relativa à classificação dos provimentos jurisdicionais, BUENO, Cassio Scarpinella, ob. cit., 2007. p. 111-112, ressalta: “Fico com aqueles que vêem a tutela executiva e a tutela mandamental ao lado da tutela condenatória, no sentido que essas três espécies de tutela jurisdicional distinguem-se umas das outras muito mais pela forma de tornar realidade concreta aquilo que foi decidido pelo juiz (efeitos para *fora* do processo) do que pela sua função interna, endoprocessual (efeitos para *dentro* e para o *próprio* processo). Todas elas, a bem da verdade, ‘condenam’ no sentido de impor a alguém, que transgrediu ou está na iminência de transgredir a ordem jurídica, umas tantas conseqüências, em uma palavra, a ‘sanção’ devida pelo seu comportamento ou omissão. O saber como e em que medida essas conseqüências vão lhes ser impostas concretamente, vão virar realidade, vão ser ‘cumpridas’ ou ‘acatadas’, é que diferencia as três espécies”. Grifos no original.

6 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Depois de exposta a visão do processo na ótica do direito material e esclarecidos os aspectos relevantes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, chega-se ao momento adequado para a análise de questões atinentes ao instituto da tutela antecipada, com destaque para o objeto deste estudo, consistente na análise jusfundamental da antecipação da tutela, o que requer o auxílio do procedimento da proporcionalidade.

De início, convém firmar posição sobre a questão relativa às semelhanças e diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada. Nesse ponto, vislumbra-se já aplicação da proporcionalidade, no que se refere ao princípio da fungibilidade das tutelas de urgência.

Em seguida, analisa-se a aplicação da proporcionalidade nas diferentes modalidades de antecipação de tutela, a saber, tutela antecipada em situação de perigo, tutela antecipada por abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório e tutela antecipada baseada em evidência.

Posteriormente, procede-se à interpretação da regra segundo a qual a tutela antecipada não deverá ser concedida, caso haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório. A respeito, o procedimento da proporcionalidade se apresenta indispensável.

Por fim, a investigação se dirigirá a mais um aspecto revelador da inafastável relação entre proporcionalidade e antecipação de tutela, que corresponde ao estudo da efetivação dos provimentos antecipatórios.

6.1 Tutela antecipada e tutela cautelar

As tutelas antecipada e cautelar, como formas de tutela jurisdicional diferenciada, apresentam certas semelhanças, que merecem ser exploradas adiante. Essas semelhanças, contudo, não vão a ponto de permitir a indiferença entre as tutelas antecipada e cautelar, sobretudo quando se tem presente a dogmática jurídica nacional.

As dificuldades teóricas e práticas relativas à distinção entre os provimentos cautelares e antecipatórios em situação de perigo acabaram por forjar o princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, que motivou a inclusão do §7º no art. 273 do CPC.

O controle de racionalidade da decisão jurisdicional que promove a fungibilidade das tutelas de urgência exige a aplicação dos mandados da proporcionalidade.

Ademais, a relação entre proporcionalidade e fungibilidade das tutelas de urgência serve para elucidar determinadas situações de fungibilidade, em relação às quais a interpretação literal do enunciado normativo do mencionado §7º é absolutamente insuficiente.

6.1.1 Semelhanças entre a tutela antecipada e a tutela cautelar

Tanto a tutela antecipada como a tutela cautelar possuem fundamento constitucional, são decorrentes da cláusula da inafastabilidade do controle jurisdicional, integrando o direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva.²⁸¹

São formas de tutela jurisdicional diferenciadas, na medida em que são provisórias, podendo ser concedidas liminarmente, com base em cognição sumária. Como regulam de forma não definitiva a situação jurídica das partes em conflito, podem ser revogadas, uma vez que desapareçam as circunstâncias autorizadoras de sua concessão, por isso mesmo não faria nem sentido cogitar acerca da possibilidade de serem acompanhadas pela eficácia da coisa julgada material.

Não é correto, contudo, afirmar que toda forma de tutela jurisdicional antecipada é resultado de cognição judicial sumária, haja vista a possibilidade de concessão de tutela antecipada com base em cognição exauriente, nos termos do

²⁸¹ Item 5.5.1

art. 273, §6º, do CPC. Pense-se, ainda, na possibilidade de concessão da antecipação da tutela na sentença.²⁸²

Observa-se ainda que a tutela cautelar e a tutela antecipada baseada em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação pertencem ao gênero das tutelas de urgência,²⁸³ que se destinam a evitar que o tempo necessário à marcha do processo torne inefetiva a tutela jurisdicional dos direitos.

Para cumprir sua função de zelar pela utilidade das decisões de mérito finais,²⁸⁴ o órgão jurisdicional recorre aos provimentos de urgência, seja de natureza antecipatória ou cautelar.

Em se tratando de providências antecipatórias urgentes, a fruição imediata da tutela final perseguida revela-se indispensável para a situação jurídica do autor, bem como para a prestação do resultado do processo. No caso das tutelas cautelares, tenciona-se garantir a utilidade, v.g., da futura e eventual tutela jurisdicional de mérito.

É óbvio que, sendo justificável a concessão de um provimento jurisdicional urgente, o não deferimento de uma providência dessa natureza importará o desempenho de uma atividade jurisdicional que, ao final, muito provavelmente, será inútil para parte que tenha razão, pois já se haverá consumado um dano irreparável ou de difícil reparação ao direito cuja tutela deveria ter sido adiantada, ou assegurada.

²⁸² LOPES, João Batista, ob. cit., 2007. p. 89-92; BUENO, Cassio Scarpinella, ob. cit., 2007. p. 80 e ss.; ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 122 e ss.

²⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 102-103, indica como tutelas de urgência: “a) medidas a que, por assim dizer, podemos chamar ‘puramente’ cautelares, como as de produção antecipada de prova; b) medidas incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados suscetíveis de cessação: v.g., a concessão de alimentos a título provisório; c) medidas também incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados definitivos; por exemplo: a demolição de prédio em ruína iminente, para resguardar a segurança pública (Código de Processo Civil, art. 888, nº VIII); d) medidas antecipatórias fundadas no art. 273, ou em regra especial inserta em lei extravagante, e desprovidas de índole cautelar: v.g., a imissão do expropriante na posse do bem objeto de desapropriação (Dec.-lei nº 3.365, art. 15)”.

²⁸⁴ VERDE, Filippo. *I provvedimenti di urgenza*. Padova: CEDAM, 2005. p. 3, não se pode prescindir de um instrumento processual (provimento de urgência) que “assegure em caso de urgência a utilidade da decisão futura na sentença de mérito”. Traduziu-se. No original: “assicuri in casi di urgenza la utilità della decisione futura nel giudizio di merito”.

Seria o caso, por exemplo, da não concessão de um arresto, quando devido, o que acabaria por frustrar a tutela jurisdicional executiva e, dessa forma, causaria dano injusto à esfera patrimonial do titular do direito de crédito. Outro exemplo seria rejeitar, de forma injustificada, o pedido do autor no sentido de proibir o réu de publicar certas imagens, extremamente prejudiciais à honra daquele, em revista de grande circulação.

Está claro que a tutela cautelar é uma forma de tutela jurisdicional urgente, uma vez que sua concessão pressupõe o preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, todavia a variedade das formas de antecipação da tutela impede a inclusão da espécie “tutela antecipada” na classe das tutelas urgentes, porquanto somente a tutela antecipada contra o perigo de dano é urgente.²⁸⁵ Independem do *periculum in mora* as formas de antecipação da tutela previstas no inciso II e no §6º do art. 273 do CPC.

Assim, um traço comum, que permitiria a classificação das tutelas antecipada e cautelar em uma mesma categoria, seria o da provisoriedade, critério meramente formal, de natureza processual, que não informa a função de cada uma dessas tutelas com respeito à situação jurídica substancial deduzida em juízo.

Porém, convém ressaltar que o sentido de provisoriedade não é mesmo nas tutelas antecipadas e nas tutelas cautelares. A provisoriedade na tutela antecipada, além de significar que pode ser modificada ou revogada sempre que houver razões que o justifiquem, traduz a ideia de que pode, ou não, ocorrer a confirmação da antecipação da tutela pelo provimento jurisdicional final.

Por sua vez, a tutela cautelar é essencialmente temporária, não tem, de forma alguma, a pretensão de converter-se em definitiva, já que é instrumental em relação à tutela de conhecimento ou de execução.²⁸⁶

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 53-54, “não é correto pensar que a *urgência* é a nota caracterizadora da tutela antecipatória, ou melhor, que a tutela de urgência é o gênero do qual constituem espécies a tutela antecipatória e a cautelar. É que aí faltaria lugar para a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa”.

²⁸⁶ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002. p. 204, “A *provisioriedade* nos procedimentos sumários não-cautelares diz respeito à formação do procedimento que não é dotado de absoluta certeza, mas de probabilidade de que ao final seja confirmado aquilo que se havia como provável. Todavia, há um risco de tal confirmação não ocorrer e nesse ponto reside a utilização da denominação de *provisório*. Nessa hipótese, o procedimento aspira tornar-se

Portanto, além da natureza jusfundamental, a semelhança básica entre as tutelas antecipada e cautelar está no fato de serem tutelas destituídas de definitividade no plano jurídico.

6.1.2 *Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar*

Em que pesem as semelhanças apontadas, os institutos da tutela antecipada e da tutela cautelar apresentam contornos diferenciados, a serem expostos por exigência de clareza derivada da dimensão analítica da dogmática jurídica processual, como também pela circunstância de acarretarem efeitos práticos distintos, na perspectiva do direito material discutido em juízo.

A diferença fundamental, com o auxílio da qual se distingue teoricamente a tutela antecipada da tutela cautelar, reside no atributo da satisfatividade, presente na tutela antecipada, ausente na tutela cautelar, que tem função meramente assecuratória.

Ao requerer, por exemplo, na petição inicial, um provimento jurisdicional de natureza antecipatória, o autor visa a obter uma decisão, revestida de provisoriedade, que lhe permita, desde logo, usufruir os efeitos que, nos moldes do vetusto procedimento ordinário, só lhe poderiam ser franqueados pela sentença de mérito.

A seu turno, a tutela cautelar refere-se ao direito material apenas de forma indireta, na medida em que tem por escopo somente assegurar a eficácia e utilidade da tutela jurisdicional cognitiva, ou executiva, dita principal. Não apresenta, portanto, a tutela cautelar função satisfativa.

Afirma-se, então, que a tutela antecipada tem “eficácia satisfativa”²⁸⁷, “nada tem a ver com a tutela cautelar [...], por estar além do assegurar”²⁸⁸, corresponde a “medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado”²⁸⁹, que “adianta a

definitivo. Nas cautelares, ao contrário, não há possibilidade de definitividade da medida, pois é emanada no aguardo de um procedimento definitivo. A natureza é *provisória*, nasce sem pretensão de tornar-se definitiva, independe da cognição do procedimento, ser menos pleno que o ordinário, pois a *provisoriade* reside em sua finalidade, no seu objeto”.

²⁸⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 18.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 131.

²⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., 2007. p. 49.

própria pretensão substancial”²⁹⁰, “implica o adiantamento de efeitos, embora de forma provisória e limitada, da tutela de mérito que se demanda”²⁹¹, destina-se “a fornecer ao sujeito aquilo mesmo que ele pretende obter ao fim, ou seja, a coisa ou situação da vida pleiteada”²⁹², consiste em “providência jurisdicional que, antecipada, coincide, total ou parcialmente, com os efeitos que, a final, busca-se com a sentença”²⁹³.

Dessa forma, o que singulariza o provimento jurisdicional antecipatório, diferenciando-se das providências meramente acautelatórias, é a propriedade, ínsita a sua denominação, de permitir ao requerente a satisfação adiantada da tutela que busca ver prestada, ao final, de forma definitiva.

De fato, não é a capacidade de promover a satisfação imediata de qualquer requerimento que teria o condão de qualificar uma tutela jurisdicional como sendo revestida de caráter antecipado.

Se o requerente pretende, v.g., por meio de ação cautelar de arresto, que bens do devedor sejam preservados, a fim de que se garanta a viabilidade de uma eventual execução que sobre eles recaia, a concessão da medida cautelar típica de arresto satisfaz o requerimento do credor de providência acautelatória, mas nem por isso, como é óbvio, a medida é antecipatória.

No exemplo apontado, o provimento jurisdicional deferido se limita a assegurar a possibilidade de realização efetiva do direito de crédito. Situação bastante diversa ocorreria na hipótese de autor pedir, v.g., antes da sentença, o adiantamento do efeito executivo sobre o patrimônio do réu, para, com o crédito antecipado, custear procedimento cirúrgico indispensável para a manutenção de sua vida.

No caso da tutela cautelar, o interesse do requerente se volta para uma providência jurisdicional que se mostre adequada para garantir a efetividade de outra atividade desenvolvida no âmbito da jurisdição, denominada “principal”.

²⁹⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 33.

²⁹¹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 109.

²⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63.

²⁹³ BUENO, Cassio Scarpinella, ob. cit., 2007. p. 30.

Assim, o arresto dos bens, quando devido, é medida indispensável para que seja preservada a utilidade de uma futura execução. Logo, a tutela cautelar pressupõe outra base procedimental, em curso, ou a ser instaurada em momento posterior. Portanto, do ponto de vista processual, a tutela cautelar se caracteriza por ser instrumental em relação a outro processo. Na perspectiva do direito material, a tutela cautelar se apresenta como forma de tutela destinada a assegurar a possibilidade de realização efetiva de um direito.

O provimento jurisdicional antecipatório adianta ao requerente efeitos da tutela final pretendida. O pedido de tutela antecipada não se faz através de procedimento próprio, como deve ocorrer, pelo menos em regra, no caso das tutelas cautelares. Não se afigura adequado dizer que a antecipação da tutela é instrumental em relação ao direito afirmado pelo requerente, uma vez que a técnica antecipatória tem por escopo a satisfação adiantada do direito afirmado em juízo.

Ao antecipar, em caráter provisório, os efeitos da tutela final, a técnica antecipatória vai além da função meramente acautelatória, de sorte que a satisfação decorrente do provimento jurisdicional antecipatório, em sede teórica, não se deve confundir com a satisfação de medida meramente assecuratória.

Compreender o processo na perspectiva do direito material significa interpretar os institutos processuais sob o prisma da tutela dos direitos. As normas processuais têm por finalidade permitir ao titular de um direito a satisfação das utilidades que esse direito lhe enseja.

Portanto, seguindo-se a perspectiva apontada, o importante é assegurar a tutela efetiva dos direitos, o que implica a necessidade de salvaguardar a utilidade dos resultados do processo. São importantes os resultados do processo, não por razões endoprocessuais, mas porque devem ser observados os escopos processuais, dentre os quais se destaca, quando da análise da tutela antecipada, o escopo de ensejar ao litigante que possua razão, através de provimento jurisdicional provisório, a possibilidade de desfrutar, parcial ou totalmente, dos benefícios que sua posição jurídica lhe permite.

Logo, dizer que um provimento sumário antecipatório é cautelar, só porque assegura a utilidade do resultado da decisão definitiva, acaba por emprestar

conotação excessivamente ampla ao termo “cautelar”, além do que, de certa forma, obscurece a inegável importância das decisões provisórias que antecipam a tutela, as quais, em alguns casos, podem ser necessárias até mesmo para a proteção do direito fundamental à vida, situação em que seriam mais importantes do que um sem-número de decisões definitivas corriqueiras.

