



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho



PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO E A
ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

DENISE APARECIDA AVELAR

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS

JACAREZINHO (PR) – 2009



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho



PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

DENISE APARECIDA AVELAR

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (área de concentração Função Política do Direito) da Fundação Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS

JACAREZINHO (PR) – 2009

DENISE APARECIDA AVELAR

**A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO E A
ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (área de concentração Função Política do Direito) da Fundação Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas
Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro

Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba
Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro

Prof. Dr. José Roberto Anselmo
Instituição Toledo de Ensino - ITE

Jacarezinho, 27 de novembro de 2009.

A aprovação da presente dissertação não significara o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro a ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

*Aos meus pais,
JOÃO e MARIA CARMEM,
porto seguro do qual me lancei.*

*Ao meu marido MARCOS,
que me mostrou ser possível realizar sonhos.*

AGRADECIMENTOS

*Ao meu orientador
Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas,
pelas palavras de incentivo.*

*Ao Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba,
exemplo de mestre a ser seguido.*

AVELAR, Denise Aparecida. *A efetividade do direito fundamental de ação e a antecipação de tutela*. 2009. 100 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho.

RESUMO

O presente trabalho se presta a analisar o direito de ação. Para tanto, é preciso estabelecer como premissa que o Estado destituiu os particulares da possibilidade de exercer a justiça com as próprias mãos. Assim, instituiu um sistema próprio para dirimir os conflitos sociais, visando a pacificação social. O direito de ação, pois, ganhou relevância política ao concentrar o fluxo de demandas sociais não solucionadas e impor ao Estado o estabelecimento de soluções justas e uniformes. Contudo, antes de delinear propriamente o direito de ação, foi necessário estabelecer conceitos que gravitam em seu entorno, como a jurisdição, a ação e o processo. De outro vértice, a partir do elevado grau de substância que o direito de ação conheceu e sua importância no cenário social, sua inclusão no rol dos direitos fundamentais foi questão de tempo. No Brasil, esse fenômeno foi estabelecido a partir da Constituição de 1988. Nesse passo, é de relevo ímpar apreciar a natureza e as características dos direitos fundamentais contextualizando-os devidamente como fenômenos jurídicos. Sob essa ótica, o direito de ação para seu exercício pleno carece de medidas que lhe confirmem substância entre as quais destaca-se inevitavelmente a antecipação da tutela. Essa técnica processual permite ao juiz assegurar a efetividade da prestação jurisdicional. No entanto, sua implementação não se deu sem controvérsias, como o conflito entre princípios que norteiam o direito de ação e a impossibilidade de sua incidência contra a Fazenda Pública. Por fim, destaca-se a figura do juiz que necessita despir-se de antigas funções protocolares para assumir um papel pró-ativo na condução do processo a fim de assegurar a tutela efetiva dentro de uma ordem jurídica justa.

Palavras-chave: direito de ação; direitos fundamentais; efetividade; técnica processual; antecipação da tutela; papel do juiz.

AVELAR, Denise Aparecida. The effectiveness of the fundamental right of action and the anticipation of guardianship. 2009. 100 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the right of action. For such it is necessary to establish as premise that the State dismissed the possibility of individuals to exert justice with their own hands. Thus, it established a proper system to nullify the social conflicts, aiming at social pacification. The right of action, therefore, gained political relevance when concentrating the flow of unsolved social demands and imposing to the State the establishment of fair and uniform solutions. However, before the right of action was properly delineated it was necessary to establish concepts that make it possible such as the jurisdiction, the action and the process. Of another vertex, from the risen substance degree that the right of action achieved and its importance in the social scenery, its inclusion in the roll of the fundamental rights was a matter of time. In Brazil, that phenomenon was established from the Constitution of 1988. At this point, it is extremely important to appreciate the nature and the characteristics of fundamental rights and properly contextualize them as juridical phenomena. Under that optics, for the right of action to be fully exercised it lacks of measures that provide it substance among which the guardianship anticipation inevitably stands out. This procedural technique allows the judge to assure the effectiveness of the judgement. However, its implementation has not happened without controversies, as the conflict between principles that guide the right of action and the impossibility of its incidence against the Public Economics. Finally, the judge's figure is distinguished and it needs to be deprived of old protocol functions to take over a pro-active role in the process in order to assure the effective guardianship inside a fair juridical order.

Keywords: Right of Action; Fundamental Rights; Effectiveness; Procedural Technique; Anticipation of Guardianship; Role of the judge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
Capítulo 1 – JURISDIÇÃO – AÇÃO – PROCESSO	12
1.1 Introdução.....	12
1.2 Jurisdição.....	13
1.3 Ação.....	21
1.4 Processo.....	30
1.5 Conclusões Parciais	36
Capítulo 2 – O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	38
2.1 Os Direitos Fundamentais: Perspectiva Histórica	38
2.1.1 Classificação.....	41
2.1.2 Características.....	43
2.1.3 Terminologia	45
2.1.4 Conceito.....	46
2.1.5 Positivação.....	47
2.1.6 Direitos e garantias fundamentais	49
2.1.7 Eficácia dos direitos fundamentais	50
2.2 O Direito de Ação como Direito Fundamental.....	52
2.3 Conclusões Parciais	57
Capítulo 3 – A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	59
3.1 Princípios Constitucionais	59
3.2 Regras e Princípios	61
3.3 Princípios Constitucionais do Direito de Ação	63
3.3.1 Princípio do devido processo legal.....	63
3.3.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa	65
3.3.3 Princípio do acesso à justiça.....	67
3.4 Antecipação da Tutela	70
3.4.1 Noções preliminares	70
3.4.2 Conceito.....	73
3.4.3 Tutela e os direitos fundamentais	74
3.4.4 Hipóteses legais	75
3.4.5 Pressupostos	77
3.4.6 Momento da concessão.....	80
3.4.7 Características.....	81
3.4.8 Pessoas jurídicas de direito público.....	83
3.5 O Papel do Juiz.....	85
3.6 Conclusões Parciais	87
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90

REFERÊNCIAS	95
-------------------	----

INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho está centrado na fundamentalidade do direito de ação, que insculpido na ordem constitucional visa assegurar o acesso à justiça de forma ampla e completa.

Afinal, quando o Estado proibiu os particulares de realizarem a justiça privada tomando para si a função de pacificação social, assumiu o ônus de introduzir um sistema próprio para a busca do direito.

Para alcançar a pacificação social, o Estado criou órgãos especializados, estabelecendo normas e parâmetros para o exercício da função estatal de resolução de conflitos.

Esse sistema foi concebido de maneira simples e aos poucos ganhou densidade em face das perplexidades materiais que foram sendo apresentadas. A gradativa complexidade dos conflitos humanos e a busca permanente em solucioná-los fizeram com que parte das ferramentas utilizadas naquele sistema ganhasse dignidade constitucional.

Verifica-se, nesse sentido, a preocupação do legislador constituinte ao estabelecer regras que norteiam a prestação jurisdicional instituindo garantias de modo a viabilizar a efetiva entrega da prestação jurisdicional sempre que houver violação ou ameaça a direito, cristalizando-se assim o direito de ação como um direito fundamental.

Desse modo, na qualidade de direito fundamental da pessoa humana tem-se que a falta de efetividade do direito de ação ofende preceito constitucional e que a demora na entrega da prestação jurisdicional se reveste como forma de exclusão social.

Nesse contexto, necessário é conceber o processo como um instrumento a viabilizar o direito de ação, visto que o processo não se presta a um fim em si mesmo, mas sim à efetivação da tutela do direito material.

Assim, a ação não pode mais ser pensada como mera garantia formal, uma vez que deve dar ao autor não apenas a oportunidade de reclamar diante do juiz, mas também a possibilidade de atuar diante da jurisdição para obter a

efetiva tutela do direito material.

Nesse passo, a sistemática processual deve disponibilizar aos operadores do direito técnicas processuais adequadas a fim de viabilizar as singulares necessidades do direito material e conferir ao juiz instrumentos capazes de assegurar uma pacificação justa do conflito.

Ademais, o desejo do jurisdicionado é ver realizado o seu direito material, que por vezes não pode aguardar o exaurimento do rito processual previsto, sob pena de obstaculizar a efetiva tutela de direito material, trazendo danos imediatos.

A doutrina vislumbrou um mecanismo processual tendente a solucionar esse dilema. Introduziu-se então em nossa legislação processual a técnica antecipatória como alternativa para a tempestividade da tutela jurisdicional.

Destarte, a norma inserta no artigo 273 do Código de Processo Civil autoriza a concessão antecipada dos efeitos da tutela contra o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, quando verificada no caso concreto a “verossimilhança da alegação”.

De outro vértice, do direito de ação despontam princípios constitucionais como o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório e da ampla defesa ou, ainda, o princípio do acesso à justiça que visam tutelar e garantir a efetividade do direito fundamental de ação.

Exsurge, desse modo, a abordagem multidisciplinar na esfera do direito, desenhando-se a efetividade da prestação jurisdicional por meio da concessão de antecipação da tutela de modo a assegurar um direito fundamental, qual seja o direito de ação, o direito à efetiva tutela de direito material.

Objetiva, ainda, este estudo ressaltar a função política do Estado de garantir o direito fundamental de ação, discutindo o papel do juiz como agente de inclusão social na construção de medidas e ações adequadas ao caso concreto, a fim de viabilizar a entrega efetiva da prestação jurisdicional.

CAPÍTULO 1 – JURISDIÇÃO – AÇÃO – PROCESSO

1.1 Introdução

As sociedades humanas viveram sob o influxo de diversos tipos de organizações. No Ocidente, houve uma gradual evolução no sentido de buscar uma superestrutura que pudesse harmonizar o corpo social. Essa superestrutura foi denominada Estado. A evolução desse fenômeno refoge aos objetivos deste trabalho, no entanto é possível encontrar um traço distintivo na maneira como o Estado procurou, paulatinamente, estabelecer as regras para o corpo social.

Atualmente, concebe-se a sociedade como um grupo de indivíduos unidos por uma organização fundamentada em normas que estabelecem padrões de conduta e comportamento. Essas normas emanam do Estado, a quem foi atribuído o poder de disciplinar e estruturar a sociedade. Segundo o filósofo francês Montesquieu, quando da concepção da teoria tripartite de Poderes do Estado, coube ao Poder Legislativo dispor sobre uma ordem jurídica a fim de promover o convívio social entre as pessoas, competindo ao Poder Executivo a tarefa de fielmente executar tais comandos com o fito de promover a paz social e o bem comum.

Ao Poder Judiciário atribuiu-se a função estatal pacificadora,¹ qual seja a função de dizer o direito para solucionar conflitos.

Para tanto, o direito de ação se realiza mediante o processo quando os juízes examinam as pretensões propostas “fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução”.²

Neste contexto, o Poder Judiciário, investido do poder estatal, denominado jurisdição, aplica a norma ao caso concreto promovendo a pacificação social ao resolver a lide.

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30.

² *Ibidem*, p. 29.

1.2 Jurisdição

Ao exercitar o poder estatal de aplicar a norma ao caso concreto, o Judiciário realiza a jurisdição, palavra que se origina do latim *iurisdictio*, e significa “dizer o direito”.

Conforme ensinamentos ministrados pelo mestre italiano Chiovenda:

Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.³

Constata-se nessa definição uma das características da jurisdição, qual seja a substitutividade, que se dá quando o Estado é chamado a atuar em substituição à vontade das partes fazendo valer a vontade da lei na solução do conflito.

Nesse passo cumpre fazer uma distinção entre a função jurisdicional e a função administrativa do Estado, uma vez que, ao atuar administrativamente, o Estado executa a lei em hipóteses concretas fazendo parecer que há uma identidade de função com a atividade jurisdicional.

Entretanto, as duas funções se distinguem por características específicas conforme nos esclarece Vicente Greco Filho:

A administração é uma atividade primária, espontânea, que aplica o direito por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria administração. Já a atividade jurisdicional é atividade secundária, inerte, somente atua quando provocada e se substitui à atividade das partes, impedidas que estão de exercer seus direitos coativamente pelas próprias mãos. Esse caráter de substitutividade constitui a nota distintiva da jurisdição.⁴

Em contraposição à definição acima apresentada por Chiovenda, argumentou o também mestre italiano Carnelutti que a jurisdição somente se opera

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2, p. 8.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 35.

no momento em que o juiz mediante prolação de sentença decide uma questão compondo o litígio, quando efetivamente se diz o direito para sanar a controvérsia posta em juízo, ao que chamou de “a justa composição da lide”, entendida como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.⁵

Distinguiu a jurisdição do ato praticado pelo juiz no qual o juiz resolve o processo sem manifestar-se sobre o direito em que se funda a ação. Esta atividade para Carnelutti não é jurisdicional, e sim mera “atividade processual”, consoante prescreve:

Historicamente, a *jurisdictio* foi exatamente a manifestação do *imperium* (ou seja, do poder de mandato atribuído ao magistrado superior romano) que consistia em fixar regras jurídicas e que se distinguiu, tanto do poder militar, quanto da *coercitio*; apenas devido a que essa fixação de regras acontecia por meio do processo, o mesmo nome serviu por sua vez para designar o fim e o meio, e por conseguinte, nem tanto a função jurídica, quanto a função processual. Assim explica-se que se tenha acabado por chamar jurisdição a esta última, inclusive quando é execução.⁶

Não obstante os posicionamentos de Chiovenda e o de Carnelutti tenham sido fortemente debatidos durante muitos anos, as duas correntes do pensamento italiano têm sido consideradas uma complementar a outra para conceituar jurisdição.⁷

E, em que pesem as razões históricas apresentadas por Carnelutti em seus ensinamentos, nos dias atuais tem se entendido que a jurisdição se realiza quando o juiz examina o objeto da ação proposta, ou mesmo quando, ao sentenciar, o juiz extingue o processo sem analisar o mérito da causa.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, “O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir e realizar o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas”.⁸

Oportuno ressaltar que, com a construção do moderno Estado de Direito, a partir do século XIX, ao menos no Ocidente, houve paulatinamente a interdição de solução privada de litígios. De outro vértice, o Estado foi assumindo

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 94.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 222.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 23.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 18.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1999. p. 2.

esta função até transformá-la numa atividade eminentemente pública e exclusiva.

O Brasil não ficou imune à evolução deste modelo de Estado. Desde a sua primeira Constituição de 1824⁹, ainda no Império, a nossa ordem jurídica estabeleceu que caberia ao Estado distribuir a Justiça, concebendo a forma desta atividade como monopólio estatal.

Em todas as demais Constituições que a sucederam essa idéia foi mantida, variando-se apenas quanto à estrutura organizacional da parcela do Estado (Poder Judiciário) responsável.

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição-cidadã, operou em seu artigo 92 a distribuição da função jurisdicional entre os seguintes órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Verifica-se, portanto, que o constituinte criou um complexo de órgãos incumbidos da tarefa de distribuir a Justiça.

Inicialmente concebeu uma corte cuja função precípua é a guarda do texto político. O Supremo Tribunal Federal, que acumulava na ordem constitucional anterior o controle da interpretação das leis federais e do texto constitucional, teve suas atribuições modificadas, mas com um denominador comum: a interpretação do texto constitucional. Como sintetiza José Afonso da Silva, a jurisdição constitucional emergiu como um instrumento de defesa da Constituição.¹⁰

O constituinte aperfeiçoou mecanismos de controle já existentes na Carta anterior – a ação direta de inconstitucionalidade, cujo rol de legitimados ativos ampliou-se sensivelmente –, como também criou mecanismos até então inexistentes, e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Mais recentemente, o constituinte derivado instituiu a ação declaratória de constitucionalidade cuja essência é permitir que determinado texto normativo que

⁹ BRASIL. Constituição de 1824. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 maio. 2009.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 557.

padeça de questionamentos quanto a sua constitucionalidade nas instâncias ordinárias possa ser apreciado diretamente pela Corte Suprema com intuito de pacificar antagonismos interpretativos, bem como foi regulamentada a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Segundo José Afonso da Silva, a expressão preceitos fundamentais não pode ser tida como sinônimo de princípios fundamentais. De acordo com o professor, preceitos fundamentais abrangem todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais.¹¹

Note-se que tais mecanismos de controle da constitucionalidade são exercidos mediante um processo abstrato, não se configurando a lide em seu sentido original, apenas o conflito entre uma norma jurídica e o texto constitucional.

Cumprido esclarecer, ademais, que a jurisdição constitucional não é tarefa exclusiva daquela Corte. Apenas na via concentrada o Supremo Tribunal Federal tem o monopólio do exercício do controle constitucional. Contudo, os demais órgãos do Poder Judiciário podem realizar tal mister devendo se limitar, no entanto, à via difusa, ou seja, os efeitos daquele controle se limitam ao caso concreto apresentado.

A par desses mecanismos, o Supremo Tribunal Federal ainda pode realizar o controle da constitucionalidade mediante a apreciação do recurso extraordinário cuja aplicação foi alvo de recente modificação operada pelo instituto da repercussão geral. Ressalve-se que pela via do recurso extraordinário a Corte Constitucional também aprecia o caso concreto e manifesta-se quanto à interpretação sob o aspecto constitucional.

Com efeito, tendo em vista a elevada função acometida àquela Excelsa Corte, a indicação (nomeados pelo Presidente após a aprovação do Senado Federal) e a composição de seus membros (atualmente onze) são previstas na própria Constituição (art. 101 e parágrafo único). O constituinte estabeleceu apenas requisitos genéricos que o postulante ao cargo deve preencher. Deverá ter mais de 35 anos e menos de 65 anos, além de reputação ilibada e notável conhecimento jurídico.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 562.

A sede do Supremo Tribunal Federal é o Distrito Federal e sua jurisdição se estende por todo o território nacional.

Além do Supremo Tribunal, o constituinte concebeu outros três de natureza superior, quais sejam o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho, além do Superior Tribunal Militar, cujas funções e organicidade são próprias da Justiça Castrense e, portanto, distintas dos seus congêneres.

Tais Tribunais Superiores, embora possuam um feixe complexo de competências, notabilizam-se pela tarefa de interpretar a lei federal em última instância, unificando o entendimento do ordenamento jurídico em nível nacional. O principal veículo para provocar a atuação desses Tribunais é o apelo especial cujas hipóteses estão previstas no seio da Carta Constitucional. A distinção básica entre eles é que o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Superior Eleitoral são o ápice, respectivamente, da organização de Justiças especializadas – Trabalhista e Eleitoral respectivamente, a quem a Constituição atribui a tarefa de interpretar privativamente determinadas matérias, as que versam sobre relações de trabalho e eleitoral, respectivamente, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça ficou incumbido de interpretar o restante da legislação federal, com a competência residual.

Os Ministros desses Tribunais Superiores também são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado da República. No entanto, ao contrário do que ocorre com a Corte Suprema, ao lado dos requisitos genéricos – ilibada reputação e notório saber jurídico, para o preenchimento do cargo, o constituinte criou um sistema no qual determinou que a composição dos integrantes observasse uma porcentagem mínima entre os magistrados de cada carreira, entre aqueles oriundos do Ministério Público e aqueles advindos da advocacia. Assim, é necessário observar um requisito específico, ou seja, verificar qual a origem institucional do postulante à vaga nas Cortes Superiores.

Os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal, além de possuírem jurisdição em todo o território nacional (art. 92, § 2.º, CF).

Além dos Tribunais Superiores, o constituinte estabeleceu que o Poder Judiciário, embora uno, fosse organizado de diversas maneiras. Inicialmente,

determinou que tanto a União quanto os Estados-membros e o Distrito Federal fossem os responsáveis pela organização daquele Poder.

No plano federal, o constituinte concebeu três justiças: a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Federal.

A Justiça do Trabalho fora instituída pelo artigo 122 da Constituição de 1934, mas como órgão vinculado ao Ministério do Trabalho. Somente a partir da Constituição de 1946 integrou-se ao Poder Judiciário¹². Sua competência específica é conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos decorrentes das relações do trabalho, aí abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União.¹³

Além do Tribunal Superior do Trabalho, já mencionado, a Justiça do Trabalho é formada pelos Tribunais Regionais do Trabalho, instalados em cada Estado-membro e Distrito Federal, e pelos juízes do trabalho. Cabe à lei federal instituir Varas do Trabalho presididas por um juiz singular (artigo 116 da Constituição Federal) e, nas comarcas onde não são instaladas, a jurisdição trabalhista é atribuída aos juízes de direito (art. 112, CF).

Além da Justiça trabalhista, cabe à União organizar a Justiça Eleitoral responsável pelo contencioso eleitoral. Embora a Justiça Eleitoral exerça funções típicas de outros poderes, como a organização das eleições e a normatização do processo eleitoral, também dirime no caso concreto conflitos de interesses originados do processo eleitoral.

O constituinte outorgou à lei complementar a tarefa de organizar a Justiça Eleitoral, no entanto estabeleceu alguns órgãos essenciais. Além do Tribunal Superior Eleitoral, já mencionado, fazem parte da Justiça Eleitoral os Tribunais Regionais Eleitorais, existentes em cada Estado-membro e no Distrito Federal e os juízes eleitorais.

Por fim, temos a Justiça Federal cuja criação original por intermédio do Tribunal Federal de Recursos foi prevista na Constituição de 1946.¹⁴ À Justiça Federal compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica

¹² SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 578.

¹³ Ibidem, p. 579.

¹⁴ Ibidem, p. 574.

ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as causas sujeitas à Justiça do Trabalho e à Justiça Eleitoral; as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; as causas referentes à nacionalidade, aos crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e Eleitoral; os crimes previstos em tratados ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ocorrido ou deva ter ocorrido no exterior, ou, reciprocamente, os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira, os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, as disputas sobre direitos indígenas.

A Justiça Federal é composta por Tribunais Regionais Federais – atualmente em número de cinco – e pelos juízes federais que atuam em subseções distribuídas por todo o território nacional.

Temos também a Justiça Estadual formada por Tribunais de Justiça, com sede em cada Estado-membro e no Distrito Federal, e por Juízes de Direito com jurisdição em suas comarcas, geralmente sede de município. A Constituição Federal, em seu artigo 92, inciso VII, estabelece que a Justiça Estadual faz parte do Poder Judiciário, embora sua organização esteja a cargo dos Estados-membros e do Distrito Federal. É atribuída às Constituições Estaduais a disciplina sobre a organização judiciária daquele Poder, sendo que a competência é residual, ou seja, toda a matéria que não seja originariamente por força da Constituição acometida às Justiças Especializadas remanesce com a Justiça Estadual.

Conforme leciona Eduardo Cambi, embora o Poder Judiciário seja estruturado em várias *instâncias*, a jurisdição é una e todo juiz está investido de jurisdição, e uma ação “pode ser examinada por até quatro instâncias se, seguindo

todo o trâmite legal, for bater às portas do Supremo Tribunal Federal”.¹⁵

A fim de assegurar a independência e a autonomia do Poder Judiciário, bem como a consecução do Estado Democrático de Direito, foram fixadas garantias constitucionais para propiciar o livre desempenho da jurisdição.¹⁶

Consoante José Afonso do Silva:

Essas garantias assim se discriminam: (1) *garantias institucionais*, as que protegem o Poder Judiciário como um todo, e que se desdobram em *garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira*; (2) *garantias funcionais* ou de *órgãos*, que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário, previstas, aliás, tanto em razão do próprio titular mas em favor ainda da própria instituição.¹⁷

A Constituição Federal, portanto, estabeleceu dois tipos de garantias. O primeiro tipo, de caráter institucional, que se reveste em autonomia administrativa e financeira dos Tribunais e diz respeito ao aspecto funcional e organizacional daquele Poder. O segundo tipo, de natureza funcional, que confere a independência necessária aos membros do Poder Judiciário para o exercício de seu mister, sendo aos juízes assegurada a vitaliciedade no cargo, autorizando o afastamento do magistrado de suas funções apenas por vontade própria ou por perda do cargo decretada em sentença judicial com trânsito em julgado, ressalvada a exceção prevista na Justiça Eleitoral, cujos membros oriundos da advocacia exercem mandato com prazo previamente determinado.

Dispõe, ainda, o artigo 95 da Constituição Federal, em seus incisos II e III, sobre a garantia da inamovibilidade, que proíbe a transferência ou remoção do juiz aleatoriamente, ressalvado o caso de interesse público e a garantia da irredutibilidade de subsídios, oferecendo dessa forma segurança para que o magistrado possa atuar consoante os ditames legais e sua livre convicção, sem temer represálias ou constrangimentos pela decisão a ser proferida.

As garantias instituídas ao magistrado e ao Poder Judiciário se traduzem na verdade em garantia do próprio sistema jurisdicional, trazendo consigo a segurança jurídica necessária para a pacificação social quando da consecução da

¹⁵ CAMBI, Eduardo. Efeito devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 246.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 475.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 588.

jurisdição, legitimando-se assim o monopólio estatal com a aplicação da norma ao caso concreto na solução do conflito por meio do exercício do direito de ação.

1.3 Ação

Na concepção de Chiovenda, a ação é “o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei” ou “o direito de conseguir o bem que nos é devido mediante o juízo (*ius iudicio persequendi*)”.¹⁸

Entretanto, o direito de ação nem sempre foi entendido como um direito autônomo, conceituado que foi inicialmente como o próprio direito subjetivo material, sem que houvesse distinção entre o direito lesado e a ação.

Segundo relatam Cintra, Grinover e Dinamarco:

O ponto de partida para a reelaboração do conceito de ação foi a célebre polêmica entre os romanistas Windscheid e Muther, travada na Alemanha em meados do século passado. Muther, combatendo algumas idéias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação. Desta, disse, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Apesar de replicar com veemência, Windscheid acabou por aceitar algumas idéias do adversário, admitindo um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor. Assim, as doutrinas dos dois autores antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação.¹⁹

Demonstrou Chiovenda, ao proferir uma palestra em 1903, que o direito de ação é autônomo e diverso do direito material que se pretende fazer valer em juízo, o que marcou o fim da era privatista e reafirmou a natureza publicista do processo.²⁰

Entretanto, embora tenha reconhecido a autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo material discutido, Chiovenda estabeleceu certa dependência entre os dois para definir a ação como o direito de obter uma decisão favorável, condicionando o direito de ação à procedência do pedido, originando-se,

¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 42.

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 268.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 33.

assim, a teoria da ação como direito autônomo concreto.²¹

Surge, em contraposição, especialmente na doutrina alemã,²² a teoria da ação como direito abstrato argumentando a existência do direito de ação independentemente da existência efetiva do direito material invocado, desde que haja o preenchimento de certas exigências, denominadas as condições da ação, sem, no entanto, vincular a sua existência à obtenção de uma sentença favorável.²³

A doutrina dominante no Brasil conceitua a ação como um direito abstrato, sendo esta, inclusive, a teoria adotada pelo nosso Código de Processo Civil, o que se verifica em razão de, por diversas vezes, o Código fazer menção às condições da ação.

Neste contexto, prescreve o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil que se extingue o processo, sem julgamento do mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Assim, constata-se que, embora o direito de ação seja abstrato e não esteja vinculado ao direito material, está subordinado a determinadas condições impostas pela lei processual para que possa ser plenamente exercitado, sob pena de ser decretada a sua extinção sem a análise do mérito da causa.

A possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, deve ser aferida tão logo haja a propositura da ação em juízo, entendendo-se tal condição como a existência de previsão legal para a hipótese almejada pelo demandante, ou seja, o objeto da lide deve ser possível. Exemplos clássicos de impossibilidade jurídica do pedido são: a ação de divórcio em países onde este não é autorizado por lei, e no Brasil as dívidas de jogo, que são excluídas da apreciação judicial conforme expressa disposição no artigo 814 do Código Civil.²⁴

Cumprido salientar, a propósito, que a aferição da possibilidade jurídica do pedido não pode se revestir em óbice ao acesso à justiça. Conforme

²¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 78.

²² CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por Douglas Dias Ferreira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. 1, p. 209.

²³ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 78.

²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 277.

consignam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Constitui tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo *acesso à justiça*, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição). Assim, p. ex., constituindo dogma a incensurabilidade judiciária dos atos administrativos pelo mérito, a jurisprudência caminha no sentido de ampliar a extensão do que considera aspectos de legalidade desses atos, com a consequência de que os tribunais os examinam.²⁵

Portanto, tendo em vista que o direito de ação é uma garantia constitucionalmente prevista (artigo 5.º, inciso XXXV, CF), há que ter cautela quando do exame sobre a existência da possibilidade jurídica do pedido, não devendo ser afastada nenhuma pretensão que vise coibir ameaça ou lesão a direito, sob pena de verificar a denegação do acesso à Justiça.

Consoante concebido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na moderna processualística:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.²⁶

A segunda condição da ação é a legitimidade das partes ou *legitimação para agir*,²⁷ que deve se dar nos dois pólos da ação. A legitimidade ativa diz respeito a quem promove a ação e a legitimidade passiva, em face de quem é movida. Segundo orienta Greco Filho:

O autor deve estar legitimado para agir em relação ao objeto da demanda e deve propô-la contra o outro pólo da relação jurídica discutida, ou seja, o réu deve ser aquele que, por força da ordem jurídica material, deve, adequadamente, suportar as consequências da demanda.²⁸

Assim, a titularidade da ação ou a *pertinência subjetiva da ação*²⁹ se verifica pela propositura da ação por quem teve seu direito lesado ou ameaçado, e em face daquele que causou a lesão ou daquele que tenha a obrigação de reparar a lesão praticada.

²⁵ Ibidem, p. 277.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2, p. 199.

²⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 81.

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., v. 1, p. 211.

Neste momento, é oportuno fazer uma breve distinção entre os institutos processuais da legitimidade de parte, capacidade para ser parte, capacidade para estar em juízo e capacidade postulatória.³⁰

Possui capacidade para ser parte todo aquele que seja sujeito de direitos e deveres na ordem civil. É o que preceitua o artigo 1.º do Código Civil, uma vez que toda pessoa física ou pessoa jurídica e também os entes despersonalizados, como o espólio, o condomínio e a massa falida, têm capacidade jurídica para ser parte.

Já a capacidade para estar em juízo decorre do conceito de capacidade civil. Pode estar em juízo todo aquele que se encontre em pleno exercício de seus direitos. Assim dispõe o artigo 7.º do Código de Processo Civil: “Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”.

Quanto à capacidade postulatória, estabelece o artigo 36 do Código de Processo Civil:

A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Desse modo, para que se possa ingressar em juízo é necessária a participação de um advogado, pois é quem possui capacidade profissional técnica e adequada para a postulação de um direito.

Ressalta-se, contudo, a dispensa da capacidade postulatória nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho, onde o interessado poderá ingressar com a ação pessoalmente, sem a presença de um advogado.

Por fim, a legitimidade de parte ou *legitimatío ad causam* é expressamente prevista pelo artigo 3.º do Código de Processo Civil: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, e se refere, como acima já mencionado, àquele que detém a titularidade do direito material a ser tutelado da qual se infere a legitimidade ativa para a propositura da ação em defesa de seu direito em face de quem detenha a legitimidade passiva, ou seja, daquele que é o

³⁰ SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade ativa nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 45.

titular da obrigação de restabelecer o direito lesado.

Assim, superada a distinção entre os institutos processuais e prosseguindo-se quanto à legitimidade de parte como uma das condições da ação, não se pode deixar de mencionar a legitimação ordinária e a legitimação extraordinária.

Dispõe o artigo 6.º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Extraem-se da redação do artigo 6.º dois conceitos: o primeiro é que compete ao próprio titular do direito pretendido a propositura da ação, ao que se denomina legitimação ordinária.

O segundo conceito decorre da interpretação da parte final do dispositivo, quando vislumbra a possibilidade de, havendo autorização legal, poder pleitear direito alheio em nome próprio, o que enseja a hipótese da legitimação extraordinária, que ocorre apenas nos casos expressamente previstos pela lei, quando terceiro é autorizado a pleitear direito alheio em nome próprio. Cita-se como exemplo a ação civil pública em que a Lei 7.347/1985, em seu artigo 5.º, enumera os legitimados ativos para a propositura deste tipo de ação.

Consoante aduz Greco Filho, a legitimação extraordinária pode ser exclusiva ou concorrente:

É exclusiva quando a lei, atribuindo legitimidade a um terceiro, elimina a do sujeito da relação jurídica que seria o legitimado ordinário; é concorrente quando a lei admite a ação proposta pelo terceiro e também pelo legitimado ordinário alternativamente ou ainda por mais de um legitimado, ordinário ou extraordinário. Diz, ainda, sob outro ângulo, que a legitimação extraordinária pode ser originária quando atribuída desde logo ou desde sempre ao terceiro e derivada, ulterior ou condicionada quando a legitimação surge a partir da inércia do legitimado ordinário.³¹

Prossegue, ainda, o autor distinguindo a legitimação extraordinária originária – quando atribuída desde logo ao terceiro, da derivada, ulterior ou condicionada – quando a legitimação surge a partir da inércia do legitimado ordinário.

Sem perder de vista a legitimidade ativa e passiva como condição da ação, merece destaque a distinção entre os institutos da substituição processual, da

³¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 82.

representação processual e da sucessão.