De acordo com essa concepção lata sobre o que signifique uma tutela cautelar, parece que o mais importante não é propriamente a tutela efetiva dos direitos, mas garantir que a decisão definitiva seja útil, o que é de se rejeitar, dada a manifesta inversão da realidade. Ora, a decisão definitiva deve ser útil, porque, como técnica processual, consiste em meio para a prestação da tutela jurisdicional de um direito, não porque tenha qualquer importância em si mesma, haja vista sua natureza instrumental.

Embora não se possa negar que a linguagem permita o uso amplo da expressão “tutela cautelar”, para nela compreender provimentos antecipatórios e meramente conservativos ou assecuratórios, é salutar discutir, nos limites da dogmática jurídica nacional, qual seria o uso mais apropriado, útil e coerente dos termos “tutela cautelar” e “tutela antecipada”.

Conforme se vem tentando firmar pela argumentação, não se afigura como a melhor solução não fazer a diferenciação entre tutela antecipada e tutela cautelar, ou considerar a tutela antecipada como espécie do gênero cautelar. Essa argumentação só tem a se reforçar, quando se leva em consideração o direito positivo brasileiro.

Se o ordenamento jurídico brasileiro não dispusesse de previsão normativa explícita para a antecipação da tutela, poder-se-ia cogitar, tendo em vista a necessidade de conferir tutela jurisdicional efetiva aos direitos, do uso antecipatório da tutela cautelar, que se daria através de medidas cautelares atípicas, como ocorreu no direito italiano, através de interpretação sistemática do enunciado art. 700 do CPC peninsular,²⁹⁴ de acordo com a qual seria possível conceder provimentos antecipatórios, com base na atipicidade dos provimentos de urgência.

²⁹⁴ De acordo com o art. 700 do CPC italiano, “Fora dos casos regulados nas seções precedentes deste *caput*, quem há fundado motivo de temer que durante o tempo ocorrente para fazer valer seu

Ocorre que, desde a reforma da legislação processual civil de 1994, que o CPC brasileiro conta com dispositivo expresso, o art. 273, que autoriza a concessão de provimentos antecipatórios, de modo que desde então a possibilidade de antecipação da tutela não se restringe a alguns procedimentos especiais, ou ao uso deturpado das ações cautelares, utilizadas com função antecipatória, à falta de previsão genérica expressa sobre a possibilidade de serem deferidas providências jurisdicionais antecipatórias.

Os conceitos elaborados pela dogmática jurídica não podem ignorar a dimensão empírica, da qual faz parte o direito positivo. Se no direito processual civil nacional a tutela cautelar tem fundamento em dispositivo autônomo em relação à tutela cautelar, certamente se verifica razão importante para a distinção entre essas formas de tutela.

Logo, no direito brasileiro, a tutela antecipada não é espécie de tutela cautelar. Diferencia-se desta, por antecipar, total ou parcialmente, os efeitos do provimento final pretendido. A tutela cautelar se limita a garantir a viabilidade da realização efetiva do direito, em regra em outro processo.

6.1.3 Proporcionalidade e fungibilidade das tutelas antecipada e cautelar

Verifica-se, na prática forense, que nem sempre a distinção entre a tutela antecipada e tutela cautelar se apresenta de forma clara. Há situações em que juristas bem preparados podem divergir sinceramente sobre se determinado

direito em via ordinária, este seja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável, pode pedir com recurso ao juiz os provimentos de urgência, que se mostrem, segundo as circunstâncias, mais idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito”. Traduziu-se. No original: *“Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”*. De acordo com TOMMASEO, Ferruccio, ob. cit., 2003. p. 55, “Na verdade, a constatação da vasta latitude dos poderes que as normas sobre os provimentos de urgência parecem atribuir ao juiz e a consciência de que a letra da norma, de per si, não exclui um possível conteúdo antecipatório da tutela urgente têm conspirado a encorajar a leitura de modo funcional do instituto disciplinado nos arts. 700 e ss. do c.p.c”. Traduziu-se. No original: *“Invero, la constatazione della vasta latitudine che le norme sui provvedimenti d'urgenza sembrano attribuire al giudice e la consapevolezza che la lettera della norma di per sé non esclude un possibile contenuto anticipatorio della tutela urgente, hanno conspirato a incoraggiare la lettura in chiave funzionale dell'istituto disciplinato negli artt. 700 ss. c.p.c.”*.

provimento jurisdicional antecipa os efeitos da decisão de mérito final, ou assume função meramente acautelatória.

A possibilidade de confusão se apresenta em relação às tutelas de urgência, uma vez que os pressupostos da tutela cautelar e da tutela antecipada em situação de perigo têm alguma semelhança.

Com respeito às técnicas antecipatórias fundadas em abuso do direito de defesa, ou no caráter incontroverso de um dos pedidos cumulados, ou de parcela deles, não se observa a confusão em relação às cautelares, na medida em que não se destinam a prestação de tutela urgente, não pressupõe fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Observa-se que o deferimento de medida cautelar se condiciona ao preenchimento dos requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora. A concessão de provimento antecipatório contra o perigo, do mesmo modo que ocorre em relação aos provimentos cautelares, se baseia em juízo de verossimilhança, porém se trata de juízo de semelhança que pode ser mais forte que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar.

Dessa forma, a diferença quanto aos pressupostos da tutela cautelar e da tutela antecipada em situação de perigo não é estrondosa. A distinção entre aparência do bom do direito requerida pela tutela cautelar e o juízo de verossimilhança da pretensão do autor é apenas de grau, sujeitando-se às variações dos casos concretos.

Exemplo revelador do quanto pode ser difícil, na prática, diferenciar a tutela antecipada da tutela cautelar se vislumbra nos casos de sustação de protesto, em razão da nulidade do título.

De um lado,²⁹⁵ sustenta-se que a sustação do protesto tem natureza cautelar, porquanto a mera sustação não antecipa o efeito principal do pronunciamento de mérito ambicionado, consistente na declaração de nulidade.

²⁹⁵ Compartilha dessa ideia, entre outros, BUENO, Cassio Scarpinella, ob. cit., 2007. p. 30.

Em sentido contrário,²⁹⁶ argumenta-se que a sustação do protesto, por consistir em adiantamento de um dos efeitos da sentença de mérito, possui natureza antecipatória.

O problema, realmente, não é de solução evidente, de modo que o desacordo entre os autores é de todo compreensível.

Saber, na situação apontada, se a providência tem perfil antecipatório ou acautelatório depende de uma tomada de posição relativa aos efeitos que são adiantados pela técnica antecipatória.

Não se afigura de bom alvitre defender que, havendo qualquer efeito do provimento de urgência coincidente com um dos efeitos da sentença de mérito, configurar-se-á providência antecipatória, haja vista a circunstância de a sentença não possuir apenas um efeito, mas diversos efeitos, dentre quais um sobrelevará.

Pode-se argumentar, então, que, como não basta a coincidência em relação a quaisquer efeitos da sentença de mérito, deve-se observar se se verifica a correspondência entre o efeito do provimento provisório com o efeito primordial da referida sentença. Nesse caso, a sustação do processo consubstanciaria mera cautela.

Se a parte precisa de medida de urgência de natureza conservativa, deve, em princípio, propor ação cautelar, em caráter incidental, ou como ação preparatória. Por sua vez, o requerimento de antecipação de tutela pode ocorrer, *v.g.*, na petição inicial, no agravo de instrumento, já que, em se tratando da técnica processual antecipatória, não se observa autonomia procedimental.

Ora, ainda em referência ao caso da sustação do protesto, se se formulasse pedido de antecipação de tutela, entendendo o juiz que a situação na verdade exige a propositura de ação cautelar, correria a parte o sério risco de não ver atendida sua necessidade de tutela de urgência, pela simples formalidade de não ter escolhido fazer uma petição inicial de ação cautelar, em vez petição inicial de ação de conhecimento.

²⁹⁶ Assim parece a LOPES, João Batista, *ob. cit.*, 2007. p. 179.

O indeferimento do provimento de urgência, por haver a parte feito pedido de tutela antecipada em vez de tutela cautelar, ou por haver feito pedido de tutela cautelar em vez de tutela antecipada, privilegia a formalidade do processo, que é projeção do devido processo legal formal e na situação aventada se faz acompanhar pelo princípio dispositivo, em detrimento da tutela jurisdicional efetiva, em cujo favor, no caso em tela, também milita o princípio da economia processual.

Diz-se que a formalidade do processo é derivada da dimensão formal do devido processo legal, uma vez que esta se caracteriza por prescrever a observância à formal legal previamente estabelecida, o que conduz ao atendimento do princípio da segurança jurídica.²⁹⁷

Admitindo-se que a forma legal prevista pelo sistema processual para o requerimento de uma sustação de protesto é uma ação cautelar, o pedido de sustação de protesto como providência antecipatória viola a prévia determinação legal do modo como os atos processuais devem ser exercidos.

A não concessão da tutela de urgência, em razão de o requerente haver trocado a ação cautelar pelo pedido antecipatório, homenageia ainda o princípio dispositivo, pois a aceitação da fungibilidade, na espécie, implicaria a existência de tutela jurisdicional cautelar, desacompanha de processo cautelar instaurado pela parte, de modo que o órgão jurisdicional determinaria medida que, do ponto de vista exclusivamente formal, não lhe foi pedida.²⁹⁸

A fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada contempla, ao lado do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o princípio da economia processual, porquanto o indeferimento de requerimento de tutela de urgência, por causa de desatendimento de formalidade processual, conduz o requerente a formular novo pedido de providência urgente, através da prática de outro ato processual, tendo em vista que o ato postulatório de tutela de urgência inicialmente realizado, por haver sido praticado em desatenção à formalidade processual, não foi julgado em condições de ser aproveitado no processo.

²⁹⁷ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 7-8.

²⁹⁸ Sobre a relação entre princípio dispositivo e fungibilidade das tutelas de urgência, v. MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 156-157.

Como a parte é levada a praticar dois atos processuais, a fim de que possa alcançar resultado que a partir de apenas um ato processual poderia ser atingido, verifica-se, à primeira vista, violação do direito fundamental à razoável duração do processo,²⁹⁹ que também serve de fundamento para o princípio da economia dos atos processuais.

É acertado dizer que a formalidade do processo não pode prevalecer, a ponto de fulminar o direito fundamental *prima facie* à tutela jurisdicional efetiva, o que significaria a real possibilidade de privilegiar, em numerosos casos, a parte que não tem razão.³⁰⁰

Deve-se lançar mão, portanto, de procedimento jurídico-argumentativo capaz de conciliar os padrões jurídicos em conflito, a permitir que seja alcançada uma solução equilibrada.

Cumpra averiguar, diante das circunstâncias do caso concreto, se é proporcional deixar de conferir tutela jurisdicional efetiva ao requerente que, conforme juízo de cognição sumária, tenha razão, dando-se preferência ao aspecto formal do devido processo legal.³⁰¹

Esse controle de proporcionalidade deve ser realizado pelo órgão jurisdicional, tendo em vista a própria estrutura do ordenamento jurídico,³⁰² de sorte que, como é claro, não é necessário que um dispositivo do CPC venha a autorizá-lo a fazer algo que ele já está obrigado a fazer.

²⁹⁹ Conforme o art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., 2006b. p. 101, “O culto à forma favorece aquele que pretende valer-se do processo para obter resultados que o direito material não lhe concede”.

³⁰¹ Sobre o problema da fungibilidade das tutelas de urgência, BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 95, ressalta: “Este problema demonstra, com clareza, a importância do correto dimensionamento do princípio da proporcionalidade no sistema processual, porque, em vez de argumentos puramente técnicos, decorrentes da distinção conceitual entre antecipação de tutela e medida cautelar, na verdade o que está em jogo é o interesse de uma das partes em obter uma medida liminar. Seria extremamente oneroso para alguém que, narrando uma situação de perigo, não obtivesse nenhuma liminar porque, tecnicamente, seu pedido estaria mal formulado. É evidente que, até recorrer desta decisão e obter um novo pronunciamento judicial, danos gravíssimos podem ocorrer ao litigante, às vezes irreparáveis, não sendo admissível impor um ônus tão excessivo assim aos litigantes em geral”.

³⁰² Item 3.4.

Como o exercício da jurisdição não pode ser realizado de forma arbitrária, a decisão segundo a qual um pedido de antecipação de tutela, em vez da formalmente devida ação cautelar, deve ser aceito, em respeito ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser fundamentada através de discurso jurídico racional balizado pelo procedimento da proporcionalidade.

Portanto, o acréscimo do §7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental ao processo ajuizado”, tem apenas a função de facilitar a argumentação necessária para sustentar a aplicação da fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada.

Em muitos casos, a simples remissão ao mencionado dispositivo legal, havendo sido comprovado que a medida pleiteada em caráter antecipatório preenche os requisitos da medida cautelar, será suficiente para que se admita a prevalência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Entretanto, a mera interpretação literal do enunciado normativo, em uma série de outros casos, revelar-se-á absolutamente insuficiente para o deslinde da colisão entre os padrões principiológicos do devido processo formal e daquele referente ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Nesses casos, o recurso ao procedimento da proporcionalidade se mostra não apenas útil, mas necessário, como condição de racionalidade da argumentação judicial.

A interpretação literal da disposição legal que tornou explícito o princípio da fungibilidade das tutelas de urgência conduz o intérprete a perplexidades.

De acordo com uma interpretação estreita do referido dispositivo, a fungibilidade só seria admissível se o autor formulasse pedido antecipatório em vez do cautelar, de modo que, se a situação contrária ocorresse, pedido cautelar no lugar do antecipatório, não se aplicaria o princípio da fungibilidade.

Outra possibilidade seria entender que apenas diante de situações extraordinárias seria correto admitir a fungibilidade recíproca das tutelas antecipadas e cautelar.³⁰³

Em verdade, o entendimento restritivo da fungibilidade permitida pelo art. 273, §7º, não deve ser prestigiado. A fungibilidade das tutelas de urgência há de ser recíproca,³⁰⁴ pois assim o exige a visão constitucional do processo, a partir da qual se fundamenta a ideia de que as técnicas processuais devem ser utilizadas como instrumentos para a tutela dos direitos.

Portanto, se o autor, a título de providência cautelar, requerer antecipação de tutela, deverá o juiz, presentes os respectivos pressupostos, conceder o provimento antecipatório.

Isso não quer dizer que tanto faz ao autor requerer tutela antecipada em situação de perigo ou tutela cautelar, porque ambas são espécies do gênero tutela de urgência. O princípio da fungibilidade das tutelas de urgência pressupõe a dificuldade plausível na identificação da forma de tutela de urgência apropriada às circunstâncias fáticas e jurídicas, deduzidas pelo autor em juízo.

Logo, o princípio da fungibilidade não se coaduna com o erro grosseiro, com a confusão inescusável entre providências meramente assecuratórias e antecipatórias.³⁰⁵ Se assim não fosse, a formalidade do processo, ampara pela dimensão formal do devido processo legal, restaria totalmente desprestigiada.

Ademais, não se pode cogitar acerca da indiferença, ou plena conversibilidade, das tutelas cautelar e antecipada contra o perigo, haja vista possuírem pressupostos distintos, posto que sejam semelhantes.

³⁰³ VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., 2003. p. 113, “Estariamos, de princípio, diante de uma fungibilidade desprovida de reciprocidade absoluta entre seus termos. Talvez, somente em casos excepcionadíssimos, pudéssemos cogitar de tal possibilidade, a fim de evitar uma lesão irreparável ao direito da parte e, ainda, exigindo dessa uma emenda de sua inicial (art. 284, CPC) a fim de proceder aos devidos ‘ajustes’ em sua demanda, afinal a ‘ação cautelar’ proposta apresenta-se com estrutura e requisitos próprios (art. 801, CPC)”.

³⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2007. p. 70-71, “a redação do novo §7º do art. 273 não é suficientemente clara, porque dá a impressão de que somente autorizaria o juiz a receber como cautelar uma demanda proposta com o título de antecipação, e não o contrário. Essa impressão é falsa, porque é inerente a toda fungibilidade de intercâmbio recíproco, em todos os sentidos imagináveis. Não há fungibilidade em mão única de direção”.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 162.

O pressuposto comum às tutelas de urgência é o *periculum in mora*. A distinção entre o *fumus boni iuris* exigível para o deferimento de medida cautelar e prova inequívoca da verossimilhança que condiciona as providências antecipatórias é apenas de grau, podendo variar de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Distinguem-se, então, os provimentos de urgência, tendo em vista a circunstância de a decisão deferitória de tutela cautelar assumir caráter meramente conservativo, ao passo que o provimento concessivo de medida antecipatória confere ao requerente o adiantamento, parcial ou total, dos efeitos do provimento jurisdicional final.

Uma vez dissolvidas por completo as fronteiras entre tutela antecipada em situação de perigo e tutela cautelar, ignorada diferença circunstancial de grau entre aparência do bom direito e elevada probabilidade do direito, o mandado da tutela jurisdicional efetiva, em confronto com a formalidade processual, converter-se-ia em mandado de maximização das possibilidades fáticas, situação em que a proporcionalidade em sentido estrito não teria qualquer aplicação, já que as possibilidades jurídicas não seriam reduzidas pelo formalismo inerente ao devido processo legal procedimental. Não é essa solução que, do ponto de vista constitucional, deve prevalecer.³⁰⁶

A indagação acerca da admissão da fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar, nos casos mais difíceis, que se não deixam resolver pela interpretação literal do §7º do art. 273, do CPC, envolve a restrição mútua entre os princípios da tutela jurisdicional efetiva e do devido processo legal formal. Verifica-

³⁰⁶ Em sentido contrário, LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 112, entende que, em virtude das modificações do CPC e, em particular, do §7º do art. 273, “não existe uma tutela antecipatória ou uma tutela cautelar, mas uma única tutela não definitiva e de cognição sumária, a qual chamamos tutela de urgência, cujos provimentos jurisdicionais possuem cognição e executividade, sendo executivos *lato sensu* ou mandamentais”, de tal modo que “Com o passar dos anos, quando a flexibilização técnica tiver sido absorvida pelo mundo jurídico, sendo compreendida e discutida pela doutrina e plenamente aplicada pelos operadores que a ela já estarão acostumados, não haverá mais ações ou pedidos por técnicas cautelares ou antecipadas, mas apenas de tutela de urgência”. Concretizado o juízo de prognose exposto por Eduardo Lamy, não haveria mais colisão entre princípio da tutela jurisdicional efetiva e princípio formal do processo, nem, portanto, aplicação da proporcionalidade, no que se refere à fungibilidade das tutelas de urgência, uma vez que não mais existiriam diferenciações entre tutela cautelar e tutela antecipada, como existem hoje.

se, portanto, que a questão se resolve mediante a aplicação dos testes da proporcionalidade.

Dessa forma, a fungibilidade das tutelas de urgência será admitida, sempre que importar restrição adequada, necessária e proporcional à formalidade processual, que emana do devido processo legal formal.

A decisão jurisdicional que releva o erro formal do requerimento de tutela de urgência feito pelo autor, para recebê-lo a título da tutela de urgência consentânea ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, será sempre adequada, na medida em que se configure como providência idônea ao cumprimento do referido direito à tutela efetiva.

Dessa forma, o provimento jurisdicional que promove a fungibilidade só não será adequado, quando o pedido de tutela de urgência houver sido realizado corretamente, quando o autor houver escolhido o tipo de tutela de urgência idôneo à situação jurídica posta em juízo.

O mandado da necessidade, no que se refere à colisão de princípios a ser enfrentada argumentativamente pelo provimento jurisdicional que admite a fungibilidade das tutelas de urgência, determina que a decisão atributiva de fungibilidade deve ser indispensável ao atendimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, apresentando-se como o meio mais suave de restrição ao princípio formal do processo.

Ora, se o provimento jurisdicional atributivo de fungibilidade é adequado, será também necessário, pois o juiz não poderá adotar outro meio menos gravoso para a eficácia do devido processo legal formal e ao mesmo tempo conforme ao direito fundamental à tutela efetiva. Ou o órgão jurisdicional entende que a fungibilidade deve ser admitida, ou não.

Nas situações em que decisão recebe o requerimento de tutela cautelar rotulado de pedido de tutela antecipada, é salutar que o órgão jurisdicional adote providência no sentido de conferir a maior eficácia possível ao devido processo legal

formal, consistente em determinar que o autor emende sua petição inicial, para a propositura da ação de conhecimento apropriada.³⁰⁷

Se a decisão atributiva de fungibilidade é necessária, deverá ainda ser proporcional em sentido estrito, para que passe pelo teste procedimental da proporcionalidade, de modo a ser considerada devida do ponto de vista constitucional.

O mandado da proporcionalidade em sentido estrito, que encerra o princípio da proporcionalidade, prescreve que seja realizada uma ponderação entre os padrões jurídicos conflitantes. Assim, no exame da proporcionalidade da decisão que promove a conversão do pedido de tutela cautelar em antecipada, ou vice-versa, preenchidos os respectivos pressupostos, devem-se ponderar os padrões da tutela jurisdicional efetiva e da formalidade processual.

Compreender o processo na perspectiva do direito material induz à valorização do princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva. Por sua vez, a formalidade do processo se reconduz ao princípio do devido processo legal formal, ao princípio dispositivo e ao princípio da segurança jurídica.

Através da utilização do mandado da ponderação, em diversos casos envolvendo o exame da admissibilidade da fungibilidade das tutelas de urgência, é possível alcançar o equilíbrio entre os padrões jurídicos contrapostos pertinentes.³⁰⁸

O provimento atributivo de fungibilidade ao pedido de tutela de urgência formalmente equivocado será proporcional, de acordo com o mandado da ponderação, se a importância do cumprimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva for maior do que o prejuízo sofrido pela formalidade processual.

³⁰⁷ Sobre a fungibilidade das tutelas de urgência, LOPES, João Batista, ob. cit., 2007. p. 180, “é possível, por interpretação teleológica, admitir-se ampla aplicação da fungibilidade *ad instar* de que ocorreu em relação ao sistema recursal, em que não há regra expressa sobre o ponto. Para tanto, será de rigor a aplicação do art. 284 do CPC com a concessão de prazo para o autor emendar a inicial, propondo a competente ação de conhecimento”.

³⁰⁸ Relativamente ao equilíbrio entre princípios formais e materiais, é oportuna a observação de BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., 2006b. p. 102, segundo a qual “É preciso, pois, harmonizar esses interesses conflitantes. Não abandonemos o formalismo processual, porque útil à obtenção de determinados objetivos. Mas não o transformemos no fim último do processo, pois, se o fizermos, estaremos encobrindo a injustiça com uma capa de legalidade”.

Abstratamente, não se pode estabelecer que sempre um princípio prevalecerá sobre outro, pois princípios são normas cujas possibilidades jurídicas são limitadas, embora devam ser otimizadas. A depender das circunstâncias do caso concreto, posto que seja algo menos frequente, o princípio da formalidade do processo pode ser mais importante do que o princípio material referente à tutela jurisdicional efetiva.

É o que ocorre quando o requerente se equivoca de modo grosseiro em relação ao provimento de urgência que deve pleitear. O princípio da fungibilidade das tutelas de urgência não se presta a acobertar o erro inescusável.

Se o autor pudesse pleitear o provimento de urgência que bem entendesse, pouco importando se no caso a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada é da mais cristalina evidência, não faria mais sentido afirmar a validade do princípio relativo à formalidade processual, no que diz respeito à diferenciação procedimental entre a tutela de urgência meramente assecuratória e a tutela antecipada em situação de perigo. A completa indiferença entre as espécies de tutela de urgência não é admissível, levando-se em consideração, entre outros aspectos, a dimensão empírica da dogmática jurídica nacional.

Pode-se afirmar, porém, que, no mais das vezes, o padrão jurídico relativo à formalidade processual cederá lugar em face do princípio jusfundamental da tutela jurisdicional efetiva.

Se o autor se equivoca, de modo compreensível, na identificação do provimento de urgência a ser aplicado ao problema posto em juízo, por haver dúvidas na doutrina ou na jurisprudência sobre se a situação jurídica em questão exige cautela ou medida antecipatória, seria odioso submeter seu direito ao risco de danos graves ou de difícil reparação, frustrando-lhe o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, em razão de mero deslize formal, que não teria havido, não fosse a justificável dificuldade prática de identificar, na espécie, a forma de tutela jurisdicional de urgência a ser requerida.

6.2 Proporcionalidade e a tutela antecipada em situação de perigo

A antecipação da tutela em situação de perigo, ao lado da tutela cautelar, compõe o quadro das tutelas de urgência. O provimento antecipatório baseado em

situação de perigo deve observar, portanto, os requisitos gerais relativos à concessão da tutela, bem como o requisito específico da tutela de urgência.

Um dos requisitos gerais, ao qual se condiciona o deferimento de qualquer modalidade de antecipação de tutela, apresenta-se estabelecido no *caput* do art. 273, de acordo com o qual será cabível a antecipação, parcial ou total, dos efeitos da tutela final pretendida, desde que, existindo prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegação do autor.

Conforme salientado anteriormente, a técnica antecipatória se distingue da técnica cautelar, porque permite ao autor obter, de forma adiantada, provimento satisfativo, em caráter provisório, de sua afirmação de direito. A técnica cautelar se cinge a garantir a viabilidade da realização eventual do direito na atividade jurisdicional de conhecimento, ou de execução, através de medidas meramente conservativas.

Tanto a técnica cautelar como a técnica antecipatória podem ensejar a invasão da esfera jurídica do demandado, antes do completo desenvolvimento do contraditório entre os sujeitos parciais do processo.

São técnicas processuais através das quais se restringe o direito do demandado à ampla defesa e ao contraditório e, por essa razão, submetem-se ao controle de racionalidade promovido pela aplicação procedimental dos mandados da proporcionalidade.

Abstratamente, não se pode afirmar, de maneira inflexível, que as restrições promovidas pelas providências antecipatórias são mais gravosas que as restrições acarretadas pela concessão de provimentos cautelares.³⁰⁹ A intensidade das restrições e sua proporcionalidade ou desproporcionalidade dependerão das circunstâncias fáticas do caso concreto.

³⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2007. p. 74, “Quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera dos direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz, mas a variação de intensidade dos efeitos invasivos não é determinada rigidamente pela natureza antecipatória ou cautelar; mesmo no campo das cautelares, convivem algumas que não causam mal algum, como a inocente produção antecipada de prova, e outras mais severas e invasivas, como o arresto, o seqüestro ou a busca e apreensão. É por isso incorreto pensar que as antecipações de tutela dependam invariavelmente de uma probabilidade maior que a exigida para conceder cautelares, ou, pior ainda, que seja necessário algo mais que a probabilidade”.

É possível, contudo, traçar uma linha geral, passível de não ser confirmada nas situações de colisão de princípios, de acordo com a qual a antecipação da tutela apresenta perfil mais agressivo à esfera jurídica do demandado do que o deferimento de providência acautelatória.

Observa-se que a antecipação da tutela permite ao autor mais do que simples conservação de condições necessárias para a possível realização efetiva de seu direito. Sendo-lhe deferido provimento antecipatório, o autor passa a desfrutar, antes de esgotadas as possibilidades de manifestação da parte contrária, dos efeitos, no todo ou em parte, do desejado pronunciamento jurisdicional de procedência de seu pedido.

Porque a antecipação da tutela tem conteúdo satisfativo da afirmação de direito do demandante e, dessa forma, vai além do que permite a mera cautela, deve, em princípio, submeter-se a requisito mais rigoroso do que a aparência do bom direito exigida para a concessão de medidas cautelares.³¹⁰

Não se pode dizer que sempre a concessão de antecipação de tutela se sujeita a requisito mais exigente do que o *fumus boni iuris* das cautelares, haja vista a possibilidade de deferimento de medidas cautelares mais invasivas à esfera jurídica do demandado.

Por exemplo, através da medida cautelar típica de arresto, o requerente pede que seja praticado ato preparatório para futura e eventual penhora de bens do requerido. Com a realização do arresto, verifica-se intervenção na esfera jurídica do sujeito passivo, porquanto se procede à constrição em bens seus, com o fito de garantir a possibilidade de realização efetiva da tutela jurisdicional de execução.

De qualquer forma, é importante ressaltar que, seja na concessão de tutelas antecipadas, seja na concessão de medidas cautelares restritivas, há colisões de princípios em jogo, cuja solução racional depende da aplicação do procedimento da proporcionalidade. Quanto maior for a verossimilhança das alegações do

³¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., 2006c. p. 341-342, “Prova inequívoca da verossimilhança implicaria, portanto, juízo cognitivo mais profundo do que aquele exigido no art. 798 para a cautelar, mas inferior à cognição plena e exauriente que antecede a tutela definitiva”. No mesmo sentido, VIANA, Juvêncio Vasconcelos, ob. cit., 2003. p. 106.

requerente, maior será o peso específico do princípio favorável à concessão da antecipação de tutela, ou à concessão do provimento cautelar restritivo.

Antes das colisões, a diferença entre a verossimilhança da tutela cautelar (*fumus boni iuris*) e a verossimilhança da tutela antecipada, que é de ordem meramente quantitativa, resolve-se na sugestão, de inafastável relatividade, segundo a qual o juízo de verossimilhança a que se condiciona a antecipação da tutela seria mais forte do que a aparência do bom direito típica da cautelar.³¹¹

Por essa razão, figura no enunciado normativo do *caput* do art. 273 a expressão “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz acerca da “verossimilhança” da alegação do autor.

Evidencia-se a ideia de que a antecipação da tutela requer não um juízo de verossimilhança qualquer, mas um juízo de verossimilhança qualificado. Suscitam-se dúvidas sobre o que vem a ser a “prova inequívoca”, sem cuja existência não seria possível decisão deferitória de tutela antecipada, o que se relaciona ao problema da verossimilhança por ela pressuposta.

A interpretação meramente gramatical da disposição normativa do *caput* do art. 273, em que estão os termos “prova inequívoca” e “verossimilhança” deixa o intérprete em situação desconfortável, ante o caráter supostamente inconciliável entre os termos aludidos.

³¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 214, rejeita a tese de que se possam estabelecer diferenças de grau entre as convicções de verossimilhança da tutela cautelar e da tutela antecipada e, por via de consequência, não admite que se possa traçar um linha flexível, de acordo com a qual a verossimilhança exigida pela tutela antecipada seria mais intensa, porquanto assevera que “Não há qualquer lógica na distinção entre a convicção de semelhança própria à tutela antecipatória e aquela característica à tutela cautelar. Com efeito, é um enorme equívoco imaginar que a verossimilhança possa variar conforme se esteja diante da tutela cautelar ou da tutela antecipatória. Trata-se apenas de uma tentativa, evidentemente destituída de êxito, de empregar a lógica matemática para demonstrar algo que não pode ser por ela explicado”. Afigura-se a afirmação de Marinoni excessivamente radical. Quando se afirma que a convicção de verossimilhança da tutela antecipada é tendencialmente mais forte do que a da tutela cautelar, procura-se evidenciar que o exame sobre a probabilidade das afirmações do requerente, como pressuposto para o deferimento de providência antecipatória, é geralmente mais rigoroso, justamente porque as medidas antecipatórias tendem a ser mais graves para o demandado do que os provimentos cautelares, o que, como é óbvio, não exclui a possibilidade de medidas cautelares tão ou mais restritivas do que medidas antecipatórias. A demonstração dessa sugestão poderia ser alcançada através de um estudo das diversas ponderações envolvendo provimentos antecipatórios e cautelares, que seguisse um método apto a identificar se predominam ponderações favoráveis ao requerente nas tutelas cautelares, em relação às tutelas antecipadas. Naturalmente esse estudo foge aos limites desta pesquisa, que é somente de cunho qualitativo.

Com base no brocardo de que a lei não contém palavras inúteis,³¹² afirmou-se que a expressão “prova inequívoca” não se deve apreender simplesmente como prova capaz de fazer surgir no julgador convicção sobre a verossimilhança do pedido do autor, já que isso tornaria desnecessária a referência à “prova inequívoca” contida no enunciado normativo em questão, mas como prova de sentido unívoco, que não permite equívoco quanto a seu significado, o que deflui do sentido literal do adjetivo “inequívoca”.³¹³

Na verdade, essa sugestão dicionarista sobre relação entre prova inequívoca e verossimilhança não tem condições de prevalecer. O elemento probatório trazido pelo autor não precisa ser livre de ambiguidades, para que possa propiciar a formação da convicção de verossimilhança preponderante no espírito do julgador, tanto é que o órgão jurisdicional está autorizado a prestar tutela jurisdicional definitiva com base na avaliação de prova ambígua.³¹⁴

Sem dúvida, prova inequívoca não é aquela que seja impassível de ser contestada,³¹⁵ afinal essa indefinição inviabilizaria por completo o alcance das finalidades do instituto da antecipação da tutela. A antecipação da tutela urgente pressupõe a possibilidade de deferimento de provimentos jurisdicionais satisfativos, fundados em cognição sumária, a fim de afastar situação de perigo, que, permanecendo, pode sujeitar o autor a danos irreparáveis ou de difícil reparação.

³¹² FALCÃO, Raimundo Bezerra. ob. cit., 2004. p. 265, “De fato, o princípio tradicionalmente conhecido é de que, na lei, inexistem palavras inúteis. Todas ali estão, como, de resto, na linguagem em geral, para servir de objeto à produção de sentido. Não é propriamente que a palavra tenha, em si e por si, força operativa. Nesse ponto, o brocardo incorre numa impropriedade merecedora de ajustes, porque o sentido é operado no objeto por causa do espírito do sujeito. Mas o certo é que as palavras estão postas no texto como uma provocação ao sujeito interpretante, para que ele extraia delas os sentidos que estão aptas a propiciar que esse mesmo intérprete capte. Não se encontram ali por mero enfado ou capricho, mas para servir ao sentido, que tem no espírito do intérprete sua usina e complemento de produção”. Logo, não são as palavras que, em si, são úteis ou inúteis. Cabe ao jurista, como sujeito produtor de sentido dos textos jurídicos, buscar resultados interpretativos que dêem utilidade às palavras constantes dos enunciados normativos.

³¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa, ob. cit., 2004. p. 81, “Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela ‘inequívoca’, no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Quer-nos parecer que a solução aqui proposta elimina os rangidos que inevitavelmente se ouvem na articulação, tal como habitualmente feita, das duas peças do art. 273, *caput*”.

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 215-216.

³¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., 2005. p. 23, “A rigor, em si mesma, prova alguma será *inequívoca*, no sentido de absolutamente incontestável”. Grifo no original.

Entende-se que a prova inequívoca exigida pelo *caput* do art. 273 consiste na prova capaz de revelar probabilidade das afirmações do requerente sobre os fatos,³¹⁶ bem como sobre o encaixe desses fatos nas premissas normativas.

Com o instituto da antecipação da tutela, busca-se evitar que as desvantagens do tempo do processo sejam suportadas somente pelo autor. Trata-se da lógica de preferir o provável ao improvável. Quanto maior for a verossimilhança das alegações do autor, mais injusta se mostrará a demora na prestação de tutela jurisdicional satisfativa.

Além da prova inequívoca da verossimilhança, a tutela antecipada urgente requer a existência de *periculum in mora*. A aferição do perigo na demora, a exemplo do exame da probabilidade das alegações do requerente, supõe o recurso a juízos de prognose.³¹⁷ O legislador processual confere ao órgão jurisdicional a incumbência de fazer previsões, com base nas quais deve decidir de um modo ou de outro.

Em se tratando de tutela antecipada em situação de perigo, é necessário conferir ao órgão jurisdicional o dever de examinar, mediante requerimento, além da probabilidade de êxito do autor na demanda, a probabilidade da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Porque a concessão de um provimento antecipatório em situação de urgência, como ocorre em maior ou menor grau em relação a todas as decisões deferitórias de tutela provisória, envolve um juízo de prognose, uma avaliação de probabilidades, sempre existe o risco de que a decisão seja revertida, de que o provimento final não confirme aquilo que foi decidido em caráter provisório, muitas vezes através de cognição sumária.³¹⁸

³¹⁶ Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2007. p. 74, “mais adequado entender *prova inequívoca* como prova convergente ao reconhecimento dos fatos pertinentes, ainda que superficial e não dotada de muita segurança, desde que não abalada seriamente por outros elementos probatórios em sentido oposto”, grifo no original; ALVIM, José Eduardo Carreira, ob. cit., 2006. p. 61, “*prova inequívoca* deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável; ou, em outros termos, aquela prova cuja autenticidade ou veracidade seja provável”.

³¹⁷ TARUFFO, Michele. *Sui confini*: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 329 e ss.

³¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2005. p. 318, “Está aí o confronto entre dois valores, o do escopo jurídico e o do social, que não constitui algo peculiar ao processo cautelar, mas que nele aparece de modo particularmente visível. Pode ser que, ao apoiar-se no mero *fumus*, o juiz conceda

Em casos extremos, como se discutirá adiante, uma decisão antecipatória de tutela, título jurídico provisório, poderá legitimar a ocorrência de uma situação fática irreversível,³¹⁹ desde que observados os mandados da proporcionalidade.

A aplicação do procedimento da proporcionalidade deverá ocorrer sempre que se verificar uma colisão de princípios, cuja solução envolve um jogo de razões e contrarrazões. No momento de deferir uma providência antecipatória em situação de perigo, o órgão jurisdicional deverá averiguar se a tutela satisfativa se mostra como medida restritiva proporcional, o que pressupõe a análise do peso específico dos padrões jurídicos pertinentes.

De forma geral, a antecipação de tutela envolve, do lado do requerente, o princípio jusfundamental da tutela jurisdicional efetiva e, com respeito ao demandado, os princípios jusfundamentais da ampla defesa e do contraditório, que se relacionam ao princípio da segurança jurídica.³²⁰

É de se observar que, nas diversas modalidades de antecipação de tutela, o peso específico dos princípios jusfundamentais colidentes varia conforme a intensidade da verossimilhança das alegações do autor. Quanto maior for a probabilidade de êxito na demanda do requerente, maior deverá ser a importância atribuída ao princípio jusfundamental da tutela jurisdicional efetiva, bem como menor deverá ser o peso específico do princípio constitucional da segurança jurídica.

medida que corresponda afinal e se harmonize com a vontade concreta do direito substancial (v.g., quando concede um arresto ou uma antecipação de tutela a quem é realmente credor); mas pode ser também que a cautela concedida não guarde essa correspondência e o seu beneficiário não seja titular de direito algum a preservar. Eis o risco”.

³¹⁹ BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Trad. de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 23, “A decisão atinente ao ‘se’ e ao ‘como’ da medida temporária é sempre ensombrada pelo dilema: deve ser prestado o remédio sob o risco de, mais tarde, ser desautorado pela decisão definitiva? Deve ser assegurado um direito, regulada determinada situação jurídica, mesmo que posteriormente se revele que a medida transitória, em verdade, criou situações irreparáveis?”.

³²⁰ No mesmo sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. ob. cit., 2007. p. 66-67. Conforme o aviso de José Eduardo de Aguirre, “ao dispor sobre a antecipação da tutela, o legislador, reconhecendo o confronto entre o princípio da efetividade e do devido processo legal, buscou ponderá-los, fixando os pressupostos da superioridade do primeiro” (AGUIRRE, José Eduardo Suppioni. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 173). A afirmação de Aguirre merece ser aceita com reparos, na medida em que se baseia no equivocado pressuposto de que ponderação pode preceder ao exame promovido pelos mandados da adequação e da necessidade. Ademais, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva pode ser reconduzido à dimensão substantiva do devido processo legal, de modo que não há propriamente colisão entre efetividade e devido processo legal, mas entre efetividade e segurança, a qual também pode ser vislumbrada como um dos aspectos da fórmula do *due process of law*.

Consequentemente, quanto menos verossímeis forem as alegações do demandante, menor deverá ser o peso conferido ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, ao mesmo tempo em que maior deverá ser a importância do desenvolvimento completo dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em particular, o exame da antecipação de tutela contra o perigo não prescinde da avaliação da probabilidade da concretização de dano irreparável ou de difícil reparação.

Assim, quanto maior for o risco de dano, maior peso específico será atribuído ao princípio jusfundamental da tutela jurisdicional efetiva em face do princípio constitucional da segurança jurídica. *A contrario sensu*, quanto menor for o perigo de dano, maior será o peso específico da segurança jurídica e menor será a importância atribuída ao princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Porque o deferimento de providência jurisdicional antecipatória em situação de perigo requer tanto a probabilidade das alegações do requerente, como a existência de *periculum in mora*, é possível que a existência em maior grau de um desses requisitos venha a suprir a existência em menor grau do outro.

Depreende-se essa afirmação, considerando-se a apontada influência dos pressupostos da probabilidade das alegações do requerente e do perigo na demora em relação aos princípios jusfundamentais da tutela jurisdicional efetiva e da segurança jurídica. Não se pode descartar a possibilidade de que a elevadíssima probabilidade de êxito na demanda do autor venha compensar a discreta configuração do *periculum in mora*, ou vice-versa, de modo a justificar a prevalência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do autor em face do direito fundamental à segurança jurídica do demandado.

Precisamente a dinâmica da colisão dos princípios jusfundamentais em uma situação de antecipação de tutela explica porque é possível, *v.g.*, a manutenção da tutela antecipada mesmo diante de sentença que não reconheça o direito afirmado pelo autor.

Ademais, para a definição do peso específico dos princípios jusfundamentais da tutela jurisdicional efetiva e da segurança jurídica, impõe-se analisar a natureza das pretensões materiais dos sujeitos parciais do processo.

A título ilustrativo, mencione-se caso em que o autor pleiteia, em caráter de urgência, medida antecipatória de tutela que obrigue empresa de plano de saúde a cobrir determinado tratamento médico-hospitalar, que se afigura como indispensável ao direito à saúde do requerente. Mesmo não sendo possível ao órgão jurisdicional afirmar, com exatidão, que o referido tratamento médico-hospitalar está albergado pelo contrato firmado entre o autor e a empresa de plano de saúde, pode convencer-se sobre a necessidade de conceder o provimento antecipatório.

Certamente contribuirá para a formação da convicção do juiz a respeito de ser devida a providência antecipatória, além de aspectos relativos ao direito do consumidor, a circunstância de a não concessão da tutela antecipada importar restrição grave ao direito à saúde do autor, ao passo que sua concessão representaria, na hipótese, lesão leve aos direitos patrimoniais da empresa, ainda mais quando o autor se dispõe a prestar caução.³²¹

Na situação aludida, a prevalência do direito à saúde do autor sobre os direitos meramente patrimoniais da empresa fundamenta o maior peso específico do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do requerente diante do direito fundamental à segurança jurídica da ré.

Ao conceder a providência antecipatória contra o perigo no caso aventado, o órgão jurisdicional se viu obrigado a avaliar o peso específico dos padrões jurídicos pertinentes. Para isso, haverá recorrido, ainda que de modo não expresso, à aplicação da proporcionalidade.

³²¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA VISANDO A COBERTURA CONTRATUAL PARA TRATAMENTO MÉDICO. POSSIBILIDADE. À presença dos requisitos descritos na lei, deve ser concedida a antecipação de tutela requerida pelo autor, principalmente quando a medida visa a manutenção da vida e da saúde, direitos garantidos constitucionalmente. Inexistente o perigo de dano irreparável ao agravante, uma vez que, em caso de improcedência da demanda, poderá pleitear o ressarcimento dos valores gastos pela via adequada. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento nº 70018446112, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, j. em 29/03/2007).

No conflito em questão, a concessão de antecipação de tutela se mostra adequada, porque é apta ao atendimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. É necessária, porque não há outro meio possível menos gravoso ao princípio da segurança jurídica que seja adequado à tutela jurisdicional efetiva. Por fim, a decisão antecipatória é proporcional, porquanto os benefícios de sua concessão, relativos ao direito fundamental à saúde do autor, são maiores do que os prejuízos acarretados pelo deslocamento do direito fundamental à segurança jurídica da empresa, que são de ordem pecuniária.

Nem sempre, convém ressaltar, a legitimidade do provimento antecipatório está relacionada a direitos materiais de categoria diversa. Um exemplo colhido na jurisprudência do STJ pode confirmar essa assertiva.³²²

Trata-se de recurso especial contra acórdão TJSC que confirmara a antecipação de tutela, consistente em outorga de escritura definitiva de imóvel. A medida antecipatória, referida pelo precedente em questão, fora concedida tendo em vista o risco de ineficácia do provimento final, traduzível na existência de *periculum in mora*, bem como em face da evidência do direito do autor. Verifica-se, portanto, modalidade de antecipação de tutela em situação de perigo, deferida com base no art. 461, §3º, do CPC, por destinar-se a adiantar efeitos de provável pronunciamento final decorrente de ação que tem por objeto cumprimento de obrigação de fazer.

Conforme está mencionado no relatório do precedente em tela, o autor, na condição de promitente comprador, havia quitado integralmente o preço do imóvel. A promitente vendedora, não obstante o pagamento integral efetuado pelo autor, recusara-se a outorgar a escritura pública definitiva do imóvel. Observa-se a configuração do *periculum in mora*, na medida em que eventuais dificuldades financeiras da empresa de engenharia poderiam ocasionar a hipoteca do imóvel e, dessa forma, sua alienação.

Dessa forma, não resta dúvida a respeito da prevalência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do promitente comprador sobre o direito fundamental à segurança jurídica da promitente vendedora. De fato, sendo claro o preenchimento

³²² Recurso especial nº 737.047/SC, Terceira Turma, Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 16/02/2006.

dos requisitos da relevância do direito do autor e do perigo na demora, é certo que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva deverá prevalecer.

O provimento antecipatório se revela adequado, porque permite que seja outorgada ao autor a escritura definitiva do imóvel que foi devidamente pago. Trata-se de medida necessária, pois é indispensável à efetividade do direito do autor. Apresenta-se a antecipação de tutela, consistente na outorga da escritura pública, proporcional, porque, no caso, a importância da realização do direito patrimonial do autor é bem maior do que a restrição imposta à esfera jurídica da demandada.