Enquanto a substituição processual se dá quando alguém atua em nome próprio defendendo direito alheio, na representação processual o representante defende direito alheio em nome alheio, ou seja, o representante demanda pelo representado. Segundo Francesco Carnelutti, a diferença entre substituição processual e representação é evidente:

[...] o representante atua no interesse do representado, já que é este interesse, e não o seu pessoal, o que lhe impulsiona a atuar; por isso se diz que atua *nomine alieno*, enquanto o substituto atua em interesse próprio, já que é um interesse seu, o que lhe impulsiona a provocar a tutela do interesse do substituído.³²

Carnelutti destaca, ainda, que a diferença conceitual destes institutos importa, entre outros, no tratamento diferenciado quanto à responsabilidade das partes: “[...] enquanto o representante que sucumbir na demanda não suportará as custas a não ser em casos excepcionais, o substituto, que atua por sua própria conta, sofre todos os riscos da ação”.³³

Quanto à sucessão processual, esta decorre do desaparecimento da parte ou do falecimento do titular do direito, sucedendo-o seus herdeiros ou o espólio na titularidade da ação para que seja possível o seu prosseguimento.³⁴

Saliente-se que a aferição da legitimidade de parte como condição da ação, via de regra, se dá numa análise preliminar, mas pode depender em certos casos de definição jurídica a ser provada e apreciada junto com o mérito da causa, na falta de clareza inicial quanto à relação jurídica pleiteada.³⁵

Por fim, a terceira condição da ação versa sobre o interesse de agir que também vem expressamente previsto no artigo 3.º do Código de Processo Civil: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse [...]”.

Segundo Piero Calamandrei: “Este interesse processual em agir e em contradizer em juízo não deve ser confundido com o interesse substancial na

³² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2, p. 72.

³³ *Ibidem*, p. 72.

³⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, v. 1, p. 83.

³⁵ *Ibidem*, p. 84.

obtenção de um bem, o qual constitui o núcleo do direito subjetivo”.³⁶

O interesse de agir consiste na necessidade de solicitar a intervenção do Estado, mediante a prestação jurisdicional para a obtenção do bem pretendido e, portanto, tratando-se de interesse processual é *secundário* e *instrumental*³⁷ em face do interesse substancial primário, que é o próprio direito a ser tutelado.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco o interesse de agir deve ser aferido em cada caso concreto sob o prisma do binômio “necessidade *versus* adequação”.³⁸ A necessidade da tutela jurisdicional se impõe pela impossibilidade de conseguir o direito alegado de outra forma que não por meio da intercessão do Estado, mediante decisão judicial. Já a adequação refere-se ao provimento jurisdicional solicitado, de modo que este deve ser apto a produzir os efeitos necessários para a satisfação da tutela desejada. Cita-se como exemplo o mandado de segurança, remédio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, que somente pode ser utilizado quando houver comprovação de plano, ou seja, quando houver prova documental cabal do direito a ser assegurado, sem que seja necessária a dilação probatória, sob pena de inadequação da via eleita para obtenção do direito almejado.

Portanto, deve-se levar em conta a necessidade de intervenção do poder estatal mediante provocação do Poder Judiciário, por meio do provimento jurisdicional adequado para a tutela do direito pleiteado, como condição de prosseguimento da ação judicial proposta.

Liebman insere no contexto outro elemento, a seu ver, essencial na aferição do interesse de agir, que se trata da: “[...] relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”.³⁹

Dessa afirmação depreende-se que a utilidade do provimento jurisdicional solicitado é também um dos requisitos do interesse de agir. Assim, é preciso que a atividade jurisdicional seja útil na prática para alcançar o fim almejado.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por Douglas Dias Ferreira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. 1, p. 226.

³⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 206.

³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., v. 1, p. 207.

Se o credor possui um título executivo extrajudicial válido e exigível e pode, portanto, promover uma ação de execução para obter o seu crédito, não lhe será útil pedir em juízo a condenação do devedor a pagar o mesmo crédito, uma vez que no plano prático a primeira opção é a possibilidade jurídica mais vantajosa.⁴⁰

Conclui-se, portanto, que para que seja constatada a presença do interesse de agir quando da propositura da ação deve estar inserida em seu bojo a *necessidade* do provimento pleiteado, bem como a *adequação* e a *utilidade* prática para a consecução do fim desejado, conjugando-se os binômios: necessidade-adequação e necessidade-utilidade da medida judicial para a obtenção do bem da vida.

Conforme já afirmado, quando não concorrer qualquer uma das condições da ação, quais sejam a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir, o processo será extinto sem julgamento do mérito.

Convém salientar, entretanto, que Liebman na última edição do *Manual de direito processual civil* restringiu as condições da ação a apenas duas: legitimidade e interesse, entendendo que a possibilidade jurídica do pedido já está inserida em um conceito mais amplo de interesse processual, na forma de interesse-adequação.⁴¹

Entretanto, sob qualquer ângulo que se examine a possibilidade jurídica do pedido, seja como condição autônoma ou já contextualizada em outra condição, sem a presença concomitante das três condições, previstas expressamente em nossa sistemática processual (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil), a ação será obstada tão logo seja proposta, com o indeferimento da petição inicial em *despacho liminar de conteúdo negativo*.⁴²

Nesta esteira, ausente qualquer uma das condições da ação, *que são os requisitos constitutivos da ação*,⁴³ diz-se que o autor é carecedor da ação.⁴⁴

⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 86.

⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 91.

⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 23.

⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 212.

⁴⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 279.

A carência da ação é expressamente prevista no Código de Processo Civil (artigo 295 e parágrafo único), e pode ser decretada pelo juiz de plano, ao despachar a inicial; no curso da ação na fase de saneamento do processo; ou ao seu final, quando da prolação da sentença.⁴⁵ Ainda que não tenha sido argüida pela parte, o juiz pode conhecer a matéria de ofício, o que impede seja analisado o direito substancial do autor, denominado o mérito da causa.

Neste contexto, importante ainda mencionar a existência de três elementos capazes de distinguir uma ação de outra ou de individualizá-las, também denominados três *eadem* que são: as partes, a causa de pedir e o pedido.

As partes são os titulares do direito material controvertido na ação; são aqueles que pedem em face de quem se pede a tutela jurisdicional, denominados autor e réu respectivamente; a causa de pedir é o *fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda*,⁴⁶ que se divide em causa de pedir próxima ao se relacionar com os fundamentos jurídicos do pedido e a causa de pedir remota, que são os fatos constitutivos do direito do autor; e, por fim, o pedido, que é o objeto da ação, consiste no bem jurídico pretendido e também pode ser entendido como o tipo de provimento jurisdicional solicitado: condenatório, declaratório, constitutivo, cautelar ou de execução.⁴⁷

Como vimos, a ação pode ser individualizada por meio de seus três elementos: partes, pedido e causa de pedir; o direito de ação, embora abstrato e autônomo, deve preencher as condições acima consignadas (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), exigidas pela lei para que possa ser efetivamente exercido.

Considerando que a sistemática processual se assenta sobre os institutos da jurisdição, da ação e do processo, e que os dois primeiros institutos já foram estudados, ainda que brevemente, passaremos à análise do processo, que é o veículo do direito de ação e o instrumento pelo qual atua a jurisdição.

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 92.

⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., v. 1, p. 249.

⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., v. 1, p. 94.

1.4 Processo

Configurado o *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*,⁴⁸ o titular do bem exercita o seu direito de ação solicitando a intercessão do Estado a fim de promover a pacificação social, atividade esta que se denomina, conforme já consignado, jurisdição.

A jurisdição para ser exercida necessita de um instrumento denominado processo e, assim, o direito de ação é exercido por meio dele, que se inicia quando o interessado apresenta em juízo a petição inicial requerendo ver atendido o seu pleito.

A palavra *processo* origina-se do latim *procedere* e significa “seguir adiante”. Num primeiro momento, o processo foi concebido como a prática de uma série de atos processuais, restringindo-se, dessa forma, o seu conteúdo, para conceituá-lo como sinônimo de procedimento.

No entanto, processo não é sinônimo de *processamento* ou de *procedimento*, conforme leciona Piero Calamandrei:

Processo e procedimento, ainda que empregados na linguagem comum como sinônimos, têm significado técnico diferente, à medida que *procedimento* indica mais propriamente o aspecto exterior do fenômeno processual.⁴⁹

O procedimento é, portanto, apenas o meio extrínseco pelo qual o processo se instaura, se desenvolve e termina; *é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo*.⁵⁰

No que tange ao conceito de processo, na esteira da evolução do pensamento processual, a moderna concepção do processo é atribuída a Oskar von Bülow, que em 1868 publicou na Alemanha a obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*.⁵¹

Consoante relata Greco Filho:

⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., v. 1, p. 93.

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 264.

⁵⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 297.

⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 55.

Na época, dava-se muita importância à aparência externa dos atos processuais, tendo Büllow revelado que, subjacente à forma aparente, entre as partes e o juiz havia uma relação jurídica, de direito público, diferente da relação jurídica de direito material discutida, por força da qual o juiz assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum.⁵²

Portanto, “o processo é a relação jurídica de direito público que une autor, juiz e réu, que se exterioriza e se desenvolve pela seqüência ordenada de atos tendentes ao ato-fim, que é a sentença”.⁵³

Ao propor uma ação em juízo e dar início ao processo, instaura-se uma relação jurídica de direito público da qual participam três atores: o autor, o Estado-juiz e o réu.

Entretanto, uma vez que *o processo se desenvolve com a participação ativa de todos os interessados*,⁵⁴ há um dissenso quanto à forma como se estabelece a relação processual, questiona-se se a estrutura da relação se dá de forma angular entre autor-juiz e entre réu-juiz ou de forma triangular, estabelecendo-se também uma relação entre as partes autor-réu.

Greco Filho discorre sobre o tema em sua obra, ao narrar sobre a discussão doutrinária a respeito da estrutura da relação jurídica:

Para o processualista Hellwing a relação processual tem forma angular convergindo toda a atividade, ônus e situação das partes para a figura do juiz, não se estabelecendo contato direto entre as partes; na concepção de Wach, a relação é triangular, contendo, além do vínculo fundamental das partes com o juiz, também pontos de contato direto entre as partes.⁵⁵

Assim, não obstante a relação jurídica seja linear no momento em que o autor distribui a petição inicial para que o juiz possa despachá-la, a relação se completa quando o réu é chamado a integrar a lide por meio da citação, formando-se assim uma relação triangular entre autor-juiz-réu, sendo esta última a posição dominante entre os doutrinadores brasileiros.⁵⁶

Não se pode negar, contudo, a existência regular do processo quando houver a participação apenas do autor e do juiz, ainda que sem a citação do réu, entendimento este que restou consolidado com o advento do artigo 285-A do

⁵² GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., v. 2, p. 55.

⁵³ Ibidem, v. 2, p. 58.

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., v. 1, p. 73.

⁵⁵ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., v. 2, p. 59.

⁵⁶ Ibidem, v. 2, p. 59.

Código de Processo Civil que dispõe sobre o *juízo liminar de demanda idêntica*:⁵⁷

Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Todavia, ainda que excepcionalmente subsista a relação jurídica apenas entre o autor e o juiz, a regra geral impõe a participação dos três sujeitos processuais, consignando Piero Calamandrei, ainda, sobre o caráter dialético do processo:

[...] em virtude do qual o processo se desenvolve como uma luta de ações e reações, de ataques e de defesas, em que cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, o movimento dos outros sujeitos, e espera deles, depois um novo impulso para colocar-se em movimento por sua vez.⁵⁸

Decorre deste contexto que, entre a propositura da ação e o provimento final a ser emanado pelo juiz, diversos atos essenciais e indispensáveis se realizam, desenvolvendo-se uma atividade dinâmica e complexa,⁵⁹ que estabelece um vínculo entre as partes criando uma relação de natureza jurídica, denominada relação processual.

Consolida essa afirmação a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco que aduz:

É inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhes permite o ordenamento jurídico essa prática; e a relação jurídica é exatamente o nexo que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus. Através da relação jurídica, o direito regula não só os conflitos de interesses entre as pessoas, mas também a cooperação que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum.⁶⁰

Desse modo, por meio do vínculo estabelecido entre o autor e o réu

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 469 [em nota de rodapé (182)].

⁵⁸ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 278.

⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 56.

⁶⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 302.

no curso do processo surge a relação processual, que pode ser individualizada sob três aspectos: a) por seus sujeitos: Estado, demandante e demandado; b) por seu objeto: o bem da vida; e c) por seus pressupostos⁶¹, que passaremos a detalhar.

Assim como a ação exige condições para o seu efetivo exercício, a *validade* do processo, segundo Liebman,⁶² pressupõe a presença de requisitos, denominados pressupostos processuais, sem os quais o juiz não poderá examinar o mérito da causa.

Para Büllow, que em sua obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, acima mencionada, construiu a teoria da relação jurídica processual, evidenciando a autonomia da relação processual em face do direito material, tais pressupostos são requisitos de *existência* do processo cuja ausência impediria o seu surgimento ou a própria constituição do processo.⁶³

Todavia, a sistemática processual brasileira adotou as duas posições ao enunciar no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil que: “extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”.

Nesta vertente, segundo Marinoni, os pressupostos processuais são classificados pela doutrina em pressupostos de existência e de validade do processo, apontando-se como pressupostos de *existência*: 1) o pedido, 2) a investitura na jurisdição daquele a quem o pedido é endereçado, 3) a citação do réu, e 4) a capacidade postulatória; e, como pressupostos de *validade*: 1) uma petição inicial apta; 2) a competência do juízo e a imparcialidade do juiz; e, por fim, 3) a capacidade para ser parte.⁶⁴

Por outro lado, Greco Filho classifica os pressupostos processuais em pressupostos objetivos e pressupostos subjetivos:

São pressupostos objetivos: a) um pedido formulado ao juiz; b) a citação do réu; c) a inexistência de fato impeditivo, como a litispendência ou a coisa julgada, o compromisso arbitral ou o pacto de *non petendo*. São

⁶¹ Ibidem, p. 306.

⁶² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, 2005.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 470.

⁶⁴ Ibidem, p. 469.

pressupostos subjetivos: a) relativos ao juiz, a jurisdição, a competência e a capacidade subjetiva (imparcialidade); b) relativos às partes, a tríple capacidade: de ser parte, de estar em juízo e postulatória.⁶⁵

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, “A doutrina mais autorizada sintetiza estes requisitos nesta fórmula: *uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo*”.⁶⁶

Ressalta, ainda Marinoni, que a ausência dos pressupostos processuais não impede o julgamento do mérito da ação, mas eles devem estar presentes para que o juiz possa conceder a tutela jurisdicional do direito.⁶⁷

Esta propositura encontra assento na afirmação de que o juiz poderá julgar a ação pelo seu mérito ao reconhecer, por exemplo, a decadência ou a prescrição, sem, no entanto, manifestar-se sobre o direito em que se funda a ação.

Os pressupostos processuais e as condições da ação também são conhecidos como objeções processuais, visto que impedem o curso normal do processo. As objeções processuais versam matéria de ordem pública e podem ser apreciadas de ofício pelo juiz, sem que haja provocação, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, enquanto não estiver findo o ofício jurisdicional, uma vez que, quanto a elas, não se opera a preclusão, conforme dispõe o artigo 267, parágrafo 3.º, combinado com o artigo 245, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial (artigo 262, Código de Processo Civil). Assim, o autor apresenta a petição inicial em juízo na qual estão contidos o seu pedido e a causa de pedir, e, estando em termos a ação, ou seja, se estiverem presentes todas as condições da ação e os pressupostos processuais, que deverão ser examinados liminarmente, o juiz proferirá no processo o *despacho liminar de conteúdo positivo* determinando a citação do réu.⁶⁸

⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 60.

⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 309.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 475.

⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 25.

Neste momento operam-se os efeitos atribuídos pela lei à propositura da ação, como a fixação da competência do juízo. No entanto, quanto ao réu, somente serão produzidos os efeitos após ser validamente citado. É o que dispõe o artigo 219 do Código de Processo Civil: “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.

Com a citação do réu, constitui-se a relação jurídica processual tríplice e, a partir de então, não poderá o autor alterar as partes na ação, o seu pedido ou a causa de pedir, pelo que se denomina *princípio da estabilização da lide*.

O fundamento de estabilização do processo para Greco Filho “é o interesse público da boa administração da justiça, que deve responder de maneira certa e definitiva à provocação consistente no pedido do autor”.⁶⁹

Para Humberto Theodoro Júnior o processo desempenha três funções distintas:

- 1) a de verificar a efetiva situação jurídica das partes (processo de cognição);
- 2) a de realizar efetivamente a situação jurídica apurada (processo de execução); e,
- 3) a de estabelecer as condições necessárias para que se possa, num ou noutro caso, pretender a prestação jurisdicional (condições da ação).⁷⁰

Assim, tem-se que o processo não é meramente a prática de uma série de atos processuais, mas, como afirma Galeno Lacerda, “O processo jurisdicional compõe o instrumento de eliminação da lide, mediante a declaração e realização do direito em concreto”.⁷¹

Portanto, ao acolher ou rejeitar o pedido do autor, que busca em juízo pacificar o conflito, o juiz resolve a lide e declara o direito aplicável ao caso

⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 62.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 22.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2005. p. 10.

⁷¹ LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Org.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 252.

concreto proferindo uma sentença de mérito que põe fim ao processo.

1.5 Conclusões Parciais

Procurou-se neste capítulo tratar sobre os institutos fundamentais do direito processual, quais sejam: jurisdição, ação e processo.

Inicialmente, esclareceu-se sobre a tarefa atribuída ao Poder Judiciário de promover a pacificação social por meio da jurisdição. Ao dizer o direito o juiz soluciona o conflito aplicando a lei ao caso concreto, atividade na qual atua a vontade da lei em substituição à vontade das partes.

Restou claro, ainda, que a função jurisdicional é eminentemente pública e exclusiva, e emergiu para afastar a solução privada de litígios.

A estrutura do Poder Judiciário, bem como as garantias para o exercício de sua atividade, foram erigidos à estatura de norma constitucional pelo que são previstos em capítulos próprios na Constituição Federal para assegurar a legitimidade do sistema jurisdicional.

Conceituou-se a ação como um direito subjetivo público autônomo, distinto do direito material que é o próprio bem da vida almejado. Demonstrou-se a existência do direito de ação independentemente da existência efetiva do direito material.

Entretanto, embora a ação seja um direito abstrato, vincula-se a sua existência a determinadas condições expressamente previstas no Código de Processo Civil como: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir.

Reforçou-se, contudo, que a exigência destas condições da ação não pode se constituir em obstáculos ao acesso à justiça, visto que o direito de ação é um direito fundamental, conforme passaremos a demonstrar no próximo capítulo.

Foram apresentados, ainda, os três elementos identificadores da ação: as partes, a causa de pedir e o pedido.

Por último, ressaltou-se a propriedade do processo como veículo a conduzir o direito de ação, distinguindo-o do processamento e do procedimento.

Apontou-se a discussão doutrinária a respeito da estrutura da relação jurídica processual – angular ou triangular –, apresentando-se os seus três atores: o juiz, o autor e o réu, que desenvolvem sua participação ativa no processo.

Tratou-se, também, dos requisitos de existência e validade do processo denominado pressupostos processuais, cuja ausência impede a concessão da tutela do direito.

E, por fim, concluiu-se este tópico com a exposição sobre: o início do processo provido pelo autor ao apresentar a petição inicial em juízo; a constituição da relação processual com a citação do réu; e o fim almejado pelas partes, por meio do exercício do direito de ação, quando o juiz soluciona a controvérsia, aplicando a lei ao caso concreto, ao proferir a sentença de mérito.

Portanto, a partir desta breve exposição sobre os institutos da jurisdição, da ação e do processo, passaremos a tratar sobre o direito de ação sob a ótica dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O presente trabalho tem como escopo demonstrar que o direito de ação é um direito fundamental, destacando-se a tutela antecipada como uma técnica processual apta a trazer efetividade à prestação jurisdicional.

Assim, procuramos tratar no capítulo anterior sobre questões conceituais e de natureza jurídica dos institutos processuais da jurisdição, da ação e do processo, uma vez que basilares ao desenvolvimento dos estudos a que ora nos propomos.

Partimos, portanto, da premissa de que a jurisdição é provocada pelo exercício do direito de ação e que o direito de ação se exterioriza por meio do processo, com o fim de obter a concessão da efetiva tutela do direito.

Passaremos, então, neste capítulo a alinhar algumas considerações de modo a demonstrar a inserção do direito de ação na órbita dos direitos fundamentais.

2.1 Os Direitos Fundamentais: Perspectiva Histórica

Os direitos fundamentais, por vezes denominados direitos humanos ou direitos do homem, surgiram do direito natural, imanes aos seres humanos como o direito à liberdade e o direito à igualdade.

A tarefa de identificação da gênese dos direitos fundamentais não é das mais modestas. Afinal, como toda síntese de um paradigma jurídico, aquela também encontra raízes em distintas matrizes da cultura humana.

Não obstante, é possível credenciar à dignidade da pessoa humana a base filosófica da qual emanou a teoria dos direitos fundamentais. Esta, por sua vez, tem indiscutível origem cristã, pois foi a responsável pela vulgarização da concepção de que todo ser humano é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser convertido em objeto ou instrumento.⁷² Graças a essa idéia seria possível estabelecer, a partir de então, que o ser humano seria dotado de

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 30.

um feixe de direitos que estabeleceriam a dimensão de sua dignidade.

Entretanto, embora esse princípio tenha surgido na Antiguidade, a partir do século I d.C., e tenha ganhado consistência durante toda a Idade Média Ocidental, a idéia de que o homem, em face de sua particular natureza, pudesse irradiar direitos intrínsecos só começou a ter contornos mais específicos a partir do antropocentrismo, já no renascimento europeu. Afinal, foi durante aquele período histórico (séculos XIV a XVI) que o humanismo – corrente do pensamento que valoriza o homem em seu aspecto individual, e que o antropocentrismo –, concepção filosófica que coloca o homem no centro das atenções, estimulou uma nova visão de mundo e abriu caminho para a construção de direitos próprios dos seres humanos ao propagarem a idéia de que o homem passava a ser a medida de si mesmo.⁷³

O mais conhecido documento elaborado nessa época é a *Magna Carta* inglesa (1215-1225), que para alguns autores não pode ser considerada uma declaração de direitos no sentido moderno, visto tratar-se de uma carta feudal, elaborada para proteger privilégios dos nobres.⁷⁴ Sem deixar de mencionar outras declarações importantes como a *Petition of Rights* firmada pelo Rei Carlos I em 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act* subscrito pelo Rei Carlos II em 1679, e o *Bill of Rights* de 1688 promulgado pelo parlamento inglês, uma vez que se revelaram como tentativas de limitação ao exercício do poder estatal,⁷⁵ somente no século XVIII textos jurídicos incorporaram a noção de direitos humanos que hoje se concebe. O primeiro texto jurídico em sentido moderno é a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776, que mais tarde se convolou na Constituição americana.⁷⁶ Nesta declaração os direitos humanos experimentaram uma supremacia até então desconhecida em outros documentos jurídicos.⁷⁷

Todavia, por sua importância histórica e por ser a gênese da universalidade dos direitos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

⁷³ SEVCENKO, Nicolau. *O renascimento*. 7.ed. São Paulo: Atual e Unicamp, 1988. p. 14-23.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 151-152.

⁷⁵ GRIMONE, Marcos Ângelo. *O desenvolvimento sustentável como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Jacarezinho (PR), p. 64.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 153.

⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

emanada pela Assembléia Nacional Francesa, promulgada juntamente com a primeira Constituição francesa, é o mais conhecido documento de declaração de direitos.⁷⁸

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão surge após a Revolução Francesa em 1789, inserindo na ordem jurídica positiva o direito à liberdade, o direito à igualdade e o direito à fraternidade.⁷⁹

Ao longo do século XIX a teoria dos direitos fundamentais começou a ganhar densidade, em parte como reação ao positivismo dos códigos nacionais que surgiram naquele século e que, embora procurassem preencher as lacunas dos sistemas jurídicos, se mostravam incapazes de proteger o cidadão.⁸⁰

Contudo, o ponto culminante da densificação dos direitos fundamentais ocorreu com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Assembléia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948. Este documento jurídico, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da justiça e da paz, foi uma clara resposta aos acontecimentos históricos de décadas anteriores (guerras mundiais, holocausto, totalitarismo) que vilipendiaram a condição humana.⁸¹

Conforme exalta Paulo Bonavides:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.⁸²

No Brasil a teoria dos direitos fundamentais ganhou importância como resposta ao regime militar (1964-1985) que patrocinou o declínio do regime democrático, promoveu a tortura e estimulou a violência do Estado contra o cidadão.

Embora os direitos fundamentais já tivessem à época previsão constitucional, foi com a redemocratização do País após mais de vinte anos de

⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 128.

⁷⁹ Ibidem, p. 130.

⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42.

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 225-226.

⁸² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 578.

ditadura militar que a Constituição de 1988 consolidou-se como um paradigma na positivação dos direitos fundamentais ao tratar sobre o tema com a merecida relevância.⁸³

Assinalado o contexto histórico, cumpre examinar a classificação doutrinária dos direitos fundamentais.

2.1.1 Classificação

A doutrina tem classificado os direitos fundamentais como direitos de primeira, segunda e terceira gerações, de forma histórica cronológica, ou seja, pela ordem de sua inserção na Constituição Federal.⁸⁴

Os *direitos fundamentais de primeira geração* ou os direitos da liberdade são os direitos civis e políticos que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – destacam o princípio das liberdades públicas, são os direitos e garantias individuais, cujo titular é todo ser humano individualmente considerado e protegido pela ordem jurídica.

A consolidação dos direitos e garantias individuais impôs ao Estado uma abstenção, ou seja, uma obrigação de não interferir na livre expressão e na livre manifestação do indivíduo. São direitos subjetivos oponíveis ao Estado.⁸⁵

Os *direitos fundamentais de segunda geração* são os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam com as liberdades positivas reais ou concretas, colocando em evidência o princípio da igualdade e traduzindo-se numa prestação positiva do Estado.

Caracterizam-se também como direitos subjetivos, atribuindo aos indivíduos poderes de exigir uma prestação concreta do Estado.⁸⁶

Os *direitos fundamentais de terceira geração* são os direitos de solidariedade ou fraternidade e “têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação,

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 75.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 50.

coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”.⁸⁷

Portanto, caracterizam-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa, de natureza transindividual, a exigir esforços em escala mundial para a sua efetivação.⁸⁸

Como destaca Celso de Mello, os direitos de terceira geração:

[...] materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁸⁹

Por fim, sintetiza Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a primeira geração de direitos seria constituída por direitos de liberdade, a segunda por direitos de igualdade, e a terceira por direitos de fraternidade a completar o tema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.⁹⁰

Ressalte-se, ainda, a afirmação de Ferreira Filho de que a doutrina dos direitos fundamentais tem revelado grande capacidade de incorporar desafios:

Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, como os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deteriorização da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*.⁹¹

Paulo Bonavides⁹² e Celso Lafer,⁹³ assim como parte dos doutrinadores, buscam identificar uma nova geração de direitos, destacando os *direitos fundamentais de quarta geração*, como os direitos que transcendem a esfera do indivíduo recaindo nas grandes formações sociais, como o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Acredita, no entanto, Brega Filho que os direitos de quarta geração “não passam de uma nova ótica dos direitos tradicionais da liberdade, da vida,

⁸⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 131.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 58-59.

⁸⁹ Apud MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26.

⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 57.

⁹¹ Ibidem, p. 15.

⁹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571.

⁹³ LAFER, Celso. Op. cit., p. 131.

analisados em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana”, e conclui argumentando não haver uma nova categoria de direitos, mas sim “uma outra faceta, ou mesmo um aperfeiçoamento de direitos fundamentais (políticos) já reconhecidos”.⁹⁴

Saliente-se, contudo, que o surgimento de novos direitos fundamentais ao longo da história, bem como a sua classificação em gerações, não significou a supressão dos direitos anteriormente reconhecidos, e sim a sua interação sucessiva, na medida em que a segunda geração veio complementar a primeira e assim sucessivamente.

Sob este prisma, expressa Marcos Grimone que o fato de os direitos fundamentais terem surgido em momentos históricos previamente definidos “não autoriza concluir que o aparecimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais teria o condão de revogar a dimensão anterior”.⁹⁵

Conclui-se, portanto, que, ao longo da história e por meio de conquistas sociais foram se integrando à ordem jurídica normas de direitos fundamentais que foram classificadas em gerações ou dimensões, conforme a ordem cronológica de seu reconhecimento no sistema normativo.

Passaremos a discorrer, por oportuno, sobre as principais características dos direitos fundamentais.

2.1.2 Características

Segundo José Afonso da Silva, a temática sobre os direitos fundamentais do homem prosperou sob o influxo de sua concepção jusnaturalista, na qual são considerados como direitos *inatos*, *absolutos*, *invioláveis* e *imprescritíveis*. Não obstante, os direitos fundamentais podem, ainda, ser

⁹⁴ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 24-25.

⁹⁵ GRIMONE, Marcos Ângelo. *O desenvolvimento sustentável como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Jacarezinho (PR). p. 67.

reconhecidos mediante outras características que lhes são próprias.⁹⁶

Os direitos fundamentais têm caráter histórico como qualquer direito.

Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua *historicidade* rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.⁹⁷

Outra característica dos direitos fundamentais é a sua *inalienabilidade*. Por não ter conteúdo econômico-patrimonial, são direitos intransferíveis, inegociáveis. São conferidos a todos indistintamente pela ordem constitucional, e ninguém pode deles se desfazer porque são indisponíveis.⁹⁸

Mais uma característica dos direitos fundamentais apontada por José Afonso da Silva é a *imprescritibilidade*:

O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda de exigibilidade pela prescrição.⁹⁹

Anote-se, também, a característica da *irrenunciabilidade*. Os direitos fundamentais são intrínsecos ao ser humano e, portanto, irrenunciáveis. Podem até, temporariamente, deixar de serem exercidos, mas o indivíduo não pode deles dispor.¹⁰⁰

A doutrina relaciona ainda outras características como a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência, que atuam como auxiliares na definição do conteúdo jurídico dos direitos fundamentais.¹⁰¹

A característica da *universalidade* para André de Carvalho Ramos pode ser constatada sob três planos: da titularidade, do temporal e do cultural, dos quais se infere que todos os seres humanos são titulares dos direitos fundamentais

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 181.

⁹⁷ Loc. cit.

⁹⁸ Loc. cit.

⁹⁹ Loc. cit.

¹⁰⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 125.

¹⁰¹ BREGA FILHO, Vladimir. Op. cit., p. 61-64.

sem distinção de classe, sexo, cor ou gênero, e em qualquer época da história, e os direitos fundamentais permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte do globo.¹⁰²

A *indivisibilidade* consiste na característica de que os direitos fundamentais se apresentam numa unidade incindível, não se podendo eleger um ou outro direito fundamental a ser protegido, já que todos os direitos fundamentais devem ter a mesma proteção jurídica.¹⁰³

E, por fim a *interdependência* pode ser tida como a mútua dependência entre os direitos fundamentais protegidos, “pois o conteúdo de um pode vir a se vincular ao conteúdo de outro, demonstrando a interação e a complementaridade entre eles”.¹⁰⁴

Conclui Brega Filho:

[...] que o caráter interdependente dos direitos fundamentais faz com que o intérprete deva dar a mesma importância aos direitos individuais e aos direitos sociais e econômicos, pois somente com o reconhecimento e efetivação destes será possível darmos eficácia aos direitos individuais.¹⁰⁵

2.1.3 Terminologia

No que tange à terminologia, ressalte-se que diversos termos têm sido utilizados pela doutrina e pelo direito positivo para expressar o conceito de “direitos fundamentais”, tais como: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”.¹⁰⁶

Fábio Konder Comparato aponta para um aparente pleonasma da expressão “direitos humanos” ou “direitos do homem”, sem que se possa condicioná-los ou individualizá-los a particularidades de um determinado grupo de

¹⁰² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 179.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 199.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 203.

¹⁰⁵ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 63.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33.

peçoas, visto que se trata de algo inerente à própria condição humana.¹⁰⁷

Comparato apresenta, ainda, uma distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, para afirmar que os direitos fundamentais:

[...] são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.¹⁰⁸

Sob outro enfoque, embora não restem dúvidas de que os direitos fundamentais são direitos humanos na medida em que o seu titular será sempre o ser humano – ainda que representado coletivamente em grupos, povos, nações ou Estado –, Sarlet também salienta para o equívoco na utilização dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos, apresentando como critério de distinção o seu plano de positivação na ordem jurídica:

o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revela um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹⁰⁹

Para José Afonso da Silva, “direitos fundamentais do homem” constituem a melhor expressão a ser empregada e, para tanto, assim justifica:

porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.¹¹⁰

Constata-se, desse modo, que não há consenso na doutrina e na positivação dos direitos sobre a terminologia mais adequada a ser utilizada, e, portanto, adotamos a expressão “direitos fundamentais” apenas como forma de

¹⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 55.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 56.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35-37.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 178.

estabelecer um fio condutor ao longo deste trabalho.

2.1.4 Conceito

Quanto ao conceito, Norberto Bobbio afirma que a busca pelo fundamento absoluto de “direitos do homem” não é possível por tratar-se de uma expressão muito vaga.¹¹¹

Pérez Luño, partindo das considerações apresentadas por Bobbio, aponta três tipos de definição dos direitos humanos:

- a) *Tautológicas*, que não aportam nenhum elemento novo que permita caracterizar tais direitos. Assim, por exemplo, “os direitos do homem são aqueles que correspondem ao homem pelo fato de ser homem”.
- b) *Formais*, que não especificam o conteúdo destes direitos, limitando-se a alguma indicação sobre seu estatuto desejado ou proposto. Do tipo de: “os direitos do homem são aqueles que pertencem ou deveriam pertencer a todos os homens, e dos quais nenhum homem pode ser privado”.
- c) *Teleológicas*, nas quais se apela a certos valores últimos, susceptíveis de diversas interpretações: “Os direitos do homem são aqueles imprescindíveis para o aperfeiçoamento da pessoa humana, para o progresso social, ou para o desenvolvimento da civilização...”.¹¹²

No entanto, ao final de sua assertiva, Pérez Luño conclui que nenhuma destas definições acima apresentadas “permite elaborar uma noção de direitos humanos com limites precisos e significativos”.¹¹³

Desta forma, verifica-se a dificuldade em estabelecer um conceito exato do que sejam direitos fundamentais.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução por Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. [Nova Edição]. p. 37.