6.3 Proporcionalidade e a tutela antecipada em razão do abuso de direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu

A antecipação de tutela, conforme se disse anteriormente, tem como pressuposto geral a probabilidade do direito do autor. Quanto mais verossímil for a afirmação de direito do requerente, maior será o peso específico conferido ao princípio jusfundamental da tutela jurisdicional efetiva, que conduz ao deferimento do provimento antecipatório. Como pressupostos alternativos, apresentam-se o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, além do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Em se tratando de tutela antecipada fundada em abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC), maior será a importância do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do autor, quanto maior for a fragilidade da defesa do réu, ou mais injustificadamente procrastinatória seja a conduta do demandado. Nessa modalidade de antecipação de tutela, não é demais ressaltar, é dispensável que se configure situação de urgência.³²³

Convém salientar que, para a concessão de antecipação de tutela com base no art. 273, II, é desnecessário comprovar a verdadeira intenção do demandado de

³²³ CARNEIRO, Athos Gusmão, ob. cit., 2005. p. 35-36, “Cumprе sublinhar, neste passo, que o art. 273, II, criou uma AT ‘pura’, desvinculada dos pressupostos da *urgência* e do *dano*, e ligada tão-somente à ideia central de que a firme aparência do bom direito, exurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada a fim de que o (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico”. (Grifos no original). Observe-se que, além da fragilidade da defesa do réu, também pode autorizar a antecipação de tutela a prática, pelo demandado, de atos extraprocessuais procrastinatórios

protelar o desfecho do processo, até porque, se a demonstração do referido elemento subjetivo fosse necessária, a aplicação do instituto restaria seriamente comprometida, frustrar-se-ia o alcance de sua finalidade.³²⁴

Tanto no caso de uso indevido do direito de defesa como no caso do manifesto propósito protelatório, o réu se vale de expedientes abusivos, com os quais é possível que obtenha o retardamento dos resultados da atividade jurisdicional, o que, por si só, afigura-se como vantagem indevida ao réu provavelmente destituído de razão. Todavia, o abuso do direito de defesa não se confunde com o manifesto propósito protelatório.

O abuso do direito de defesa consiste no uso desvirtuado do direito de defender-se, no exercício da defesa no processo com desvio de finalidade. Caracteriza-se por elementos objetivos, que autorizam a presunção de que o direito de defesa fora manejado além de seus limites possíveis, em diversos casos servindo para o alcance do ilegítimo objetivo de tornar mais demorada a prestação da tutela jurisdicional, que muito provavelmente será conferida ao autor, dada a robustez de seus fundamentos.³²⁵

Por sua vez, o manifesto propósito protelatório se materializa através de condutas do réu fora do processo, as quais, objetivamente, são aptas a acarretar o adiamento da conclusão do processo.³²⁶

³²⁴ No mesmo sentido, Bruno Lopes assevera: “Sob pena de inviabilizar a aplicação do instituto, é necessária a opção pela corrente objetiva. A comprovação da real intenção do demandado é praticamente impossível na maioria dos casos e relegaria o instituto à inutilidade. Reforça esse posicionamento a consagração da tese objetiva no art. 187 do Código Civil de 2002, o qual é claro ao não exigir a verificação da intenção do agente para a caracterização do abuso de direito” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*: art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 135-136).

³²⁵ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*: theorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 2006. p. 73, “o réu que resiste, por malícia ou por má-fé, a uma demanda cuja boa fundamentação é manifesta, comete, ele também, um delito (a *infinitatio* do direito romano), um abuso do seu direito de defesa”. Traduziu-se. No original: “*Le défendeur qui résiste, par malice ou par mauvaise foi, à une demande dont le bien-fondé est manifeste, commet, lui aussi, un délit (l'infinitatio du droit romain), un abus de son droit de défense*”.

³²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. ob. cit., 2007. p. 81, “Ora, a referência a abuso do direito *de defesa* demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, *atos processuais*. Por isso, por abuso do direito de defesa não se entendem os atos protelatórios praticados *no processo* (v.g., os do art. 14, III e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – *fora do processo*, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação da prova, não atendimento de diligência, simulação de doença”. (Grifos no original).

Discute-se se é suficiente para a concessão da antecipação de tutela baseada no art. 273, II, a simples ocorrência da conduta abusiva,³²⁷ ou se, na verdade, seria indispensável que o censurável comportamento do réu atingisse o fim de protelar o andamento do processo.³²⁸

Como já foi ressaltado, a concessão de antecipação da tutela pressupõe que se chegue a uma solução sobre a colisão dos padrões jurídicos da tutela jurisdicional efetiva e da segurança jurídica.

Se o réu age de forma desleal, mas da sua conduta não decorre o menor atraso na prestação da tutela jurisdicional, não se justifica o deferimento de providência jurisdicional antecipatória do art. 273, II, que se destina a conferir eficácia ótima ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, restringindo-se o direito fundamental à ampla defesa do réu.³²⁹ No caso, se antecipação de tutela fosse concedida, o direito fundamental à ampla defesa do réu seria restringido de modo desproporcional, afinal o comportamento desleal no demandado não teria causado o retardamento do processo.

Outra questão relativa à antecipação de tutela do art. 273, II, consiste em saber se o instituto assumiria a natureza de sanção processual.³³⁰

A assunção da ideia de que a tutela antecipada por abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu constitui sanção processual punitiva, na medida em que impõe consequência desfavorável ao demandado, só poderia ocorrer sem inconvenientes, se se partisse do pressuposto de que a concessão da referida modalidade de antecipação de tutela exigisse a real intenção do réu de

³²⁷ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, ob. cit., 2006. p. 127, “A conduta desleal, mesmo quando não alcance o intento do demandado, é lesiva por si só e constitui fundamento bastante para a antecipação da tutela”.

³²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., 2006c. p. 336, “Tratando-se de abuso do direito de defesa [...] somente se justifica a incidência da tutela antecipada se desse comportamento resultar atraso indevido na entrega da tutela”.

³²⁹ Sobre a antecipação de tutela do art. 273, II, Teori Zavascki afirma: “Se o que se busca é privilegiar a *celeridade* da prestação jurisdicional, há de se entender que na fluidez das expressões da lei somente se contém atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo” (ZAVASCKI, Teori Albino, ob. cit., 2007. p. 80-81).

³³⁰ No entender de Bruno Lopes, a tutela antecipada do art. 273, II, possui a natureza de sanção punitiva, razão por que elege a expressão tutela antecipada sancionatória para caracterizá-la (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, ob. cit., 2006. p. 51 e ss.).

retardar a prestação da tutela jurisdicional, porque a verificação do dolo processual é requisito inafastável para a imposição de sanção processual punitiva.

Conforme se expôs acima, não é necessário, para o deferimento de provimento antecipatório fundado no inc. II do art. 273, que reste comprovado o intento do demandado de protelar o processo. Portanto, afigura-se como contrassenso inafastável afirmar que a modalidade de tutela antecipada sob comento se baseia tão-somente em elementos objetivos e, ao mesmo tempo, que é forma de sanção processual punitiva, se se entende que o dolo é requisito da sanção processual.

A instituição da antecipação de tutela com base no enunciado do art. 273, II, segue o princípio de que o tempo do processo não deve prejudicar o autor que tem razão. Realmente, o lapso temporal necessário à marcha dos atos processuais acaba por beneficiar o réu desprovido de razão, na medida em que serve para retardar a efetivação do direito do autor.

Caso o réu, amparado no direito *prima facie* à ampla defesa, pudesse se valer de todas as defesas possíveis, com ou sem o indisfarçável fito de conferir excessiva duração à relação jurídica processual e, dessa forma, impedir que seja prolatada contra ele decisão desfavorável, ou pudesse adotar comportamentos extraprocessuais manifestamente protelatórios, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do autor não passaria de mera proclamação formal.³³¹

O ônus do tempo do processo deve ser distribuído de forma equilibrada entre os seus sujeitos parciais, a fim de que se evitem distorções e se garanta a igualdade material entre os litigantes. Não se pode ignorar que, no seio da sociedade, há diferentes tipos de litigantes, que possuem distintas condições de suportar o tempo necessário ao completo desenvolvimento do processo, de modo que o sentido material do princípio da igualdade exige que se instituem técnicas processuais, através de cuja utilização se possa evitar que a duração do processo se converta em

³³¹ Sobre a importância da harmonização dos princípios da ampla defesa e da tutela jurisdicional efetiva nas situações concretas, Delosmar Mendonça Júnior afirma: “A efetividade do processo não é direito antagônico à ampla defesa, em tese, no plano abstrato. É possível a realização da pretensão com a observância da ampla defesa. No plano dinâmico, podem ocorrer colisões entre os direitos fundamentais por circunstâncias em que um deve ter maior peso, maior força, porém sem desprezar o outro direito” (MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 76).

instrumento de pressão do réu mais forte contra o autor que não desfrute de meios que lhe permitem aguardar o desfecho do processo.³³²

Embora a modalidade de antecipação de tutela ora discutida e a litigância de má-fé sejam institutos jurídicos de funções distintas, tendo em vista que a primeira se destina a acelerar o resultado do processo e a segunda a punir o litigante desleal,³³³ a enumeração legal das hipóteses autorizadoras da aplicação de sanção punitiva por litigância de má-fé oferece um quadro exemplificativo de situações aptas a ensejar, conjugadas ao requisito geral da prova inequívoca da verossimilhança, decisão deferitória de antecipação de tutela por abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Assim, *v.g.*, se o réu apresenta defesa sobre fato incontroverso (art. 17, I), praticará abuso do direito de defesa, circunstância que, aliada à verossimilhança das alegações do autor, levará o órgão jurisdicional a antecipar a tutela, emitindo provimento satisfativo, em caráter provisório, a favor do autor.

Nesse caso, sustenta-se que a restrição ao direito *prima facie* à ampla defesa do réu é proporcional, porquanto se presta a conferir maior eficácia ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do autor, figura como medida necessária à devida distribuição do ônus do tempo no processo e o benefício de sua imposição, para o demandante e para a administração da justiça, supera os prejuízos causados ao réu, que, muito provavelmente, sucumbirá de qualquer modo ao final do processo.

Dando-se sequência ao desiderato de exemplificar situações previstas na lei processual que podem ensejar a antecipação de tutela do inc. II do art. 273, mencione-se a hipótese de o réu reter os autos do processo por tempo excessivo,

³³² A respeito, afigura-se bastante pertinente a observação de Luiz Marinoni, para quem “É preciso o mito liberal que enxerga o processo como mera garantia de formas, indiferente à realidade social na qual opera. A realidade social brasileira exige que seja realçada a efetividade do processo, já que muitos não podem esperar para receber as pequenas quantias a que têm direito, a não ser com um custo muito alto, que em vários casos significa até mesmo fome e miséria” (MARINONI, Luiz Guilherme, *ob. cit.*, 2006. p. 344).

³³³ LOPES, João Batista, *ob. cit.*, 2007. p. 76, “Importa ressaltar [...] que a antecipação de tutela, nessa hipótese, não visa à punição do réu por *litigância de má-fé*, figura diversa objeto de disciplina própria da lei processual (arts. 16 a 18 do CPC). A antecipação de tutela, em qualquer de suas manifestações, está vocacionada à efetividade do processo e, assim, tem o escopo de impedir (ou reduzir) o ônus da demora processual ao permitir que o provável titular de um direito obtenha, desde logo, um provimento satisfativo, ainda que provisoriamente”.

provocando resistência injustificada ao andamento do processo (art. 17, IV), o que configura situação passível de ser enquadrada no conceito de manifesto propósito protelatório, a qual, em conjunto com a elevada credibilidade das alegações do autor, deverá resultar na concessão de antecipação de tutela.

Nesse caso, a conduta abusiva do réu não se insere, de nenhuma forma, no âmbito protegido *prima facie* da norma jusfundamental da qual deriva o direito à ampla defesa, de modo que não existe nem mesmo possibilidade de se considerar a existência de um conflito entre ampla defesa do demandado e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do autor.

Em todo caso, como ocorre em qualquer modalidade de antecipação de tutela, estará presente a colisão entre os princípios jusfundamentais da tutela jurisdicional efetiva e da segurança jurídica, já que a concessão de provimento satisfativo fundado em cognição não exauriente sempre restringirá o âmbito protegido *prima facie* do direito fundamental à segurança jurídica do demandado. Dessa forma, o procedimento da proporcionalidade pode ser empregado, para fins de justificação racional da restrição ao princípio constitucional da segurança jurídica.

A retenção dos autos por tempo injustificável afronta o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do autor de forma grave. Dessa maneira, o deferimento da antecipação de tutela por manifesto propósito protelatório do réu é devido, já que se trata de medida apta a tornar a prestação jurisdicional efetiva, não representa restrição desnecessária ao direito fundamental à segurança jurídica do réu e é claramente proporcional, haja vista que a importância da realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, na espécie, é bem maior do que a do cumprimento do direito fundamental *prima facie* da segurança jurídica do demandado.

Diz-se que a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, no caso, é mais importante, porque, não concedido o provimento antecipatório, frustrar-se-iam os escopos do processo, de forma que se permitiria ao réu alcançar, mediante comportamento desleal, o benefício indevido do retardamento do processo.

6.4 Proporcionalidade e a tutela antecipada baseada em incontrovérsia do pedido, ou de parcela do pedido

A antecipação de tutela com base no caráter incontroverso de um ou mais dos pedidos cumulados, ou na incontrovérsia de parcela do pedido, segue o mesmo princípio que serviu de fundamento para a previsão de tutela antecipada em razão de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Em ambos os casos, são estabelecidos requisitos específicos para a concessão de medida antecipatória que tornam prescindível a ocorrência do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Na concessão de tutela antecipada com base em incontrovérsia, avulta a evidência do direito do autor. É uma questão de lógica reconhecer quanto mais evidente for o direito do autor, maior a possibilidade de lhe ser antecipada a tutela, como decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o qual engloba o direito fundamental à duração razoável do processo.

Diferencia-se a antecipação da tutela expressamente prevista pelo §6º do art. 273 em relação às demais formas de tutela antecipada, pelo fato de sua concessão sempre se seguir a juízo de elevada probabilidade, que beira a certeza processual, uma vez que o reconhecimento da incontrovérsia pelo órgão jurisdicional se funda em cognição exauriente.

De acordo com o já referido §6º do art. 273, “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Convém afastar equívoco que uma interpretação meramente literal desse dispositivo poderia causar, em prejuízo da eficácia ótima do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Poder-se-ia pensar que somente na hipótese de cumulação de pedidos prevista no art. 292 do CPC seria possível o deferimento de medida antecipatória. Essa interpretação, como é claro, não tem como prevalecer, sob pena de a técnica antecipatória não servir à sua finalidade de distribuir adequadamente o ônus do tempo no processo.

É preciso interpretar o significado do termo “incontroverso”, a fim de que se chegue a uma compreensão adequada do enunciado normativo processual em tela. Segundo acepção mais restrita, um pedido só seria incontroverso nos casos de não-contestação ou de reconhecimento parcial do pedido. Ocorre que o sentido de incontroverso a ser privilegiado deve ser aquele que se mostre mais adequado ao desiderato da técnica antecipatória.