¹¹² PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 25.

¹¹³ *Ibidem*, p. 25.

2.1.5 Positivacão

A Constituicão brasileira vigente foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos direitos fundamentais, outorgando-lhes a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a ordem constitucional.¹¹⁴

A positivacão de direitos fundamentais para Canotilho “significa a incorporacão na ordem jurídica positiva dos direitos considerados *naturais* e *inalienáveis* do indivíduo”.¹¹⁵

Ressalta o mestre português não bastar a mera positivacão, sendo necessário dar aos direitos fundamentais a estatura de fontes de direito, alçando-os à condiçã de normas constitucionais a fim de protegê-los, enunciando pelas palavras de Cruz Villalon:

onde não existir constituicão não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios.¹¹⁶

Como salienta Bobbio, “o problema fundamental em relaçã aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”.¹¹⁷

Neste contexto, os direitos fundamentais ao serem alçados ao *status* constitucional recebem tratamento diferenciado e passam a ser tutelados pelo Estado por meio de proteçã jurídica expressamente prevista.

A experiêcia brasileira, a partir da Constituicão Federal de 1988, é particularmente interessante. Afinal, o constituinte estabeleceu um *catálogo*¹¹⁸ explícito acerca dos direitos fundamentais (Título II, CF). Ademais, criou mecanismos de proteçã àquele catálogo ao convolar os direitos fundamentais em cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV, CF). Por fim, afirmou que

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituicão Federal de 1988*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 61.

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituicão*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 377.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 43.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 90.

aquele rol pode ser ampliado por intermédio de dois mecanismos de extensão. O primeiro estabelecendo a existência de direitos fundamentais implícitos ao texto e que, portanto, por meio da maximização na interpretação de seu conteúdo, possam, ao longo do tempo, ser reconhecidos e efetivados (artigo 5.º, parágrafo segundo, CF). O segundo permitindo que o Brasil amplie o mencionado rol, utilizando-se do cenário internacional, ao afirmar que os tratados que declaram direitos fundamentais sejam incorporados ao ordenamento jurídico nacional com *status* de norma constitucional (artigo 5.º, parágrafo terceiro, CF).

Voltaremos ao tema da dimensão dos direitos fundamentais, o seu reconhecimento constitucional e suas conseqüências jurídicas, no tópico 2.2 *infra* ao tratarmos sobre a *fundamentalidade* dos direitos.

Necessário, nesse passo, fazer uma breve referência sobre a divergência conceitual mencionada por doutrinadores entre direitos e garantias.

2.1.6 Direitos e garantias fundamentais

Cumprido destacar, ainda, a divergência conceitual apontada pela doutrina entre direitos e garantias fundamentais, visto que, conforme relata José Afonso da Silva, o constituinte de 1988 não organizou os direitos e suas garantias em capítulos separados.¹¹⁹

Para Ruy Barbosa¹²⁰ devemos separar os direitos das garantias para considerar como direitos as disposições constitucionais *meramente declaratórias*, que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos e, por sua vez, as garantias como disposições *assecuratórias*, que em defesa dos direitos limitam o poder.

No entanto, para outros doutrinadores não é tão clara a distinção acima apontada entre os direitos e as garantias introduzidos na Constituição “porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”.¹²¹ Talvez mais apropriado seria dizer que a

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186.

¹²⁰ Apud SILVA, José Afonso da. Loc. cit.

¹²¹ Loc. cit.

Constituição reconhece alguns direitos garantindo-os.¹²²

Ademais, o constituinte não estabeleceu regras para distinguir os dois institutos e também não adotou terminologia precisa, uma vez que, por vezes, ao dispor sobre direitos adotou a expressão garantias (artigo 5º, inciso XXII, CF). Assim é que sob o Título II enuncia “Dos direitos e garantias fundamentais”, título genérico, no qual foram inseridos diversos capítulos abrangendo diversas espécies ou categorias de direitos fundamentais:¹²³ I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos; II – Dos direitos sociais; III – Da nacionalidade; IV – Dos direitos políticos; e V – Dos partidos políticos.

Freqüentemente podemos encontrar num mesmo dispositivo constitucional a coexistência de direitos e de garantias fundamentais,¹²⁴ citando-se como exemplo o artigo 5.º, inciso X, da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Segundo José Afonso da Silva, a doutrina emprega a expressão *garantias constitucionais* em três sentidos:

1) *reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais*; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, que não provêm de lei alguma, senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano; parte-se da idéia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma idéia vinculada à concepção do direito natural ou da supra-estabilidade dos direitos fundamentais; 2) *prescrições que vedam determinadas ações do poder público*, ou formalidades prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual; 3) *proteção prática da liberdade* levada ao máximo de sua eficácia ou recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura.¹²⁵

Logo, concluímos que, embora por vezes alguns doutrinadores tenham afirmado que as garantias possuem caráter instrumental de proteção de direitos, segundo Canotilho, “rigorosamente, as clássicas garantias são também

¹²² Loc. cit.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

¹²⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 110.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 187.

direitos”.¹²⁶

Tratemos, por fim, no próximo tópico sobre os efeitos produzidos pela declaração dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

2.1.7 Eficácia dos direitos fundamentais

Conforme já assentado por Bobbio, não é suficiente apenas o reconhecimento dos direitos como fundamentais, mas é necessário protegê-los, assegurá-los, impedir que sejam violados.¹²⁷

Neste contexto, a eficácia é um dos aspectos de maior relevância na teoria geral dos direitos fundamentais, visto que não basta apenas a sua previsão constitucional, sendo imperioso assegurar a sua concretização por meio da plena eficácia.

Afirma Sarlet que [...] “todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa”.¹²⁸

Sob este enfoque, prossegue Sarlet destacando uma série de pontos em comum a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, ao que denominou como *cargas eficaciais* dos direitos fundamentais, que se apresentam da seguinte forma:

- a) acarretam a revogação, ainda que tácita, dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, conseqüentemente, deixam de ser aplicados independentemente da declaração de sua inconstitucionalidade;
- b) vinculam o legislador no sentido de obrigá-lo não apenas a concretizar programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas que contêm preceitos de

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 396.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 45.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 311-312.

- direito fundamental;
- c) impõem a necessidade de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos editados posteriormente caso sejam colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais;
 - d) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
 - e) causam sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, considerando-se esta em um sentido amplo e não restrita à concepção de um direito subjetivo individual a determinada prestação, possibilitando, assim, ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental; e,
 - f) geram a proibição de retrocesso, isto é, impedem que o legislador possa eliminar os direitos fundamentais que já foram objeto de concretização.¹²⁹

Portanto, a declaração dos direitos fundamentais produz efeitos que permeiam todo o ordenamento jurídico pátrio, vinculando assim toda a atividade estatal, seja administrativa, legislativa ou judiciária.

Uma vez declarado um direito como fundamental, este se torna um *patrimônio jurídico dos cidadãos de maneira perene*.¹³⁰

Sob esta ótica, passaremos a abordar a natureza fundamental do direito de ação.

2.2 O Direito de Ação como Direito Fundamental

A noção de direitos fundamentais está intrinsecamente ligada à característica de *fundamentalidade* que “aponta para a especial dignidade de

¹²⁹ Idem, p. 312-317.

¹³⁰ GRIMONE, Marcos Ângelo. *O desenvolvimento sustentável como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Jacarezinho (PR). p. 71.

proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.¹³¹

Segundo Canotilho, a fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala dimensões relevantes¹³², que, devidamente adaptadas ao nosso direito constitucional pátrio por Sarlet, resultam nos seguintes aspectos:

- a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*;
- b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); e
- c) cuida-se de normas diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5.º, § 1.º, da CF).¹³³

Portanto, os direitos fundamentais encontram-se numa hierarquia superior às demais normas do ordenamento jurídico, haja vista a sua estatura constitucional, o que lhes outorga uma superioridade normativa.¹³⁴

Essa superioridade normativa traz consigo um nível de proteção de suas normas que implica um processo mais gravoso de reforma, seja formalmente por meio de procedimento legislativo diferenciado com sua aprovação por maioria qualificada em dois turnos (artigo 60, parágrafo segundo, CF), seja materialmente dada a sua natureza imutável, consagrada como cláusula pétrea (artigo 60, parágrafo quarto, CF).

Assim, a fundamentalidade formal verifica-se pela imediata

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378.

¹³² *Ibidem*, p. 379.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89.

¹³⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 165.

aplicabilidade de seus preceitos¹³⁵, o que é expressamente previsto na Constituição Federal (artigo 5º, parágrafo primeiro, CF), “de modo que se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico-normativo), tais direitos são *tendencialmente completos*, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado”.¹³⁶

Já a fundamentalidade material segundo Canotilho “insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”.¹³⁷

Complementa Sarlet:

[...] somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupadas pela pessoa humana.¹³⁸

Portanto, o fato de determinados direitos estarem previstos na Constituição, passando à categoria de direitos constitucionais, por si só não importa na sua concepção como direitos fundamentais, pois, na verdade, necessário se faz o exame de seu conteúdo para essa aferição.

Desse modo, há que conjugar os aspectos formais e aspectos materiais apresentados em um determinado contexto constitucional positivado e vigente para por meio da hermenêutica estabelecer um conceito adequado do que seja direitos fundamentais para determinada sociedade.

Nesta esteira, Sarlet apresenta a seguinte definição baseando-se em estudos apontados por Alexy:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹³⁹

¹³⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 126.

¹³⁶ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 225.

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 379.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89.

¹³⁹ Idem, p. 91.

Infere-se da definição acima apresentada que o direito para ser fundamental, além de fazer parte da positivação constitucional, ou seja, além de ser um direito constitucional, deve conter *relevância* e *substância*. A relevância e substância são agregadas ao direito constitucional a partir de preceitos adotados pela própria Constituição e que lhe conferem qualificação específica a fim de ultrapassar a dimensão de direito constitucional para angariar o *status* de direito fundamental.

Cumpra neste momento verificar sobre as características da fundamentalidade formal e material do direito de ação para constatar os traços que convergem à qualificação do direito de ação como direito fundamental.

Inicialmente, cabe salientar, dentro do sistema normativo constitucional, a localização sistemática do direito de ação com o objetivo de acentuarmos, em primeiro lugar, a sua natureza constitucional.

O direito de ação se encontra expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, sob o Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, artigo 5.º, inciso XXXV: “a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não obstante constatar a natureza supralegal do direito de ação, necessário se faz perquirir sobre a proteção que lhe foi outorgada pelo constituinte, para aferir sobre a sua fundamentalidade formal.

Verifica-se que o direito de ação, por estar inserido no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, encontra-se submetido ao limite material da reforma constitucional, consistindo em cláusula pétrea, conforme prescreve o artigo 60, § 4.º, da Constituição Federal supramencionado, o que lhe confere a fundamentalidade formal.

Neste contexto, segundo Sarlet, o fato de os direitos fundamentais constituírem cláusulas pétreas, revelando sua fundamentalidade formal, faz com que assumam também, simultaneamente, uma dimensão material:

Com efeito, o aspecto formal diz com a proteção do texto constitucional (onde se encontram positivadas os direitos) contra uma supressão pelo

poder reformador. A proteção contudo é outorgada em virtude da fundamentalidade material dos bens e valores protegidos.¹⁴⁰

Ademais, configurado o direito de ação como norma definidora de direito fundamental, ele possui aplicação imediata (artigo 5.º, § 1.º, cf. *supra*), sendo apto a ser invocado desde logo pelo jurisdicionado quando este sofrer ou se achar na iminência de sofrer lesão a seu direito.

Presentes, portanto, os três aspectos que caracterizam a fundamentalidade formal do direito de ação, cumpre analisar ainda a fundamentalidade material, o que faremos sob o aspecto da relevância e da substância, qualidades estas, conforme acima aventado, extraídas a partir da interpretação teleológica dos preceitos constitucionais.

A relevância do direito de ação é manifesta, pois num Estado Democrático de Direito somente a existência de um órgão do Estado (Poder Judiciário) devidamente neutro e eqüidistante permite a salvaguarda dos direitos estabelecidos no ordenamento jurídico. Afinal, de nada valeria a criação daquele órgão se não houvesse a possibilidade perene e real de acioná-lo.

De outra face, a substância do direito de ação se revela ante a sua própria natureza. Afinal, o constituinte, com o propósito de estabelecer os contornos previstos no direito fundamental à ação, disciplinou-o por meio de princípios, de maneira a transformá-lo em uma faculdade que possa efetivamente ser exercida.

No próximo capítulo, trataremos mais detidamente dos princípios constitucionais que asseguram a efetividade do direito de ação.

Resta-nos, neste momento, considerando toda a motivação exposta neste tópico, concluir que, visto estarem preenchidos os requisitos de natureza formal e material da fundamentalidade, é lícito reconhecer o caráter fundamental do direito de ação.

Com efeito, necessário retomar aqui o pensamento de Norberto Bobbio para afirmar que não basta reconhecer o direito de ação como direito fundamental, é preciso buscar meios adequados a garanti-lo, impedindo, assim, que

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89.

seja continuamente violado ou frustrado.¹⁴¹

A experiência histórica tem demonstrado que, mesmo em Estados que vivenciaram experiências totalitárias ou de índole ditatorial, como foi o caso brasileiro, não houve o tolhimento do direito de ação. Entretanto, os mecanismos colocados à disposição se mostraram completamente ineficazes para tutelar de maneira efetiva os direitos materiais ameaçados. Como exemplo, podemos observar o caso brasileiro que, embora durante o regime militar tenha mantido em vigor as principais leis processuais, ao retirar a possibilidade de apreciação, por parte do Poder Judiciário, do *habeas corpus* contra atos praticados pelo governo militar (ao menos no período de 1968 a 1978), na prática destituiu o direito de ação para a tutela da liberdade locomotora, esvaziando-se em grande medida aquele direito.

Destarte, a doutrina processualista começou a convergir esforços no sentido de tomar o direito de ação não apenas em sentido ritualístico, mas dotado de efetividade. Em outras palavras, não basta apenas garantir o direito de acesso ao Judiciário, mas é preciso aparelhar aquele Poder de mecanismos que possam salvaguardar o direito material lesado ou ameaçado.

2.3 Conclusões Parciais

Neste capítulo cuidou-se de qualificar o direito de ação como direito fundamental.

Para tanto, foi apresentado um esboço histórico sobre os direitos fundamentais, a partir de sua concepção como direitos naturais, imanentes ao homem, passando pela era cristã com a valoração do ser humano como sujeito de direitos, para culminar com a positivação dos direitos fundamentais, a fim de tornar digna a condição humana.

Passou-se por uma classificação cronológica para considerar os direitos fundamentais em gerações de conquistas contra arbitrariedades de todas as formas, consolidando-se a primazia dos direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução por Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. [Nova Edição]. p. 43.

As principais características dos direitos fundamentais foram ressaltadas, como a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a universalidade e a interdependência.

Apontou-se para as diversas terminologias utilizadas para expressar o conceito de direitos fundamentais, bem como para a dificuldade de encontrar uma definição precisa para conceituá-los à vista de sua amplitude.

Foram ressaltados os aspectos da positivação dos direitos fundamentais e da necessidade de serem tutelados pelo Estado por meio de proteção jurídica expressamente prevista.

Laborou-se, ainda, no sentido de demonstrar a falta de precisão técnica no emprego das expressões *direitos* e *garantias*.

A eficácia dos direitos fundamentais foi destacada como um dos aspectos mais importantes da sua natureza, visto que a sua declaração contém uma carga eficaz que interage com todo o sistema jurídico e vincula a atividade judiciária, legislativa e administrativa do Estado.

E, por fim, foi eleita a característica da *fundamentalidade* para permear o direito de ação e encontrar a sua natureza fundamental, contextualizando sob o aspecto formal a positivação constitucional do direito de ação e agregando-lhe características materiais que lhe conferem qualificação específica para ultrapassar a dimensão de direito constitucional e investir-se do *status* de direito fundamental.

Portanto, consignada a natureza fundamental do direito de ação, passaremos a abordar, no próximo capítulo, sobre a sua proteção jurídica instituída por meio dos princípios constitucionais, bem como sobre a tutela antecipada como técnica processual adequada a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

CAPÍTULO 3 – A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Considerando que o objetivo deste estudo é apresentar, sob o enfoque da natureza fundamental do direito de ação, a tutela antecipada como técnica processual adequada a assegurar a realização do direito almejado, passaremos a discorrer inicialmente neste capítulo sobre a proteção jurídica instituída por meio dos princípios constitucionais que visam dar efetividade à prestação jurisdicional.