Nessa linha, chega-se à conclusão de que a incontrovérsia do pedido não se confunde com a ausência de contestação. Compreende-se essa afirmação, tendo em vista que o pedido incontroverso vem a ser aquele que não requer atos de instrução processual para que o órgão jurisdicional a respeito dele se convença, pois já está em condições de julgamento.³³⁴

Dessa forma, se a contestação não for séria, não se revestir de mínima plausibilidade, a situação substancial deduzida em juízo poderá ser considerada incontroversa para fins de antecipação da tutela, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Ademais, não se deve descartar a possibilidade de que a incontrovérsia conducente à antecipação da tutela se manifeste no curso do processo, após a contestação do réu. Mesmo em face de contestação idoneamente realizada, se a questão não demandar dilação probatória, o órgão jurisdicional pode se convencer sobre o cabimento da antecipação da tutela parcial, porquanto essa questão já estaria madura para julgamento.

Impende salientar que a antecipação da tutela do §6º do art. 273 se ajusta ao processo que tenha objeto composto, ou decomponível. Trata-se de objeto do processo divisível, de modo que as partes podem controverter a respeito de determinados fatos constitutivos, ao mesmo tempo em que não se estabeleça controvérsia relativamente a outros.³³⁵

Vislumbram-se, portanto, diferentes técnicas de antecipação da tutela, com base na incontrovérsia do pedido, ou de parcela dele. A evidência do direito fica

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 360.

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2007. p. 77, “Quando o objeto do processo é *composto*, pode suceder o que o §6º prevê, a saber, a incontrovérsia sobre alguns dos fatos ser suficiente para o julgamento de um dos pedidos, mas não dos demais”.

patenteada seja pela não contestação, seja pelo reconhecimento parcial do pedido, seja ainda pela técnica do julgamento antecipado, que pode se referir a um dos pedidos cumulados, ou a parcela de um pedido.

Da não-contestação, que se configura quando o réu não se desincumbe do ônus da impugnação específica dos fatos articulados pelo autor estabelecido no art. 302 do CPC, decorre a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor. Se a não-contestação se referir a apenas parcela dos fatos descritos pelo autor, então o julgamento antecipado da lide através de sentença não será possível, vez que ainda será necessária produção de prova, com o fito de esclarecer os fatos controvertidos.³³⁶

Não havendo presumivelmente controvérsia, não é necessário impor ao autor que, com elevada probabilidade, tenha razão o ônus de suportar a tempo necessário ao desenvolvimento completo do processo, se um dos pedidos cumulados, ou parcela do pedido, já está em condições de ser acolhido, em caráter não definitivo.

Manifesta-se com clareza o procedimento da proporcionalidade no caso discutido, uma vez que a medida antecipatória fundada em direito evidente é adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, indispensável à duração razoável do processo e proporcional, afinal a restrição à segurança jurídica do demandado nessa situação é mínima, ao passo que a não concessão da tutela antecipada em razão da controvérsia representaria, para o autor, restrição grave ao direito à tempestividade processual, que compõe o direito fundamental à tutela efetiva como um todo.

Em caso de reconhecimento parcial do pedido, com muito mais razão se legitima a antecipação de tutela, dada a evidência de que se reveste o direito do autor.

Imagine-se a situação em que o autor requer indenização de determinado valor, em razão de danos materiais. O réu, em contestação, argumenta que o valor devido não passaria de 60% do valor apontado pelo demandante. Nesse caso, a

³³⁶ Nesse sentido, v. DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 97.

percentagem afirmada pelo autor torna-se incontroversa, em relação a ela não é necessário que sejam produzidas provas.

A partir do momento em que parcela do pedido tornou-se incontroversa, o desenrolar da atividade jurisdicional restante beneficiaria o réu, na hipótese de o pagamento só ser devido ao final, quando o valor da indenização fosse firmado com amparo no desenvolvimento completo dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ocorre que, mesmo não sendo possível a formulação de uma sentença em relação à parte incontroversa da demanda, a antecipação de tutela pode ser conferida, por meio de decisão interlocutória, fundada em cognição exauriente, já que a incontrovérsia parcial torna desnecessária a realização de novos atos instrutórios a respeito.

Assim, a antecipação de tutela fundada em reconhecimento parcial do pedido se apresenta como restrição de indubitosa proporcionalidade ao princípio da segurança jurídica, uma vez que traduz medida idônea ao atendimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, figura como expediente exigível à razoável duração do processo e sua concessão representa prejuízo mínimo à segurança jurídica, dada o elevado grau de probabilidade do direito do autor.

A tutela antecipada do §6º do art. 273 se manifesta ainda nos casos de utilização da técnica do julgamento antecipado relativamente a um ou mais dos pedidos cumulados, ou a parcela de um pedido, através de decisão interlocutória.³³⁷

A título de exemplo, considere-se um caso no qual, em virtude de erro médico, determinada cantora fique impossibilitada de trabalhar e, dessa forma, sofra prejuízos de ordem patrimonial. Na petição inicial, a autora narra o ocorrido, afirma que o médico agiu de forma culposa, razão pela qual deve ser condenado a reparar todos os danos causados injustamente à sua cliente, que chegam a determinado montante. Na contestação, imagine-se que o réu reconheça a culpa, mas que discorde em relação ao valor devido. Todavia os elementos probatórios trazidos pela

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 362 e ss. Por sua vez, Cândido Dinamarco mostra-se descrente em relação ao comportamento dos juízes, em relação à quebra do princípio da unicidade da sentença: “é muito improvável que os juízes e tribunais dêem um passo além, arrostando a *rigidez do procedimento* na ordem processual civil brasileira, em razão da qual ‘o mérito deve ser sempre julgado *em sentença* e a sentença será sempre uma só no processo (art. 459, c/c art. 269, inc. I e art. 162, §1º)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2007. p. 78). (Grifos no original).

autora na exordial evidenciam, com elevada probabilidade, que o valor da indenização é, no mínimo, na ordem de 60% do que ela postula. Provas devem ser produzidas, sob o crivo do contraditório, no prosseguimento da fase instrutória, a fim de que se saiba qual, realmente, deverá ser o valor da reparação. Antes que se chegue à demorada definição do valor final, a autora pode requerer antecipação de tutela, haja vista a evidência do seu direito quanto a parte do pedido, ainda que o réu não tenha se manifestado de forma favorável à parcela evidenciada.

Novamente, a aplicação do procedimento da proporcionalidade auxilia na definição de qual padrão jurídico com estrutura de princípio deve prevalecer. A tutela antecipada, *in casu*, seria proporcional, porquanto fomentaria a efetividade da tutela jurisdicional, seria exigível ao atendimento da celeridade processual e compensaria os diminutos prejuízos da segurança jurídica do réu, cuja resistência, segundo juízo de robusta probabilidade, não se justifica em relação à parcela antecipada.

Em todo caso, é importante ressaltar que a tutela antecipada do §6º do art. 273, por mais evidentes que sejam as alegações do demandante, e por mais exauriente que seja cognição em que se funda, não é definitiva,³³⁸ nem, o que é ainda mais claro, faz coisa julgada material.

Os provimentos antecipatórios são provisórios, podem modificados ou revogados a qualquer tempo, de forma justificada. Permitem ao requerente a satisfação de efeitos do provimento final pretendido, porque, em última análise, os prejuízos advindos da não concessão da antecipação da tutela são maiores do que os benefícios de sua concessão, o que nada mais é do que o que determina o princípio da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, ou ainda o procedimento da ponderação, com base no qual se baliza racionalmente a argumentação, própria das situações de antecipação da tutela, de favorecimento do provável em detrimento do improvável.

De qualquer forma, o adiantamento dos efeitos do provimento final perseguido não é definitivo, porque a atividade jurisdicional não se encerra com o deferimento da providência satisfativa, de modo que o completo desenvolvimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa pode conduzir o órgão jurisdicional a rever sua

³³⁸ Em sentido contrário, manifesta-se BOLDRINI NETO, Dino. *Tutela antecipada nos pedidos incontroversos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 55.

impressão inicial sobre a probabilidade das alegações do autor. É certo que os provimentos antecipatórios em situação de incontrovérsia dificilmente serão revistos, mas a possibilidade de revisão persiste.³³⁹

Existem outras razões que justificam por que não é admissível a ideia segundo a qual a antecipação de tutela do art. 273, §6º assume caráter definitivo. É o que resulta da análise dos princípios constitucionais que condicionam a concessão do provimento antecipatório.

A antecipação de tutela em caráter definitivo representaria violação desnecessária ao princípio da segurança jurídica. Depreende-se essa afirmação, levando-se em consideração que provimento satisfativo provisório poderá promover a efetividade da tutela jurisdicional, sendo menos grave do que uma antecipação definitiva em relação ao princípio da segurança. Como o procedimento da proporcionalidade exige, através do mandado da necessidade, que a medida restritiva consista no meio mais suave ao princípio jurídico de menor peso específico, não seria proporcional a medida antecipatória de natureza definitiva.

6.5 Proporcionalidade e o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento antecipatório

A tutela antecipada se presta a adiantar, parcial ou totalmente, os efeitos do provimento final, permitindo que o autor usufrua das utilidades de seu direito provável. Nesse sentido, diz-se que a tutela antecipada tem natureza satisfativa, critério a partir do qual é possível diferenciá-la da tutela meramente assecuratória, consubstanciada na cautela.

Considerando que a antecipação da tutela só é admissível quando se verificarem restrições proporcionais ao princípio da segurança jurídica em benefício do princípio da tutela jurisdicional efetiva, não se devem admitir provimentos antecipatórios que não sejam provisórios.

³³⁹ Conforme sustenta Cândido Dinamarco, “como medida antecipatória que é, essa autorizada pelo art. 273, §6º está sempre sujeita a ser *revogada no curso do processo* (art. 273, §4º); essa hipótese é também bastante improvável mas poderá acontecer sempre que, no desenvolvimento referente ao outro pedido, a presunção decorrente da incontrovérsia venha a se enfraquecer ou ficar desmentida” (DINAMARCO, Cândido Rangel, ob. cit., 2007. p. 78-79). Embora o mencionado autor tenha se referido, no passagem citada, apenas ao caso de pedidos cumulados, o mesmo raciocínio se aplica à antecipação de tutela fundada em parcela incontroversa do pedido.

Destina-se a antecipação da tutela a permitir que o autor usufrua, em caráter provisório, do seu provável direito. É perfeitamente possível que, ao final do processo, aquilo que se revelara provável não venha a ser confirmado, de modo que, tendo havido alterações no plano fático por conta da concessão do provimento antecipatório, tem o réu o direito *prima facie* a que se reconstitua a situação anterior ao provimento.

Embora em algumas situações sejam inconciliáveis a satisfatividade do provimento antecipatório e a reversibilidade de seus efeitos fáticos, não há dúvida de que os efeitos jurídicos do provimento antecipatório são sempre reversíveis, porque a decisão antecipatória não é acompanhada pela imutabilidade da coisa julgada material. Destacam-se, portanto, dois sentidos do termo “provisoriedade” no que se refere à tutela antecipada.

De acordo com um desses sentidos, a provisoriedade se identifica com temporariedade, com o fato de a decisão antecipatória poder ser revogada ou modificada no curso do processo, ou, ainda que se mantenha inalterável até o provimento final, não seja confirmada por ele. Prende-se, logo, a temporariedade à noção de reversibilidade jurídica do provimento antecipatório.

Em consonância com o outro sentido, a provisoriedade se refere aos efeitos fáticos do provimento antecipatório, no sentido de que a tutela antecipada não deve, pelo menos em princípio, prestar-se a produzir alterações irreversíveis no plano empírico.³⁴⁰

Dispõe o §2º do art. 273 que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. A redação

³⁴⁰ TOMMASEO, Ferruccio, ob. cit., 1983. p. 150, “Parece-me oportuno notar que a provisoriedade da tutela pode ser considerada sob dois diversos, ainda que concorrentes perfis. Por um lado, de fato, é necessário referir-se à duração no tempo do provimento, duração que depende das regras processuais sobre as relações entre medidas urgentes e sentença de mérito; por outro lado – e é um traço particularmente importante – a provisoriedade pode ser determinada a partir de uma série de considerações sobre a natureza dos efeitos oriundos do provimento urgente”. Traduziu-se. No original: “*Mi sembra opportuno notare che la provvisorietà della tutela può essere valutata sotto due diversi, anche se concorrenti profili. Da un lato, infatti, bisogna riferirsi alla durata nel tempo del provvedimento, durata che dipende dalle regole processuali sui rapporti fra misura urgente e sentenza di merito; dall’altro lato – ed è un tratto particolarmente importante – la provvisorietà può essere determinata da una serie di valutazioni sulla natura degli effetti scaturienti dal provvedimento urgente*”.

desse dispositivo é imperfeita, o que pode levar a uma compreensão equivocada da finalidade da norma que a partir dele se fundamenta.

Consoante interpretação meramente literal do referido enunciado normativo, o §2º do art. 273 seria de utilidade bastante reduzida, pois se limitaria a dizer aquilo que já se reconhece: o provimento que concede a antecipação de tutela não deve ser irreversível. De fato, conforme já restou consignado, a tutela antecipada não se coaduna com a ideia de que irreversibilidade jurídica.

Quem sustenta essa interpretação tão-somente gramatical parte do pressuposto, questionável, de que a avaliação sobre a admissibilidade da antecipação de tutela, no aspecto da reversibilidade, não guarda relação com os aspectos exteriores à decisão, com suas repercussões no plano dos fatos. Pouco importaria, nessa perspectiva, para a compatibilidade do provimento antecipatório com o que dispõe o ordenamento jurídico, se a antecipação de tutela produziria, ou não, efeitos fáticos irreversíveis. A correção jurídica do provimento antecipatório se basearia apenas em elementos intrínsecos, ou formais.³⁴¹

Não é correta a premissa de que a correção do provimento antecipatório independe de considerações relativas a seus aspectos extrínsecos, que dizem respeito aos efeitos que dele resultam no plano empírico.

É que a antecipação de tutela, conforme se vem insistentemente afirmando, envolve a colisão entre os padrões jurídicos que fundamentam os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à segurança jurídica. Como o peso específico dos princípios varia de acordo com as circunstâncias fáticas, o problema

³⁴¹ TOMMASEO, Ferruccio, ob. cit., 1983. p. 152, “Na verdade, é preciso considerar que a decisoriedade de um provimento não deve [...] ser medida em consideração aos efeitos do mesmo ou àqueles advindos da sua execução no âmbito da concreta relação substancial, mas sim com referência à qualidade de tais efeitos resumíveis na sua estabilidade formal”. Traduziu-se. No original: “*Invero, bisogna considerare che la decisorietà di un provvedimento non deve [...] essere commisurata riguardo agli effetti del medesimo o a quelli scaturienti dalla sua esecuzione nell’ambito del concreto rapporto sostanziale, bensì con riferimento alla qualità di tali effetti riassumibili nella loro formale stabilità*”. Na dogmática jurídica nacional, a opinião de Tommaseo é seguida por Luiz Marinoni, que afirma: “O que o art. 273 do Código de Processo Civil veda, quando fala que a tutela não poderia ser concedida quando houver perigo de ‘irreversibilidade do provimento antecipado’ – que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias” (MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit., 2006. p. 242).

da reversibilidade dos efeitos práticos do provimento antecipatório é relevante para a avaliação da proporcionalidade de sua concessão.

Se o provimento antecipatório tem efeitos fáticos reversíveis, o princípio da segurança jurídica será menos afetado, logo seu deferimento será, no que depender desse critério, proporcional, logo juridicamente correto.³⁴²

Caso o contrário ocorra, antecipação de tutela de efeitos fáticos irreversíveis, o direito fundamental à segurança jurídica do réu será seriamente abalado, o que tornará mais remota a possibilidade de concessão do provimento antecipatório.