3.1 Princípios Constitucionais

Conforme já salientado no tópico 2.1.1 *supra*, os direitos fundamentais são inerentes ao seres humanos, e, embora tenham surgido sob o influxo da concepção jusnaturalista, há que levar em conta a existência de um sistema jurídico que permite explicar e fundamentar a validade e a efetividade de cada uma de suas normas.¹⁴²

O ordenamento jurídico, portanto, implica um conjunto de normas consistentes e coerentes entre si, normas estas que incorporam valores e estes se projetam, traduzindo-se em princípios, que se posicionam como parte do complexo ordenamental.¹⁴³

Segundo Jorge Miranda, a doutrina tem assinalado, sob diferentes óticas, as seguintes características dos princípios:

- a) A sua maior aproximação da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento;
- b) A sua amplitude, o seu grau de maior generalidade ou indeterminação frente às norma-regras;
- c) A sua irradiação ou projecção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade;

¹⁴² MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 625.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 626.

- d) A sua versatilidade, a sua susceptibilidade de conteúdos algo variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias, com densificações variáveis;
- e) A sua abertura, sem pretensão de regulamentação exaustiva, ou em plenitude, de todos os casos;
- f) A sua expansibilidade perante situações ou factos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;
- g) A sua virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca.¹⁴⁴

Ressalta, ainda, o mestre português a *função ordenadora dos princípios* ao revelar a particularidade que detêm os princípios de assentar diretamente a vida jurídico-política do país, devendo o operador do direito tomá-los como pontos de referência, segundo critérios próprios da hermenêutica e de dar-lhes o devido cumprimento.¹⁴⁵

Neste contexto, os princípios exercem uma ação imediata e uma mediata. A ação imediata ocorre na medida em que os princípios são aplicáveis diretamente ou enquanto capazes de conformarem as relações político-constitucionais.¹⁴⁶

Já a ação mediata consiste no fato de que os princípios funcionam como critérios de interpretação e de integração e estabelecem uma coerência geral no sistema; servem de elementos de construção e qualificação da estrutura do sistema constitucional, exercendo uma função dinamizadora e transformadora ao serem utilizados para a adoção de novas fórmulas que melhor se coadunem com a idéia de Direito inspiradora da Constituição.¹⁴⁷

Desse modo, antes de analisarmos cada um dos princípios constitucionais que asseguram o direito de ação, necessário se faz demonstrar a distinção apontada pela doutrina entre regras e princípios.

¹⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 628.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 629.

¹⁴⁶ Loc. cit.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 630.

3.2 Regras e Princípios

A distinção entre regras e princípios é particularmente importante em sede de direitos fundamentais.

Apresentamos primeiramente a distinção apontada pelo mestre Canotilho, para quem as regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem nenhuma exceção. Trata-se de uma *regra consagrada de um direito definitivo*. Cita como exemplo, conforme adaptação nossa ao direito pátrio, o artigo 5.º, inciso III, da Constituição Federal: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Assim, o indivíduo tem direito à integridade física e moral, sem qualquer exceção, sendo proibida a prática de qualquer tipo de maus-tratos, seja de ordem física, psíquica ou emocional.¹⁴⁸

Quanto aos princípios, Canotilho afirma tratar-se de normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de *tudo ou nada*; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico. Desse modo, traz como exemplo – ressaltando-se também nossa adaptação do exemplo dado ao direito pátrio – o artigo 5.º, inciso XIII, da Constituição Federal, quando garante a liberdade de escolha da profissão: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Neste caso, a liberdade de escolha não se impõe de modo absoluto, pode depender de alguma condição fática ou jurídica a ser implementada.¹⁴⁹

Segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios constitui o marco de uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais e um ponto de partida para responder sobre a possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais, constituindo-se num dos pilares fundamentais da teoria dos direitos fundamentais.¹⁵⁰

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1255.

¹⁴⁹ Loc. cit.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 81.

Para o autor alemão, tanto as regras como os princípios são normas, e, portanto, a distinção pode ser feita entre os dois tipos de normas, e, embora haja diversos critérios, o critério da generalidade é o mais utilizado para estabelecer a diferença.¹⁵¹

Portanto, para Alexy os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto e as regras são normas com um nível relativamente baixo de generalidade, e exemplifica tomando como princípio a norma segundo a qual todo indivíduo goza de liberdade religiosa, e como regra uma norma que assegura a todos os presidiários o direito a converter outros presidiários a sua própria religião, de onde se verifica que o princípio tem um grau de abstração muito maior do que a regra.¹⁵²

Ao realizar as adaptações necessárias do exemplo acima apresentado, verifica-se no sistema jurídico brasileiro que a Constituição Federal a todos assegura a liberdade de crença,¹⁵³ o que atinge a todos os indivíduos indistintamente. Por seu turno, a lei de execução penal garante aos detentos a assistência religiosa,¹⁵⁴ donde se extrai que esta norma se dirige a um grupo determinado de pessoas – aos detentos. Assim, para Alexy, segundo o critério da generalidade, a primeira norma pode ser classificada como princípio e a segunda, como regra.¹⁵⁵

Sob outro enfoque, André de Carvalho Ramos pondera que as regras correspondem a enunciados jurídicos tradicionais, nos quais constam um pressuposto de fato e uma consequência jurídica, enquanto “os princípios são *mandamentos de otimização* de um determinado valor ou bem jurídico, ordenando que esse valor ou bem jurídico seja realizado na maior medida do possível”.¹⁵⁶

Ramos apresenta ainda, além das diferenças de enunciados, a distinção entre regras e princípios quanto ao momento da sua aplicação:

¹⁵¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 83.

¹⁵² Loc. cit.

¹⁵³ Constituição Federal, artigo 5.º, inciso VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

¹⁵⁴ Lei 7.210/84, artigo 24: “A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa”.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 84.

¹⁵⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 31.

as *regras* são aplicadas a partir da técnica da subsunção, que consiste em determinar se o caso concreto ajusta-se ou não ao pressuposto fático do enunciado jurídico. Caso a resposta seja positiva, aplica-se à consequência jurídica. Por outro lado, os *princípios* são aplicados mediante a técnica da *ponderação*, que não acata a lógica do “tudo ou nada” das regras, mas sim responde à lógica do “mais ou menos”, que consiste na busca da maior otimização do valor ou bem jurídico nele contido, na medida das possibilidades do caso concreto.¹⁵⁷

Assim, sem pretender esgotar o assunto, visto que distintos critérios têm sido apontados pela doutrina para estabelecer a distinção entre regras e princípios¹⁵⁸ e considerando não ser este o principal objeto de nosso estudo, mas levando-se em conta ser necessária a sua melhor compreensão para que possamos enfrentar os próximos tópicos, a partir das lições brevemente expostas acima, passaremos aos princípios constitucionais que tutelam o direito de ação.

3.3 Princípios Constitucionais do Direito de Ação

Para conferir a efetividade necessária à tutela jurisdicional, o constituinte estabeleceu um complexo de normas direcionado a garantir o sistema processual, entre as quais podemos mencionar alguns dos princípios do direito de ação que vão interessar mais de perto ao desenvolvimento do nosso trabalho, como o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio do acesso à justiça, conforme passaremos a discorrer nos próximos tópicos.

3.3.1 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal é um princípio expressamente previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso LVI: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

As doutrinas caracterizadoras do direito a um *processo equitativo*, consoante leciona Canotilho, têm geralmente como ponto de partida a experiência constitucional americana do *due process of law*, que pode ser sintetizada da

¹⁵⁷ Ibidem, p. 32.

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 277.

seguinte forma: “processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade”.¹⁵⁹

Canotilho apresenta ainda duas concepções – a processual e a material ou substantiva – para determinar o caráter *devido* do processo:

A **teoria processual**, que poderíamos designar também por *teoria do processo devido por qualificação legal*, limita-se a dizer que uma pessoa “privada” dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na lei. A **teoria substantiva** pretende justificar a idéia material de um *processo justo*, pois uma pessoa tem direito não apenas a um *processo legal* mas sobretudo a um *processo legal, justo e adequado*, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares.¹⁶⁰

Desse modo, verifica-se que não é suficiente para o fim de atender ao princípio do devido processo legal que o processo seja realizado segundo os ditames legais, pois, além de legal, o processo deve ser justo e adequado. Justo na medida em que enseja o direito de obter uma decisão fundada no direito, e adequada de forma a garantir uma proteção eficaz.¹⁶¹

O devido processo legal, conforme acentua Ricardo Maurício Freire, pode ser considerado uma cláusula geral principiológica, que reflete em todas as modalidades de processo: jurisdicional, legislativo, administrativo ou negocial.¹⁶²

Para Rui Portanova o devido processo legal é uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista, que assegura o direito de acesso ao Poder Judiciário, bem como o desenvolvimento processual de acordo com as normas previamente estabelecidas.¹⁶³

Prossegue Portanova sustentando que se trata de um princípio tão amplo e significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito, aplicando-se tanto na jurisdição civil quanto na jurisdição penal.¹⁶⁴

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 492.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 494.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 498.

¹⁶² FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 67.

¹⁶³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 145.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 146.

Por fim, sustenta Nery Junior que o devido processo legal, como princípio fundamental do processo civil, é a base sobre a qual se sustentam todos os outros princípios.¹⁶⁵

Assim, considerando o princípio do devido processo legal como princípio informativo¹⁶⁶ de todos os demais princípios do direito de ação, avançaremos ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

3.3.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa está expressamente previsto no artigo 5.º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Conforme menciona Portanova, tornou-se clássico o conceito de que o contraditório constitui expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, possibilitando contrariá-los.¹⁶⁷

Deste conceito clássico extraem-se dois elementos substanciais: a obrigatoriedade da informação e a possibilidade da reação,¹⁶⁸ elementos estes que atualmente têm sido retratados por meio do trinômio: *informação-reação-participação*, aspectos estes que devem estar presentes para que se aperfeiçoe o contraditório, conforme nos esclarece Maria Elizabeth de Castro Lopes:

A informação é sempre obrigatória para que o adversário possa comparecer em juízo e ser ouvido. A reação é sempre possível, embora não obrigatória. E a participação, no sentido de poder influenciar na formação do convencimento do juiz, completa o trinômio.¹⁶⁹

Prossegue Portanova afirmando que o contraditório assenta-se em fundamentos lógico e político:

A bilateralidade da ação (e da pretensão) que gera a bilateralidade do processo (e a contradição recíproca) é o fundamento lógico. O sentido de

¹⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.

¹⁶⁶ PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 147.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 161.

¹⁶⁸ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio do contraditório. In: _____; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 104.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 100.

que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido é o fundamento político. Sustentado sobre esses dois pilares, o princípio dinamiza a dialética processual e vai tocar, como momento argumentativo, todos os atos que preparam o espírito do juiz.¹⁷⁰

As partes devem ser colocadas em condição de apresentar ao juiz suas razões, desenvolvendo seus argumentos de forma plena e sem limitações arbitrárias antes que a sentença seja proferida.

Neste sentido, ressalta Freire:

Dinamizada a parcialidade das partes do processo, uma apresentando a tese e a outra oferecendo a antítese, o magistrado profere a sua decisão, cristalizando a síntese de uma bipolaridade dialética que envolve as interações dos sujeitos processuais.¹⁷¹

Nesta esteira, a ampla defesa não deve compreender tão-somente o direito de defender-se; deve garantir também a possibilidade de apresentar alegações, bem como os meios necessários ao exercício de uma defesa efetiva.¹⁷²

Não se pode, contudo, garantir o direito à ampla defesa somente ao réu e dessa forma restringir o seu alcance, tendo em vista o caráter bilateral do direito de ação, que enseja a participação igualitária do autor e do réu, uma vez que ambos têm o poder de pleitear a tutela jurisdicional.¹⁷³

Como bem esclarece Eduardo Cambi:

O importante para a *legitimação* do exercício do poder jurisdicional bem como para a compreensão do processo como instrumento democrático e voltado à realização da justiça é conferir efetivas possibilidades de *participação* das partes na formação do convencimento do juiz. Essa participação vislumbra-se no exercício dos direitos constitucionais de ação e da ampla defesa, que abrangem todos os instrumentos processuais disponíveis para que as partes possam ter *chances* reais de influir na convicção judicial.¹⁷⁴

Portanto, é imprescindível garantir às partes a informação e a participação plena nos atos do processo, para que possam esclarecer os fatos da causa, assegurando o direito de influir no convencimento do juiz no julgamento da

¹⁷⁰ PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 161.

¹⁷¹ FREIRE, Ricardo Op. cit, p. 75.

¹⁷² PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 127.

¹⁷³ LOPES, João Batista. Princípio da ampla defesa. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 124.

¹⁷⁴ CAMBI, Eduardo. Efeito devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 250.

ação.

Desse modo, fincado o norte processual com a garantia do contraditório e da ampla defesa, vamos tratar do acesso à justiça como princípio constitucional do direito de ação.

3.3.3 Princípio do acesso à justiça

O princípio do acesso à justiça não significa simplesmente o direito que tem a parte de ingressar em juízo, propondo ou contestando uma ação perante os órgãos judiciais, mas, sim, corresponde, conforme expressão cristalizada pelo Prof. Kazuo Watanabe, *ao acesso à ordem jurídica justa*.¹⁷⁵

Por acesso à ordem jurídica justa entenda-se que ao jurisdicionado deve ser assegurado o direito a um processo justo e adequado. Justo na medida em que o processo deve ser informado pelos princípios da justiça, catalogados entre os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Adequado no sentido de viabilizar a utilização de procedimentos estabelecidos pela lei, ou seja, critérios informadores do devido processo legal, de forma a obter a devida tutela do direito.¹⁷⁶

Neste contexto, a expressão “acesso à justiça”, consoante Cappelletti e Garth, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.¹⁷⁷

Para tanto, Cappelletti e Garth apontam para movimentos, denominados de *ondas*, que emergiram numa seqüência cronológica para viabilizar o acesso à justiça.¹⁷⁸

A primeira *onda* diz respeito à assistência judiciária. O Estado deve garantir serviços jurídicos aos pobres. A função do advogado é essencial à

¹⁷⁵ KAZUO, Watanabe. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Revista AJURIS*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 66, 1996, p. 161.

¹⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 494.

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 31.

realização da justiça¹⁷⁹ e a assistência judiciária gratuita deve ser proporcionada àqueles que não a podem custear.¹⁸⁰

A segunda *onda* refere-se à representação jurídica para os interesses difusos, especialmente a proteção ambiental e ao consumidor. A necessidade de viabilizar a representação de interesses coletivos ou grupais em juízo operou uma série de mudanças na sistemática processual para vislumbrar novos conceitos como o de legitimação ativa. Desse modo, “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva”.¹⁸¹

Não obstante o progresso dos programas de assistência judiciária e a instituição de novos mecanismos para a representação dos interesses coletivos, surge a terceira *onda*, considerada uma tentativa mais articulada de atacar as barreiras ao acesso à justiça, denominada *enfoque de acesso à justiça*.¹⁸²

Conforme se extrai da própria expressão, esse movimento busca dar um novo *enfoque* ao acesso à justiça, ampliando o seu alcance, conforme esclarece Portanova, por meio de duas propostas:

A primeira fala de uma atuação mais humana do julgador para acolher os consumidores pobres que agora acorrem ao Judiciário, bem como para protegê-los sem denegar justiça. Depois, fala na simplificação do procedimento e dos atos judiciais e do próprio direito substancial.¹⁸³

Portanto, é necessário, concluem Cappelletti e Garth, “verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreira envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los”.¹⁸⁴

Logo, importante salientar que para a configuração do pleno acesso à justiça há que efetivar os princípios constitucionais do direito de ação, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, de modo a garantir o acesso à ordem jurídica justa.

¹⁷⁹ Constituição Federal, Título IV: Da organização dos poderes. Capítulo IV: Das funções essenciais à Justiça. Seção III: Da advocacia e da defensoria pública. Artigos 133 a 135.

¹⁸⁰ Lei 1.060/50, artigo 1.º: “Os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados, nos termos desta lei”.

¹⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 51.

¹⁸² Ibidem, p. 67.

¹⁸³ PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 113.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 73.

Conforme ressalta Flávio Luís de Oliveira, em seu artigo sobre o princípio do acesso à justiça:

Nesse contexto, no que concerne aos objetivos fundamentais da República, insta salientar que o Acesso à Justiça contribui, sobremaneira, para a inclusão social e, portanto, para a redução de desigualdades sócio-econômicas. Portanto, o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Por esta razão, a Justiça deve ser pensada sob o ponto de vista dos consumidores da prestação jurisdicional¹⁸⁵.

Em que pese seja oportuna a vinculação da prestação jurisdicional sob o prisma das relações de consumo, eis que traduz a idéia de que a distribuição da justiça é um serviço que possa ser regulado e exigido pelos jurisdicionados na qualidade de consumidores, temos que este não pode ser o único enfoque a governar a idéia de acesso à justiça.