Afirma-se que o deferimento de providência antecipatória de efeitos fáticos irreversíveis representa intervenção grave no direito fundamental à segurança jurídica do réu, porque, nessa hipótese, o demandado acaba por se sujeitar a prejuízos definitivos, sem que tenha tido a oportunidade de lançar mão de todas as possibilidades de manifestação que os princípios processuais constitucionais da ampla defesa e do contraditório lhe oferecem.

Dessa forma, a expressão “perigo de irreversibilidade do provimento”, constante do enunciado legal do §2º do art. 273, não deve ser interpretada sob o estreito prisma literal, que conduz ao entendimento de que apenas os efeitos jurídicos devem ser reversíveis, mas no sentido constitucionalmente adequado, porque leva em consideração os direitos fundamentais em jogo, de que não se deve

³⁴² AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCESSÃO PROVISÓRIA DE ALVARÁ DE LICENÇA PARA REFORMA DE IMÓVEL E INSTALAÇÃO DE ATIVIDADE (POSTO DE COLETA LABORATORIAL). IMÓVEL QUE OSTENTA OS REQUISITOS NORMATIVOS PARA A ATIVIDADE PRETENDIDA. REQUISITOS OBJETIVOS E PRÉ-ESTABELECIDOS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A NEGATIVA ESTATAL. ATO VINCULADO. DIREITO SUBJETIVO DA REQUERENTE. VERIFICAÇÃO DE PLANO (AO MENOS À CONCESSÃO VIA LIMINAR), POR MEIO DE DOCUMENTO TÉCNICO ESCORREITO E HÁBIL. FUNDAMENTAÇÃO RELEVANTE E RISCO DE INEFICÁCIA DO PROVIMENTO AO FINAL. VERIFICAÇÃO. REVERSIBILIDADE DA MEDIDA. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA QUE SE MOSTRA IMPOSITIVA. RECURSO PROVIDO. DECISÃO REFORMADA. 1. O ato administrativo de concessão de “alvará de licença” para reforma e posterior instalação de atividade em área urbana é vinculado; isto é, preenchidos os requisitos normativos (objetivos e preestabelecidos), a concessão passa a ser direito subjetivo do requerente. 2. Verificado tal direito, por meio de fundamentação relevante (inclusive por meio de prova técnica idônea; presente também o risco de que o alvará, se concedido somente ao final da ação ordinária, reste inócuo, infrutífero; e por fim, *havendo total reversibilidade da medida*), torna-se impositiva a concessão de antecipação de tutela para determinar ao ente estatal a expedição do ato de licença. (Agravado de instrumento nº 0562345-0, Quinta Câmara Cível, Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Juiz Subst. 2º G. Rogério Ribas - Unânime - j. 19/05/2009). Grifou-se.

conceder o provimento antecipatório, quando houver perigo de irreversibilidade fática de seus efeitos.³⁴³

Saliente-se que a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento antecipatório, conquanto indesejável, não constitui barreira absoluta para o deferimento da antecipação de tutela.

Saber se a tutela pode ser antecipada ou não, caso importe alterações definitivas no plano dos fatos, dependerá do resultado da colisão entre os princípios constitucionais que se relacionam ao caso. Logo, a admissibilidade da tutela antecipada de efeitos fáticos irreversíveis é algo que só pode ser afiançado diante das peculiaridades do caso concreto, observado o que dispõem os mandados componentes do procedimento da proporcionalidade.

Um exemplo prático pode ser útil na compreensão do problema. Considere-se a situação em que determinado paciente, por motivos de crença religiosa, recusa-se a receber transfusão de sangue. Todavia, seu grave estado de saúde torna indispensável à realização da transfusão, sem a qual o paciente não terá condições de sobreviver. O autor requer, liminarmente, a concessão de provimento urgente executivo, com base no qual a realização será realizada sem a necessidade de cooperação do paciente. Uma vez realizada a transfusão, terá havido efeito fático irreversível, o direito fundamental à liberdade religiosa do réu sofrerá intervenção que não poderá ser desfeita. Realizada a transfusão, dar-se-á cumprimento ao direito fundamental à vida.

No caso, como se vê, é necessário recorrer ao procedimento da proporcionalidade. Quanto maior for o peso específico do direito fundamental à vida, maior será a importância concreta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Quanto maior for o peso específico do direito fundamental à liberdade religiosa, maior será a importância no caso do direito fundamental à segurança jurídica.

³⁴³ Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque assevera: “A irreversibilidade, como óbice à concessão da medida antecipatória, refere-se, portanto, aos efeitos, não ao próprio provimento, que sequer é objeto de antecipação. E, mesmo que fosse, jamais haveria irreversibilidade do ato judicial, sempre revogável, ou seja, reversível” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, ob. cit., 2006c. p. 346).

Logo, se se entende que o direito fundamental à vida é mais importante, a antecipação de tutela deve ser concedida, com base no teste da ponderação, pois não resta dúvida de que a transfusão seria adequada e indispensável. Se, ao contrário, o direito à liberdade religiosa for considerado, na situação apontada, mais relevante, logicamente o provimento de urgência não deverá ser concedido, também com base no mandado da ponderação, já que a não realização da transfusão seria adequada e necessária ao cumprimento do âmbito protegido *prima facie* da liberdade religiosa do autor.

6.6 Proporcionalidade e a efetivação da antecipação da tutela

O deferimento de provimento antecipatório deve permitir ao requerente, de imediato e muitas vezes também para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, o adiantamento, parcial ou total, dos efeitos do provimento final.

Uma vez concedido o provimento antecipatório, pode ser que o demandado ajuste espontaneamente sua conduta ao que determina a providência jurisdicional, ou mantenha-se inerte, caso o provimento ordene que não faça algo. No entanto, tendo em vista que o cumprimento espontâneo dos provimentos jurisdicionais representa apenas uma parcela da realidade, é necessário que sejam previstas técnicas processuais de efetivação, execução ou atuação dos provimentos antecipatórios, de forma a evitar que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva fique tão-somente na dependência da boa vontade do demandado.

A importância da aplicação da proporcionalidade na efetivação dos provimentos antecipatórios é manifesta. Por um lado, trata-se de procedimento necessário ao controle de racionalidade dos atos do órgão jurisdicional, mediante o qual se procure evitar que os poderes de efetivação que lhe foram conferidos acabem se transformando em convite ao arbítrio. Sob outro prisma, a proporcionalidade permite o exame da idoneidade, necessidade e equilíbrio das medidas de efetivação, de modo a colaborar para o respeito dos direitos fundamentais tanto do autor como do réu.

Não se afigura aceitável a sugestão de que o órgão jurisdicional goza de discricionariedade na escolha dos meios de efetivação da antecipação da tutela, haja vista que a fórmula política do Estado Democrático de Direito exige a

possibilidade de controle intersubjetivo, viabilizado pela justificação racional, de todas as decisões dos órgãos públicos com reflexos nos direitos das pessoas e, em particular, dos órgãos jurisdicionais. Por essa razão, não é admissível, do ponto de vista constitucional, afirmar que o juiz tem a faculdade de escolher, segundo seu prudente arbítrio, o melhor modo de efetivação da tutela antecipada.³⁴⁴

Na verdade, o juiz tem o dever de aplicar, de forma racionalmente fundamentada, a melhor técnica processual, em respeito aos direitos fundamentais das partes, bem como tendo em vista os escopos do processo. Nesse sentido deve ser interpretada a regra processual que afasta o princípio dispositivo, ao determinar que poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela antecipada (art. 273, §3º c/c art. 461, §5º, CPC).

Na grande maioria dos casos, os provimentos antecipatórios assumem natureza mandamental ou executiva *lato sensu*.³⁴⁵ A decisão sobre qual desses tipos de provimentos deve ser adotado está relacionada à tutela a ser adiantada. Decorre do mandado da adequação, que consiste na primeira norma do procedimento da proporcionalidade, que o provimento jurisdicional antecipatório seja idôneo a promover o fim a que se destina.

Assim, se a tutela antecipada tem por finalidade impedir que o réu pratique ato ilícito, deve ser concedido provimento mandamental, que se destina a influir da vontade do demandado, sem contudo substituí-la. Em outras situações, devem ser adotadas medidas coercitivas diretas, tal como a busca e apreensão, que pode servir a retirar de circulação determinada publicação considerada contrária ao direito, por ofender o direito fundamental à honra de alguém.

O art. 461, §5º, CPC, como densificação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, estabelece o princípio da concentração dos poderes executivos do juiz, em virtude do qual o magistrado deve, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente,

³⁴⁴ Daí porque não merece elogios a afirmação de Tommaseo, segundo a qual no âmbito da atuação dos provimentos antecipatórios a atividade jurisdicional discricionária gozaria de "*fondata legittimità*" (TOMMASEO, Ferruccio, ob. cit., 1983. p. 328).

³⁴⁵ Item 5.5.3.

determinar as medidas executivas necessárias de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

O motivo pelo qual se estabelece uma cláusula geral de execução no art. 461, §5º, do CPC, reside na necessidade de permitir ao juiz maior maleabilidade na definição, racionalmente justificada, do meio executivo mais adequado à promoção da tutela jurisdicional efetiva. Por essa razão, a lista de meios executivos mencionados na disposição processual *sub examine* não é taxativa, como deflui da expressão “tais como”.³⁴⁶

As técnicas processuais executivas podem ser indiretas ou diretas, a depender da necessidade de colaboração do executado para que se realize a tutela jurisdicional efetiva.

São meios de execução direta aqueles que prescindem de atos do executado para que a obrigação prometida pelo direito material seja concretizada.

Exemplo de medida desse jaez é a demolição de construção em desacordo com normas de direito ambiental, ou normas de direito urbanístico. Para que se faça a demolição, é dispensável a aquiescência do executado. Em caso de resistência, é autorizado o uso de força policial. Naturalmente, a demolição é medida extrema, que somente seria permitida por meio de técnica antecipatória em circunstâncias restritas.

Técnicas processuais executivas indiretas são aquelas que pressupõem conduta do executado para que haja efetividade da tutela jurisdicional.

De grande importância prática, a imposição de multas periódicas, que também são chamadas de *astreintes* por influência do direito francês, afigura-se como exemplo claro de medida de coerção indireta, que pode ser bastante útil ao atendimento do que dispõe o princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, já

³⁴⁶ Art. 461, §5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

que se destina a constranger o demandado a cumprir determinada obrigação.³⁴⁷ Todavia, é possível que o sujeito passivo decida arcar com o pagamento das multas, frustrando-se, dessa maneira, a tutela jurisdicional efetiva.

As medidas executivas representam restrições à esfera jurídica do demandado, de modo que devem passar pelo teste procedimental da proporcionalidade, a fim de que sejam juridicamente corretas.

³⁴⁷ DIREITO CONSTITUCIONAL. LINFOMA. RISCO DE VIDA. EXAME PET SCAN ÀS EXPENSAS DO ESTADO. DISPONIBILIDADE DO TRATAMENTO TÃO SOMENTE EM HOSPITAL LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. NECESSIDADE DE AFERIÇÃO DO QUADRO EVOLUTIVO DA DOENÇA PARA REGULAR TRATAMENTO. DIREITO DE ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.Versa a presente lide acerca do custeio de tratamento de saúde de pessoa que, por ser portadora de enfermidade grave e debilitante - LINFOMA NÃO HODGKIM DIFUSO DE GRANDES CÉLULAS B COM MARCADOR CD20+ - vem, progressivamente, tendo suas regiões vitais comprometidas, o que o compeliu a submeter-se a sessões de quimioterapia e radioterapia, bem assim, por força de provimento judicial liminar, a tratamento com a medicação RITUXMAB. 2.Depreende-se dos autos que, não obstante se tenha constatado a regressão da enfermidade da qual o agravado é portador, mediante tomografia computadorizada, os resultados de tal exame não demonstram com segurança o estágio do quadro evolutivo de sua doença, razão pela qual foi-lhe indicada a submissão ao exame PET SCAN, disponível unicamente em hospitais e clínicas localizados nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. 3.Referidos Hospitais da rede particular de saúde são os únicos que possuem os aparelhos necessários à realização do exame em apreço, sendo certo, outrossim, que o agravante não fez prova contrária no sentido de que existe, no Estado de Pernambuco, entidade hospitalar com infraestrutura, aparelhos adequados e profissionais de saúde capacitados à realização do procedimento almejado, do que se infere a necessidade de ida do agravado para São Paulo ou Rio de Janeiro, a fim de submeter-se ao citado exame. 4.Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, reconhecendo-se o sujeito como detentor do direito e o Estado o seu devedor, pressupondo o art. 196 da CF a adoção de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para a sua promoção, proteção e recuperação. A execução de ditas políticas sociais e econômicas protetivas da saúde vincula-se aos planos e programas que devem assegurar ao indivíduo e à coletividade tudo aquilo que possa ser considerado essencial para a satisfação da saúde física, mental, psicológica, moral e social, aí inseridos o fornecimento gratuito de medicamentos e a disponibilização de leitos em hospitais. 5.O dever de assistência à saúde dos cidadãos surge como uma das formas de garantia do direito à vida localizado no caput do art. 5º da CF, caracterizando-se, pois, como cláusula pétrea, de modo a impedir que o legislador, assim como o administrador, criem situações que impliquem esvaziamento do conteúdo desse dispositivo constitucional. Para além da estreita relação com o direito à vida, o direito à assistência à saúde possui intrínseca relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, razão pela qual, conclui-se, qualquer previsão legal, bem como quaisquer atitudes tomadas pelo Poder Público que provoquem o esvaziamento do direito à vida trará, como corolário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois são dois vetores considerados igualmente fundamentais pela Constituição. 6.No tocante à cominação da *multa diária* por descumprimento da decisão, impende que se ressalte a importância da mesma, ante o cunho de urgência do exame em tela, sendo, pois, mais que razoável a fixação de prazo para que o Estado dê cumprimento à antecipação de tutela ora vergastada, sobretudo quando se tem em mente que a Secretaria de Saúde vem denegando, reiteradamente, as solicitações feitas pela população enferma que necessita de medicamentos e exames. Grifou-se. (Agravado de instrumento nº 174680-7, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça de PE, Relator: Des. Luiz Carlos Figueiredo, j. em 02/12/2008).

É de bom alvitre ressaltar que a projeção da proporcionalidade na efetivação das medidas antecipatórias apresenta dupla dimensão: proibição de insuficiência e proibição de excesso.

Presta-se a proporcionalidade tanto a evitar que o órgão jurisdicional adote medidas insuficientes e, por isso, inadequadas ao cumprimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como para proibir medidas de execução excessivas, desnecessárias em face dos direitos fundamentais do réu.³⁴⁸

Resulta dos mandados da proporcionalidade, *v.g.*, a definição de montante adequado, necessário e proporcional, no uso das multas diárias. A previsão do §6º do art. 461, que se aplica à efetivação da tutela por força do art. 273, §3º, possui, então, tão-somente a função de explicitar aquilo que já decorre, de maneira óbvia, do recurso ao procedimento da proporcionalidade.

Seguindo-se o exemplo da imposição de multas diárias, característico da execução indireta, importa frisar quais são as implicações da proporcionalidade na definição do valor da multa no caso concreto.

Através do exame da idoneidade, ficam vedadas as multas cujo valor seja inferior àquilo que seria adequado para permitir a efetiva atuação da antecipação da tutela. Assim, para que determinada fábrica deixe de poluir um rio, a imposição de multa de reduzido valor de nada adiantará. Poderá, perfeitamente, a empresa preferir seguir poluindo o rio e arcando com os custos da multa de valor indevido.

O mandado da necessidade tem a virtude de coibir, no exemplo das multas periódicas, a determinação de valores abusivos, por demais gravosos em relação aos direitos do réu. Logo, se a multa tiver sido fixada em valor excessivo, interessa ao demandado a afirmação da desproporcionalidade das *astreintes*, já que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do autor deve ser aplicado sem trazer prejuízos desmesurados para a esfera jurídica do pólo passivo.

³⁴⁸ Nesse sentido, Marcelo Bonício esclarece: “A insuficiência na atividade jurisdicional pode ser tão danosa quanto o excesso. Ambos precisam ser regulados pelo princípio da proporcionalidade para, em conjunto com os demais princípios constitucionais e processuais, produzir bons resultados para aquele que necessita de tutela jurisdicional” (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, *ob. cit.*, 2006. p. 130).

Ainda como ilustração da aplicação do procedimento da proporcionalidade na execução de provimentos antecipatórios, imagine-se a situação em que se expede provimento mandamental, acompanhado da imposição de multa em caso de descumprimento, com a finalidade de obrigar determinado supermercado a expor adequadamente o preço dos produtos.

Ocorre que o supermercado é grande e, em face do exíguo prazo conferido para o cumprimento da medida e do exorbitante valor imposto, o direito fundamental à livre iniciativa econômica dos proprietários do estabelecimento comercial se veria seriamente restringido, porque haveria outra forma, mais racional, de promover a efetividade do direito material sem menoscabar direitos do réu.

No exemplo do supermercado, o equilíbrio entre as posições jusfundamentais que interessam a autor e réu poderia ser alcançado com a definição de prazo adequado para o cumprimento da obrigação, sob pena de ser aplicada multa razoável, estritamente suficiente para compelir o demandado.

Portanto, fica evidenciado que o procedimento da proporcionalidade se mostra necessário para o controle racional não somente da decisão que concede a antecipação da tutela, como também para o balizamento das medidas de efetivação da tutela antecipada.

CONCLUSÕES

1. A relação entre direito e moral, tema fundamental para a compreensão da ontologia jurídica, dá lugar a diversas contribuições teóricas, que podem ser agrupadas em teorias do direito natural, teorias positivistas e pós-positivistas.
2. Em comum com as perspectivas jusnaturalistas, as teses pós-positivistas afirmam a importância da moralidade para a compreensão do conceito de direito. Rejeita-se, porém, a tese da subordinação conceitual, bem como a afirmação metafísica do direito natural. Pós-positivistas aproximam-se dos positivistas pela rejeição da dualidade de ordens jurídicas. Seguidores do positivismo jurídico inclusivo sustentam que é possível a incorporação de elementos morais no sistema jurídico. Na perspectiva pós-positivista, essa afirmação é tomada como insuficiente, já que se afirma a conexão conceitual entre direito e moral.
3. Por influência da perspectiva pós-positivista na teoria dos direitos fundamentais, com base na qual se procede à análise jusfundamental da antecipação da tutela, reconhece-se a importância da discussão racional sobre a correção das decisões jurídicas, bem como caráter normativo da dogmática jurídica.
4. São fundamentos conceituais da perspectiva jusfundamental: racionalidade prática, distinção entre princípios e regras, além das teorias das restrições.
5. Na análise de problemas jurídicos, deve prevalecer uma concepção procedimental da racionalidade prática, contexto no qual se desenvolvem as teorias da argumentação jurídica racionais contemporâneas. A racionalidade prática aristotélica está orientada ao bem supremo, estabelecido objetivamente, o que não se coaduna com as sociedades contemporâneas. Por sua vez, a racionalidade prática kantiana é centrada na figura do sujeito, ideia que se supera no paradigma da filosofia da comunicação.
6. A distinção conceitual entre princípios e regras forma a base analítica da perspectiva jusfundamental. Na perspectiva pós-positivista, destaca-se o critério qualitativo do modo de aplicação como elemento diferenciador entre as espécies de normas jurídicas. Os princípios possuem dimensão de peso, as regras não. Os princípios ordenam que um estado de coisas seja realizado na maior medida

possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, já as regras são mais precisas, contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível.

7. Decorre da teoria dos princípios como mandados de otimização a adoção da teoria externa das restrições, compatível com o procedimento de ponderação, que se reputa racional, de modo que não merece acolhida a teoria interna das restrições, cujas versões são construídas com o intuito de oferecer alternativas ao procedimento da ponderação.

8. Há proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito.

9. A proporcionalidade em sentido estrito depende da aplicação da proporcionalidade em sentido amplo, de modo que aquela pressupõe esta. A fundamentação da proporcionalidade em sentido estrito, por isso, é suficiente para a fundamentação da proporcionalidade em sentido amplo.

10. A proporcionalidade em sentido amplo consiste no procedimento da proporcionalidade, que é composto pela regra da adequação, pela regra da necessidade e pelo princípio da proporcionalidade, ou proporcionalidade em sentido estrito.

11. A proporcionalidade se relaciona à ideia de justiça, é pressuposta pelos princípios constitucionais, é ínsita aos direitos fundamentais e deriva da estrutura do ordenamento jurídico.

12. O principal fundamento da proporcionalidade consiste na estrutura do ordenamento jurídico.

13. Compõe-se o ordenamento jurídico de normas materiais e normas processuais, as quais se apresentam em relação de complementaridade. O direito material sem o direito processual é inefetivo. O direito processual sem o direito material fica vazio de sentido.

14. Distinguem-se três fases metodológicas do direito processual: sincretista, autonomista e instrumentalista. A fase metodológica atual é a da instrumentalidade, em que se destaca o estudo do processo na perspectiva do direito material.

15. Compreender o processo como instrumento do direito material conduz à valorização da efetividade processual e da tutela jurisdicional dos direitos. O processo será efetivo quando conferir à parte que tenha razão tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha o direito de obter.

16. A efetividade dos resultados do processo depende da utilização das técnicas processuais adequadas. Entende-se por técnica processual tanto a interpretação dos institutos processuais, como os institutos do processo e o próprio processo. A técnica processual deve ser adequada, necessária e proporcional para a tutela jurisdicional dos direitos, de modo a obter a efetividade processual.

17. São exemplos de técnicas processuais: procedimentos, sentenças, meios executivos, cognição judicial.

18. O processo sob o prisma do Estado Democrático de Direito deve conferir a máxima efetividade possível ao que dispõe a Constituição. O desenvolvimento da atividade jurisdicional deve ser racionalmente controlável, o que pode exigir a aplicação da proporcionalidade.

19. A fórmula do justo processo indica padrões principiológicos a serem observados pelo ordenamento processual, com base em fontes do direito internacional. É possível observar certa correspondência entre o modelo constitucional do processo brasileiro e a fórmula do justo processo. Entende-se por justo, nessa perspectiva, o processo que siga o modelo constitucional.

20. O modelo constitucional do processo pressupõe o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

21. Deriva o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva da garantia fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional.

22. Como direito fundamental, o direito à tutela jurisdicional efetiva possui fundamentalidade material e fundamentalidade formal, dimensão subjetiva e dimensão objetiva, apresenta efeitos no plano horizontal e no plano vertical.

23. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva apresenta a estrutura de direito fundamental como um todo (*Grundrecht als Ganzes*), o qual compreende, entre

outros, o direito à tempestividade jurisdicional, o direito à tutela jurisdicional preventiva, o direito à tutela efetiva do direito material.

24. Integram o direito fundamental como um todo à tutela jurisdicional efetiva o direito às técnicas processuais antecipatórias e cautelares, o direito ao procedimento adequado, o direito ao provimento jurisdicional adequado.

25. A tutela antecipada e a tutela cautelar, apesar das semelhanças que possuem, não se confundem. O traço básico distintivo consiste na satisfatividade, no adiantamento de efeitos do provimento final de mérito, presente na tutela antecipada, ausente na tutela cautelar, que tem função meramente assecuratória.

26. O princípio da fungibilidade das tutelas de urgência pressupõe a aplicação da proporcionalidade. Busca-se o equilíbrio entre os princípios da tutela jurisdicional efetiva e do devido processo legal formal.

27. A interpretação literal do §7º do art. 273 é absolutamente insuficiente para a compreensão da fungibilidade das tutelas de urgência, o que só se alcança tendo presente o procedimento da proporcionalidade.

28. De acordo com o princípio da fungibilidade, o órgão jurisdicional tanto pode receber como antecipatório pedido rotulado de cautelar, como pode receber como cautelar pedido rotulado de antecipatório, desde que preenchidos os respectivos pressupostos.

29. A fungibilidade das tutelas de urgência será admissível sempre que importar em restrição adequada, necessária e proporcional à formalidade do processo, em benefício do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

30. A antecipação de tutela envolve a colisão dos princípios da tutela jurisdicional efetiva e da segurança jurídica, o qual abrange os princípios da ampla defesa e do contraditório. A tutela antecipada somente poderá ser concedida, quando importar restrição adequada, necessária e proporcional ao direito fundamental à segurança jurídica do demandado.

31. Na tutela antecipada em situação de perigo, quanto maior for o risco de dano, maior será o peso específico do princípio jusfundamental da tutela jurisdicional

efetiva e menor será a importância concreta do direito fundamental à segurança jurídica do réu.

32. Quanto maior for a probabilidade das alegações do autor, maior será o peso específico do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, menor será a importância concreta do direito fundamental à segurança jurídica do réu.

33. A depender das circunstâncias fáticas, o maior grau de probabilidade do direito do autor pode compensar o menor grau de perigo na demora, ou vice-versa, observados os mandados da proporcionalidade.

34. A antecipação de tutela baseada em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu envolve a aplicação da proporcionalidade apenas no primeiro caso, em que se restringe o direito fundamental *prima facie* à ampla defesa.

35. A aferição do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório se dá com base em elementos objetivos.

36. Uma vez caracterizado o abuso do direito de defesa, a restrição ao âmbito protegido *prima facie* do direito fundamental à ampla defesa será sempre proporcional, pois a faculdade de abusar do direito de defesa não se insere no referido âmbito protegido.

37. A ocorrência do manifesto propósito protelatório prescinde de qualquer exame realizado pela proporcionalidade, porquanto não se insere no âmbito protegido de nenhum direito.

38. A tutela antecipada baseada em incontrovérsia do pedido ou parcela do pedido se funda em cognição exauriente e tem possibilidades remotas de se revelar ofensiva ao direito fundamental à segurança jurídica do réu.

39. Para fins de antecipação da tutela, haverá incontrovérsia, além das hipóteses de não-contestação e reconhecimento jurídico parcial do pedido, quando a contestação não for séria, bem como quando a parte da demanda estiver pronta para julgamento, por não necessitar da prática de atos de instrução.

40. Com o auxílio do procedimento da proporcionalidade, justifica-se o caráter provisório da tutela antecipada em situação de incontrovérsia. A definitividade importaria restrição desnecessária ao direito fundamental à segurança jurídica do réu.

41. Em princípio, os efeitos fáticos da antecipação da tutela devem ser reversíveis, haja vista o direito fundamental à segurança jurídica do réu.

42. Não deve prevalecer a interpretação literal do §2º do art. 273, que se refere textualmente apenas à irreversibilidade do provimento, o que seria inútil, afinal todo provimento jurisdicional é reversível.

43. Em situações especiais, deve-se admitir, com base no exame da proporcionalidade, a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento antecipatório, como medida indispensável ao cumprimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

44. A efetivação dos provimentos antecipatórios não repousa na discricionariedade judicial. Baseia-se nos direitos fundamentais das partes, que exigem a aplicação do procedimento da proporcionalidade.

45. A proporcionalidade na efetivação dos provimentos antecipatórios possui a função de evitar medidas insuficientes, bem como as excessivas.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Ashgate, 1997.

_____. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987.

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica IV*. São Paulo: Loyola, 2005.

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed., München: Karl Alber GmbH, 2005.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005.

_____. Recht und Richtigkeit. In: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; WRIGHT, Georg Henrik von (Org). *The reasonable as rational?: on legal argumentation and justification*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000.

_____. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. In: ALEXY, Robert; KOCH, Hans-Joachim; KUHLEN, Lothar; RÜBMANN, Helmut. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristische Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Tutela antecipada na sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDOLINA, Italo. *"Cognizione" ed "esecuzione forzata" nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2002.

_____. *Órganon: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas*. Trad. de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005.

ATIENZA, *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006a.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006b.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006c.

BELZ, Herman; HARBISON, Winfred A.; KELLY, Alfred H. *The American constitution*. v. 1. 7. ed. New York, London: W. W. Norton, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOLDRINI NETO, Dino. *Tutela antecipada nos pedidos incontroversos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria do estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*. Berlin; New York: de Gruyter, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004a.

_____. *Le prove civile*. 2. ed. Torino: UTET, 2004b.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. B de F: Montevideo, Buenos Aires: 2005.

DANTE, Alighieri. *Monarquia*. Trad. de Hernâni Donato, São Paulo: Ícone, 2006.

DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 4. ed. Giuffrè: Milano, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

DREIER, Ralf. *Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtsstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1981.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Havard Universiy Press, 1978.

_____. *Justice in robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de Faria. *Direito e ética: Aristóteles, Hobbes, Kant*. São Paulo: Paulus, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRY, Jean-Marc. *Philosophie de la communication: justice politique et démocratie procédurale*. 2. ed. Paris : Les éditions du Cerf, 1994.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FROTA, Régis. *Derecho constitucional y control de constitucionalidad en latinoamérica*. Fortaleza: Casa de José de Alencar, 2000.

GEORGE, Robert P. *In defense of natural law*. New York: Oxford, 2004.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2001.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como história, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. de Ignacio Gutiérrez, Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

_____. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad de Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAGE, Jaap C. *Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic*. Dordrecht: Kluwer, 1997.

HART, H. L. A., *The concept of law*. 2. ed., New York: Oxford, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo I*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. de Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: theorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 2006.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. de Edson Bini. 2. ed. Bauru : EDIPRO, 2008.

_____. *Crítica da razão prática*. Trad. de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. de António Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LARENZ, Karl. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, München: Beck, 1979.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. v.1 Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória: art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldés Barcelos, São Paulo: Martins Fontes: 2006.

MACINTYRE, Alasdair. *Whose justice? Which rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2007.

MORELLO, Augusto Mario. *La eficacia del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik I*. 9. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed., São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reconhecimento de ofício de incompetência relativa. In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima et al. *Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*, São Paulo: RT, 2006.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 7. ed., Saint Paul: West, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

OTT, Walter. *Der rechtspositivismus*. 2. Auf. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Berlin: Springer, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 21. ed., Heidelberg: Müller, 2005.

PLATÃO. *A república: ou sobre a justiça, diálogo político*. Trad. de Anna Lia Amaral de Almeida Prado, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad e los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2. Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almino Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil*: de acordo com as leis n. 11.187 e 11.232, de 2005, e 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford University Press, 2002.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros: 2000.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung. 2. ed., München: Beck, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TARUFFO, Michele. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 1983.

TRIBE, Lawrence H. *American constitutional law*. v. 1. 3. ed., New York: New York Foundation Press, 2000.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VERDE, Filippo. *I provvedimenti di urgenza*. Padova: CEDAM, 2005.

VERDÚ, Pablo Lucas. , Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1976. v.1.

_____. *Curso de derecho político*. v. 2. 2. ed., Madrid: Tecnos, 1977.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 1. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

WÜRTENBERG, Thomas; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed., München: Beck, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006

YI, Zoonil. *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1998

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.