Destarte, essa concepção pode levar a uma visão mais utilitarista da distribuição de justiça, concebendo-a como uma troca na qual aqueles que possam pagar pelos serviços terão o direito a receber a devida prestação jurisdicional.

Entretanto, no âmbito do acesso ao Judiciário acreditamos que a baliza mestra que deve orientar esse princípio é a de que a distribuição da justiça está intimamente relacionada com a preservação da cidadania. Afinal, todos aqueles que formam a *polis* moderna têm o direito de resguardar o seu patrimônio jurídico. De outro vértice, o Estado, na qualidade de guardião último da primazia da República, deve ser o garante do exercício pleno da cidadania.

Nesse passo, o acesso à justiça, mais do que um serviço público relevante, deve ser tomado como uma prerrogativa para a existência do Estado Democrático de Direito. Afinal, não se pode conceber a existência de Estado Democrático de Direito sem o exercício da plena cidadania e, de outro plano, não é possível a existência de cidadania sem uma salvaguarda eficaz exteriorizada pela possibilidade incondicional de obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva.

Conclui-se, portanto, que o princípio do acesso à justiça é a síntese de todos os demais princípios e garantias constitucionais do processo,¹⁸⁶ uma vez que o processo como veículo condutor do direito de ação visa, mediante decisões

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Flávio Luís de. Princípio do acesso à justiça. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 80.

¹⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 359.

justas, eliminar o conflito de interesses e assegurar a pacificação social, mediante a efetiva tutela do direito material.

Neste contexto, buscando a realização da justa composição da lide, sem perder de vista o escopo da jurisdição, e considerando ainda o caráter instrumental do processo, na medida em que este não é um fim em si mesmo, no próximo tópico passaremos a tratar sobre a antecipação da tutela como técnica processual adequada a assegurar a efetividade do direito fundamental de ação.

3.4 Antecipação da Tutela

A efetividade do processo, consoante leciona Dinamarco: “constitui expressão resumida da idéia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*”.¹⁸⁷

Assim, sob o enfoque da entrega da prestação jurisdicional efetiva, justa e tempestiva,¹⁸⁸ é que vamos apresentar a antecipação da tutela como técnica processual apta a promover a obtenção da efetiva tutela do direito material.

3.4.1 Noções preliminares

O tempo tem sido um dos fatores impeditivos à obtenção da tutela jurisdicional efetiva, em especial no processo de conhecimento, no qual são praticados diversos atos judiciais, em lapsos temporais preestabelecidos, até que possa ser concedido o provimento jurisdicional final.¹⁸⁹

Conforme apresenta Galeno Lacerda:

No processo se chocam dois ideais, o de justiça e o de paz social. Para o primeiro, o fator tempo se mostra relativo, importando, antes de tudo, que se alcance, embora tarde, a sentença veraz e justa para solução perfeita da

¹⁸⁷ Ibidem, p. 319.

¹⁸⁸ AMENDOEIRA JÚNIOR, 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. 30.

¹⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (Tentativa de sistematização)*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17.

lide. Já o segundo ideal reclama a eliminação pronta e eficaz do conflito, a fim de que retorne a harmonia ao grupo, no menor tempo possível.¹⁹⁰

Portanto, deve-se afirmar que o processo, como instrumento efetivo, deve assegurar à parte, individual ou coletiva, solução mais próxima possível, se não aquela que obteria se não tivesse havido a transgressão da norma legal, devendo, ainda, ser oferecida em breve espaço de tempo.

Dentro desta perspectiva do processo, tem-se por imprescindível a concretização de mecanismos destinados a amenizar a demora na entrega da prestação jurisdicional, a fim de evitar o agravamento dos danos ao jurisdicionado. Para este fim, alternativas mais eficazes têm sido introduzidas em nosso sistema jurídico como instrumentos adequados a dar efetividade à obtenção da tutela de direito material.

Sob este fundamento é que a antecipação da tutela vem atualmente assumindo importância relevante como uma modalidade de tutela jurisdicional eficaz e tempestiva, denominada também como *tutela de urgência*.

Entretanto, não se trata propriamente de uma inovação na sistemática processual. No antigo direito romano já eram conhecidas as técnicas de cognição sumária e a antecipação de efeitos materiais da tutela para a solução de casos urgentes.¹⁹¹

Os *interditos* do direito romano eram mecanismos sumários nos quais eram suprimidas formalidades do processo comum para atender as situações de urgência. Verifica-se dessa forma que a tutela antecipada guarda certa semelhança com os *interditos* romanos, uma vez que possibilita a satisfação do direito do autor logo no início do processo.¹⁹²

No Código de Processo Civil de 1973, antes da nova redação dada ao artigo 273, já havia a possibilidade de adiantar os efeitos da tutela de mérito no caso de interditos possessórios. Assim como em outras leis vigentes no direito brasileiro, também se admitia, embora em poucas hipóteses, a possibilidade de antecipação da tutela de mérito, por exemplo: as liminares em mandado de

¹⁹⁰ LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Org.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 257.

¹⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (Tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 32.

¹⁹² Ibidem, p. 34.

segurança, *habeas corpus*, ação popular, *habeas data*, mandado de injunção e em ação civil pública.¹⁹³

Cumprido destacar, ainda, a previsão em legislação especial, Código de Defesa do Consumidor, introduzido pela Lei 8.078/90, que estabeleceu em seu artigo 84, § 3.º: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz, conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

Entretanto, a complexidade das matérias levadas a juízo e a singularidade dos casos concretos, bem como a ausência de previsão legal para as demais hipóteses, levaram os operadores do direito a preencher essa lacuna do sistema processual.¹⁹⁴

Nesse passo, houve um desvirtuamento da natureza do processo cautelar e do mandado de segurança, que aos poucos foram sendo admitidos pela doutrina e pela jurisprudência como meio hábil a conferir a tutela satisfativa de urgência, considerando que o sistema processual não dispunha de outro instrumento específico que pudesse conferir a solução adequada ao caso concreto.¹⁹⁵

O mesmo fenômeno se revelou no direito italiano quando a antecipação da tutela surgiu e foi aplicada a partir da interpretação de uma norma, cujo escopo originário era provavelmente diverso.

Conforme noticia Edoardo Ricci, pode-se afirmar que a tutela antecipatória ingressou no direito italiano antes que o legislador se propusesse a introduzi-la no tecido do processo civil italiano:

Refiro-me ao art. 700 do Código de Processo Civil, em tema dos chamados *provvedimenti d'urgenza*, onde se lê que “quem tenha fundado motivo de temer que durante o tempo necessário para fazer valer um direito seu em via ordinária, este seja ameaçado por um prejuízo iminente e irreparável, pode requerer com *ricorso* ao juiz os provimentos urgentes, que apareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito”. Trata-se de uma norma inserida no

¹⁹³ NERY JUNIOR, Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 382.

¹⁹⁴ ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 435.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 435.

capítulo III, do livro IV, do Código de Processo Civil, intitulado *Dei procedimenti cautelari*.¹⁹⁶

Aduz o autor italiano:

“Assegurar” os efeitos da decisão de mérito não quer dizer, a rigor, “antecipar” tais efeitos. A expressão usada pelo legislador faz, portanto, pensar, pelo menos a uma leitura rigorosa, que nos termos do art. 700 do Código de Processo Civil, não possam ser pronunciados provimentos dirigidos a antecipar a tutela, cuja obtenção se dá mediante sentença. O fim perseguido pelo legislador parece, antes, aquele de consentir provimentos de caráter *lato sensu* conservativos, tais a evitar que, uma vez prolatada a sentença, nesse meio tempo a satisfação efetiva do direito seja tornada impossível.¹⁹⁷

Assim, o legislador brasileiro cioso de restabelecer os fundamentos dos institutos processuais, buscando atualizar a legislação processual, principalmente equiparando-a a legislação européia, introduziu, a partir da Lei 8.952/94, o instituto da antecipação da tutela ao alterar a redação do artigo 273 para estender o mecanismo a todo o sistema processual civil brasileiro.

Portanto, conforme esclarece Theodoro Júnior:

Coube à Lei n.º 8.952/94 a tarefa de construir a sistemática ampla e bem estruturada da antecipação provisória de tutela satisfativa, já então encarada como uma das exigências do devido processo legal, em sua visão mais dinâmica e atual de pleno acesso à Justiça com a carga máxima de efetividade jurisdicional.¹⁹⁸

Posteriormente, a Lei 10.444/2002 acrescentou novos parágrafos ao artigo 273, o que promoveu o melhor aperfeiçoamento da sistemática do instituto da antecipação da tutela, conforme iremos tratar mais detidamente nos próximos tópicos.

3.4.2 Conceito

O novo texto do artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzido pelas alterações legislativas supra mencionadas, passou a autorizar que, preenchidos alguns pressupostos, o juiz possa conceder ao autor um provimento

¹⁹⁶ RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória no Direito Italiano. In: Congresso Gênese de Direito Processual Civil, 1996, Foz do Iguaçu. *Anais do Congresso*. Foz do Iguaçu: [s.n.], 1996. p. 2. [Conferência pronunciada em 27.09.1996. Tradução por Clayton Maranhão.]

¹⁹⁷ Ibidem, p. 2.

¹⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 187.

liminar que provisoriamente lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio,¹⁹⁹ antes do provimento final.

Portanto, podemos identificar como elemento próprio e característico da medida antecipatória a antecipação dos efeitos que a futura sentença definitiva de procedência poderá produzir no plano concreto.²⁰⁰

Assim, há antecipação de tutela quando o juiz se adianta, ou seja, antes do momento reservado para o normal julgamento da ação, concede à parte uma medida que ordinariamente só deveria ocorrer depois de exaurida toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.²⁰¹

Medida antecipatória para Teori Zavascki “é a que contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que julgar procedente o pedido”.²⁰²

Justifica-se a antecipação de tutela a partir da constatação de que a espera pela sentença de mérito importaria em denegação de justiça, naqueles casos em que somente será útil a medida se deferida de imediato, sob pena de restar gravemente comprometida a efetividade da prestação jurisdicional.²⁰³

Para tanto, a tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final, permitindo que sejam realizadas antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito, operando efeitos fora do processo e no âmbito das relações de direito material.²⁰⁴

3.4.3 Tutela e os direitos fundamentais

Num primeiro momento poderia parecer que a antecipação de tutela

¹⁹⁹ Ibidem, p. 188.

²⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5.ed. São Paulo: Saraiva: 2007. p. 51.

²⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 188.

²⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 52.

²⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 188.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50.

é uma medida inconciliável com o princípio do devido processo legal²⁰⁵ e, mais especificamente, com o princípio do contraditório e da ampla defesa já deduzidos nos tópicos 3.3.1 e 3.3.2 *supra*.

Considerando a possibilidade de o juiz antecipar total ou parcialmente a tutela de direito material, independentemente da oitiva da parte contrária, ou seja, sem que haja a citação do réu para oferecer contestação, aparentemente caracterizado estaria o descumprimento do preceito constitucional do contraditório e da ampla defesa, no qual está inserido o direito à segurança jurídica.

Entretanto, há que ressaltar que os princípios constitucionais não são absolutos e, em determinados momentos, considerando a diversidade dos bens que estão em disputa, haverá um conflito entre as normas.

No entanto, o aplicador do direito deverá, por meio do princípio da proporcionalidade, estabelecer uma harmonização entre as normas a fim de verificar qual o princípio que deverá prevalecer, sem que isto signifique a não-observância de direitos fundamentais.

No caso da antecipação da tutela, dois princípios fundamentais parecem estar em confronto: o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica, o que exigirá do intérprete um trabalho de valoração dos princípios a fim de que prevaleça a harmonia no sistema jurídico.

Theodoro Júnior propõe a seguinte solução:

É claro que o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem a merece. Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano.²⁰⁶

Portanto, o que se verifica não é a aplicação de um princípio em detrimento de outro, mas sim uma compatibilização de normas que viabilizem a plena eficácia do direito, construindo uma dogmática mais sensível à realidade social.²⁰⁷

²⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 189.

²⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 190.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 258.

3.4.4 Hipóteses legais

A antecipação de tutela, conforme prevista pelo legislador brasileiro no artigo 273 do Código de Processo Civil, é admitida em duas situações distintas.

A primeira hipótese vem descrita no inciso I e visa assegurar o resultado útil do processo diante de situação de perigo; já a segunda hipótese prevista no inciso II destina-se a eliminar a demora na entrega da prestação jurisdicional. Ambas têm por escopo obviar os males do tempo no processo ou porque uma situação concreta ameaça a efetividade da tutela final ou porque a demora normal do processo não se justifica diante do comportamento do réu.²⁰⁸

Assim, quando há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil –, surge a urgência justificadora da concessão da antecipação dos efeitos do provimento final, de modo a trazer efetividade ao direito de ação.

Pode-se denominar esta hipótese de *antecipação assecuratória*, na qual antecipa-se a tutela por segurança, como forma de evitar que no curso do processo ocorra o perecimento ou o dano do direito pretendido.²⁰⁹

De outra face, quando restar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu – artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil –, existirá também a possibilidade, ainda que não consista em perigo de dano concreto, de antecipação da tutela a fim de evitar maior dano ao autor com o retardamento indevido do processo, em face da inconsistência dos argumentos apresentados pelo réu em sua resposta.²¹⁰

Neste caso, denomina-se, para efeitos classificatórios, de *antecipação punitiva*. Embora não seja propriamente uma punição, visto que a finalidade da concessão da tutela é a de prestar jurisdição efetiva, a medida assemelha-se a penalidades previstas no Código de Processo Civil aplicáveis aos litigantes de má-fé, que criam obstáculos à seriedade e à celeridade da prestação

²⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (Tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 326.

²⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p 77.

²¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 331.

jurisdicional.²¹¹

Para Teori Zavascki existe ainda uma terceira hipótese de antecipação de tutela. Com a alteração promovida pela Lei 10.444/2002, acrescentando o § 6.º no artigo 273, foi introduzida a *antecipação do pedido incontroverso*. Estabelece tal dispositivo que a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.²¹²

Caracteriza-se pela antecipação do direito evidente e tem cabimento quando, desde logo, o pedido incontroverso não puder ser atendido em razão de se encontrar atrelado processualmente a outro pedido ainda controvertido,²¹³ o que impede o julgamento antecipado da lide em homenagem ao princípio da unicidade da sentença.²¹⁴

3.4.5 Pressupostos

O artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil estabelece os pressupostos essenciais para a concessão da antecipação da tutela: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

Portanto, para que seja antecipada a tutela é necessária a presença de dois pressupostos legais: a *prova inequívoca* e a *verossimilhança da alegação*.

A prova inequívoca é a prova contundente, robusta, suficiente. É aquela que dá a maior margem de segurança possível ao magistrado sobre a existência ou inexistência de um direito para que possa ser proferida uma decisão sobre os fatos que lhe são apresentados.²¹⁵

A verossimilhança da alegação consiste na aparência de veracidade de que se reveste o pedido da parte, ou seja, de que aquilo que foi narrado e

²¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5.ed. São Paulo: Saraiva: 2007. p. 78.

²¹² Loc. cit.

²¹³ Loc. cit.

²¹⁴ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência: análise teórica e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 260.

²¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

provado parece ser verdadeiro e, portanto, convence o juiz a antecipar o provimento final.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, para fins de antecipação de tutela seria suficiente a demonstração da verossimilhança da alegação, e fundamenta sua afirmação propondo uma interpretação conjunta das duas expressões: “é a prova inequívoca que conduz o magistrado à verossimilhança da alegação”²¹⁶.

Importante salientar que o pedido de antecipação da tutela requerido pela parte poderá ser concedido integral ou parcialmente, dependendo do grau de convencimento do juiz.

Conforme ressalta Teori Zavascki:

O juiz certamente não é livre para estabelecer os limites da antecipação, nem isso depende de seu juízo *discricionário*. Na verdade, para determinar a extensão da antecipação deve o juiz observância fiel ao *princípio da menor restrição possível*: porque importa limitação ao direito fundamental à segurança jurídica, a antecipação de efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário à salvaguarda do outro direito fundamental, considerado, no caso, prevalente.²¹⁷

Quanto à legitimidade para postular a antecipação, em princípio, a tutela antecipada é medida que visa beneficiar o autor do processo. No entanto, o fato do legislador ter admitido a concessão prévia dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial não constitui óbice a que se admita a antecipatória em favor do réu nos casos em que se permite o pedido contraposto.²¹⁸

Nesse passo, questão está em saber se o réu pode pretender a antecipação da tutela quando se limita a apresentar a contestação, sem realizar pedido. Esta pretensão não vem sendo admitida pela doutrina, visto que em uma interpretação literal do artigo 273 o réu não faz pedido inicial ao contestar.²¹⁹

Contudo, o réu também é destinatário da tutela jurisdicional e pode necessitar da sua antecipação em alguns casos, o que pode conferir ao juízo, pelo princípio da isonomia, a possibilidade de sua concessão desde que preenchidos os

²¹⁶ Ibidem, p. 35.

²¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5.ed. São Paulo: Saraiva: 2007. p 78.

²¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (Tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 361.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 182.

requisitos legais. Neste sentido, argumenta Bedaque:

Não se pode excluir, todavia, em caráter absoluto, a possibilidade de o réu formular pedido de tutela antecipada na própria contestação, ainda que não se trate de ação dúplice. Embora mais difícil a probabilidade de subsunção aos requisitos legais, impossível afastar de plano que tal venha a ocorrer.²²⁰

O Ministério Público enquanto autor possui legitimidade para postular a tutela antecipatória. Cabe, no entanto, ponderar sobre a sua legitimidade quando atua na qualidade de *custos legis*.

Considerando as funções institucionais do Ministério Público previstas constitucionalmente, não se pode subtrair de suas atribuições a possibilidade de requerer a antecipação da tutela ainda que na condição de fiscal da lei.

Segundo preceitua Cassio Scarpinella Bueno:

Dadas as finalidades institucionais do Ministério Público, mais que hipertrofiadas e desejadas pela Constituição Federal, deve prevalecer o entendimento de que, também nesses casos, o Ministério Público detém legitimidade, desde que, evidentemente, seu pedido vá ao encontro dos interesses e direitos que motivam sua participação no feito naquela qualidade.²²¹

Prossegue o autor afirmando:

Pensar diferentemente não é somente apequenar o Ministério Público e seus misteres constitucionais; é muito mais do que isso. É apequenar a função social do processo e o interesse do próprio Estado – imposto pela própria Constituição Federal – em que ele, o processo, seja eficaz, em que ele produza os efeitos que devem surtir em prol daquele que, procedimentalmente, apresenta-se com “melhor direito” do que o outro.²²²

No que tange à concessão da tutela antecipada de ofício, pelo juiz que preside o processo, independentemente de pedido da parte, afirma Teori Zavascki não ser possível extrair-se essa interpretação do artigo 273 em face do princípio dispositivo aplicável ao processo civil.²²³

Entretanto, Napoleão Nunes Maia Filho argumenta no seguinte sentido:

Sendo a antecipação da tutela apenas e somente o atendimento prematuro do pedido do autor (que não terá mais que aguardar o longo trâmite do feito

²²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 362.

²²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 43.

²²² Ibidem, p. 43.

²²³ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 116.

e a edição da decisão final), será logicamente legítimo afirmar que a petição inicial sempre conterà a postulação da tutela, de modo que a conceder sem pedido expresso não seria de modo algum similar ao atendimento de um pleito não formulado.²²⁴

Destarte, em que pese o dispositivo legal estabeleça a necessidade de requerimento expresso da parte, entendemos que sob o prisma constitucional do direito de ação é possível ao juiz, sempre que entender necessário, conceder a tutela de ofício, ou seja, independentemente de pedido da parte, com o objetivo de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

3.4.6 Momento da concessão

O momento do requerimento da antecipação dos efeitos da tutela se relaciona com o momento do perigo de dano e, portanto, pode ser postulada pela parte a qualquer tempo.

Da mesma forma, a concessão da medida pode se dar inicialmente, sem ouvir a parte contrária – *inaudita altera parte*, ou em qualquer outra fase do processo após a citação do réu.²²⁵

Inicialmente houve muita controvérsia na doutrina quanto ao momento ideal da concessão da tutela, sustentando-se que a sentença não seria o momento oportuno para a sua concessão.²²⁶

O questionamento, nesta última hipótese, cingia-se ao fato de que a antecipação da tutela, ainda que lançada em capítulo próprio na sentença, constitui sob o aspecto substancial um ato distinto da sentença, caracterizando-se como uma decisão interlocutória.

Desse modo, dois atos substancialmente distintos são lançados simultaneamente em um mesmo ato processual – a sentença –, o que propiciou por algum tempo a indefinição quanto ao recurso cabível, visto que o recurso adequado no caso de decisão interlocutória é o agravo de instrumento, enquanto a sentença

²²⁴ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As oportunidades processuais de deferimento de tutela antecipada. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 5, 2003, p. 91.

²²⁵ CASTAGNA, Ricardo Alessandro. Op. cit., p. 254.

²²⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 95.

enseja o recurso de apelação.²²⁷

Entretanto, consolidou-se o entendimento que sustenta ser apenas a apelação o recurso cabível em tais casos, com fundamento no princípio da unicidade recursal.²²⁸

Por fim, observa-se que atualmente a posição doutrinária e jurisprudencial tem se revelado pacífica no sentido da possibilidade da concessão de antecipação dos efeitos da tutela em qualquer fase do processo. Antes ou depois da citação, após a dilação probatória, no momento da sentença e até mesmo em grau de recurso.

3.4.7 Características

Cumprido mencionar, ainda que de forma breve, sobre algumas das características da antecipação de tutela como a reversibilidade, a provisoriedade e a fungibilidade.

Dispõe o § 2.º do artigo 273 do Código de Processo Civil: “Não se concederá antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Ao interpretar este dispositivo, segundo enfatiza Marinoni, não se devem confundir *irreversibilidade do provimento* e *irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento*:

A provisoriedade da tutela antecipatória deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. Mas a satisfatividade da tutela antecipatória, e mesmo a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, não é contraditória com a sua estrutura. Em outras palavras, nada impede que uma tutela que produza efeitos fáticos irreversíveis seja, do ponto de vista estrutural, provisória, vale dizer, incapaz de dar solução definitiva ao mérito.²²⁹

Desse modo, extrai-se do texto legal um *pressuposto negativo*, uma situação que não deve estar presente para que a tutela antecipada possa ser

²²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5.ed. São Paulo: Saraiva: 2007. p. 126-127.

²²⁸ Ibidem, p. 127.

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 240-242.

deferida,²³⁰ qual seja a impossibilidade de reverter os efeitos práticos e concretos da medida a ser concedida.

Contudo, preenchidos os pressupostos positivos (cf. 3.4.5 *supra*), a irreversibilidade não deve constituir-se em óbice à concessão da medida em face da preponderância do princípio da efetividade da jurisdição.²³¹

Sob esta ótica, destaca Bedaque:

Não se pode desprezar, porém, a possibilidade de situações extremas, em que se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Se a única forma de se evitar essa consequência e assegurar a efetividade do processo for antecipar efeitos irreversíveis, não se pode excluir de plano a medida.²³²

No que tange à provisoriedade da tutela antecipada, esta se caracteriza pelo fato de sua concessão ser fundada em um juízo de probabilidade, no qual não se estabelece um juízo de certeza, haja vista a sua cognição sumária, ou seja, não exauriente.²³³

Nesse sentido, dispõe o § 4.º do artigo 273: “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

Portanto, no curso do processo, até que seja proferido o julgamento final da ação, existindo novos fatos ou novas provas a convencerem o juiz, a decisão sobre a antecipação de tutela poderá ser revista, podendo operar-se a sua modificação para conceder a medida ou para revogá-la.

No caso de revogação da medida, esclarece Teori Zavascki:

[...] a restituição das coisas ao estado anterior se processará nos próprios autos, como ocorre com qualquer execução provisória que deva ser desfeita, sendo que os danos, se for o caso, serão ali apurados e executados.²³⁴

Quanto à fungibilidade, dispõe o § 7.º do artigo 273: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

²³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 56.

²³¹ Ibidem, p. 61.

²³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (Tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 348.

²³³ Ibidem, p. 314.

²³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5.ed. São Paulo: Saraiva: 2007. p. 103.

O dispositivo legal parte da premissa de que, embora ambas sejam tutelas de urgência, existe uma diferença fundamental entre medida cautelar e antecipação da tutela. Enquanto a medida cautelar, de caráter instrumental e acessório, objetiva garantir o resultado útil do processo, a tutela antecipada se constitui em medida que visa assegurar a efetividade jurídica do provimento final, destina-se a eliminar com eficiência a crise de direito material.²³⁵

Assim, constatada a existência dos pressupostos legais da medida cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o juiz poderá conceder a liminar no bojo do processo de conhecimento caso seja essa a medida mais efetiva a ser adotada, o que caracteriza a fungibilidade da antecipação da tutela.

3.4.8 Pessoas jurídicas de direito público

As pessoas jurídicas de direito público desfrutam de tratamento especial em várias situações processuais. Relativamente ao regime geral que orienta o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, nenhuma disposição específica foi editada para diferenciar as entidades públicas, que, portanto, estão sujeitas a sua aplicação.²³⁶

Entretanto, cumpre considerar o disposto na Lei 8.437/92 sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, cujos preceitos limitativos se aplicam às medidas antecipatórias, conforme estabelece o artigo 1.º da Lei n. 9.494/97:

Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n. 5021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.

Por seu turno, dispõe o artigo 1º da Lei n. 8.437/1992:

Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser

²³⁵

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 312.

²³⁶

ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 190-191.

concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Em face da flagrante limitação imposta à norma prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil e sua incompatibilidade *com a garantia constitucional de acesso a um processo justo e eficiente*²³⁷ algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal passaram a deferir tutela antecipada contra a Fazenda Pública, declarando a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

Todavia, em 11 de fevereiro de 1998 o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Sydney Sanches, admitiu a Ação Direta de Constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97 a fim de dirimir a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional.

No bojo desta ADC que recebeu o número 4, foi deferida medida cautelar para suspender *ex nunc*, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97, sustando-se igualmente *ex nunc* os efeitos futuros das decisões já proferidas neste sentido.

Observe-se, contudo, que por ocasião da fundamentação da decisão cautelar a Suprema Corte assim se pronunciou:

[...] Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante na inicial (“*fumus boni iuris*”). Precedente: ADIMC – 1.576-1. Está igualmente atendido o requisito do “*periculum in mora*”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram.²³⁸ [...]

Por derradeiro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 01 de

²³⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 131.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-6-DF. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 15 de outubro de 2008. Supremo Tribunal Federal. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n.195/2008, p.23, out. 2008. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=305246&tipo=DJ&descricao=DJE_N%BA195-15/10/2008>. Acesso em: 20 fev. 2009.

outubro de 2008,²³⁹ julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4 pacificando a controvérsia quanto à impossibilidade de concessão de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública quando se tratar de matéria atinente à remuneração de servidores públicos.

Decorre, portanto, da decisão vinculante da Suprema Corte, a possibilidade do Poder Judiciário conceder os efeitos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas demais hipóteses desde que preenchidos os requisitos legais.

Ressalte-se, por oportuno, a edição da Súmula 729 do STF: “A decisão na ação declaratória de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

Assim, pacificada a controvérsia sobre a legalidade e a constitucionalidade da concessão de tutela antecipatória em face da Fazenda Pública, restaurada encontra-se a técnica processual apta a promover a obtenção da tutela de direito material de modo mais célere, ainda que contra o poder público, assegurando a plena efetividade da prestação jurisdicional.

3.5 O Papel do Juiz

A forma de atuação do juiz é fundamental na consecução do devido processo legal.

Com esta afirmação, não se quer olvidar a relevância do papel a ser desempenhado por cada uma das partes na construção da efetividade do direito fundamental de ação.

Com efeito, a cada um dos operadores do direito cumpre desempenhar fielmente o seu mister a fim de realizar em toda a sua plenitude o acesso à justiça atendendo-se aos preceitos constitucionais e legais, de forma a tornar célere e efetiva a prestação jurisdicional.

Ao advogado, detentor da capacidade postulatória, incumbe a

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-6-DF. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 15 de outubro de 2008. Supremo Tribunal Federal. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n.195/2008, p.23, out. 2008. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=305246&tipo=DJ&descricao=DJE_N%BA195-15/10/2008>. Acesso em: 20 fev. 2009.

responsabilidade por uma ação bem proposta, qual seja a de que a petição inicial observe integralmente os requisitos previstos nos artigos 282 e 283 e seguintes do Código de Processo Civil, anexando-se todos os documentos necessários a sua instrução, de forma que o juiz possa de plano conferir um *despacho liminar de conteúdo positivo*²⁴⁰, determinando a citação do réu, sem que seja necessária qualquer emenda à petição inicial.

Não obstante a responsabilidade legal atribuída a cada um dos participantes da relação processual, neste tópico pretendemos nos concentrar no papel a ser desempenhado pelo juiz para que a entrega da tutela de direito material seja efetiva.

Destarte, a introdução do instituto da antecipação da tutela, mediante novo texto dado pela Lei 8.952/94 e posteriormente pela Lei 10.444/2002 ao artigo 273 do Código de Processo Civil, ao ampliar os mecanismos de provisória e imediata tutela aos direitos subjetivos, se traduz em uma tomada de consciência do que realmente deve ser o acesso à justiça.²⁴¹

Segundo afirma Theodoro Júnior:

é irrecusável que, por meio das reformas legislativas, se abre o caminho para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, não só pela redução de entraves burocráticos situados num procedimento antigo e assentado sobre princípios que se tornaram inadequados para as concepções e anseios da sociedade contemporânea, como pelo despertar que ditas inovações podem provocar entre os operadores do processo conclamando-os a meditar sobre sua função e sobre os desígnios fundamentais da tarefa que lhes compete desempenhar.²⁴²

Consoante mencionado ao longo de todo o tópico 3.4 *supra*, a antecipação de tutela foi concebida como uma técnica processual capaz de dar efetividade ao direito fundamental de ação, e esta inovação no âmbito dos tipos de provimentos jurisdicionais provocou relevante repercussão nos poderes do juiz.²⁴³

Na medida em que o artigo 273 traz em seu bojo termos abertos e indeterminados, como prova inequívoca, verossimilhança, manifesto propósito

²⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 25.

²⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181-203. p. 185.

²⁴² Loc. cit.

²⁴³ Loc. cit.

protelatório, cresce sobremaneira o papel do intérprete, o que confere ao juiz maior poder de concretização da regra, adequando a letra da lei à realidade.²⁴⁴

Sob este enfoque aponta Bedaque:

Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada se apresenta a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande *liberdade de investigação crítica* do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, com poder discricionário atribuído ao juiz.²⁴⁵

Contudo, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao conceder ou negar a antecipação de tutela, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. A maior liberdade no exame dos requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais, não torna discricionário o ato judicial, visto que preenchidos os pressupostos legais o juiz deverá antecipar a tutela.²⁴⁶

Conforme salienta Marinoni, a ampliação dos poderes do juiz potencializa, em conseqüência, a responsabilidade social do magistrado, que deve assumir “uma postura crítica diante de uma sociedade que a cada dia se torna mais complexa e rica em diversidades”.²⁴⁷

Neste contexto, destaca Oriana Pinto:

O desafio do juiz contemporâneo é o de julgar com justiça, pois ele deve valer-se dos princípios jurídicos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade, num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, na fundamentação de suas decisões.²⁴⁸

Vislumbra-se, desse modo, a construção de um novo paradigma no qual o juiz deixa de ser mero figurante para assumir como protagonista no Estado moderno, despindo-se do papel de observador eqüidistante e desinteressado de outrora para aceder a sua posição de garante do Estado Constitucional de Direito.²⁴⁹

²⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 242.

²⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 243.

²⁴⁶ Loc. cit.

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 252.

²⁴⁸ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Considerações sobre o desafio da magistratura contemporânea na implementação dos direitos humanos fundamentais. *Revista CEJ*, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 45, 2009, p. 30.

²⁴⁹ Ibidem, p. 22.

3.6 Conclusões Parciais

Procuramos demonstrar neste capítulo a efetividade do direito fundamental de ação por meio da harmonização entre os princípios constitucionais do direito de ação e o instituto da antecipação da tutela.

Neste contexto, os princípios constitucionais foram apresentados como ferramentas essenciais à construção da vida jurídico-política do país, considerando sua *função ordenadora* capaz de gerar coerência geral no sistema jurídico.

Necessário se fez apontar a distinção entre regras e princípios, escolhida a característica da generalidade para aferir que os princípios possuem um grau de abstração e alcance maior do que a regra.

Tratou-se especificamente dos princípios constitucionais que visam tutelar o direito de ação, iniciando-se pelo princípio do devido processo legal considerado como um princípio informativo e base para a sustentação de todos os demais princípios do direito de ação.

O princípio do contraditório e da ampla defesa pode ser retratado por meio do trinômio *informação-reação-participação*, bem como pela possibilidade que as partes litigantes têm de apresentar alegações e exercitar os meios necessários para uma defesa efetiva, configurando-se como imprescindível a prerrogativa que detêm de influir no convencimento do juiz para o julgamento da ação.

Caracterizou-se o princípio do acesso à justiça como direito ao *acesso à ordem jurídica justa*, devendo, portanto, ser igualmente acessível a todos a fim de produzir resultados socialmente justos.

Concluiu-se pela necessidade de assegurar a efetividade dos princípios constitucionais da ação de forma a configurar o pleno acesso à justiça.

Por fim, a antecipação da tutela foi proposta como técnica processual apta a promover a obtenção da tutela de direito material, uma vez que detentora de carga máxima de efetividade jurisdicional, capaz de neutralizar o conflito de interesses de forma rápida e eficaz, até que seja proferida a decisão definitiva.

Após a conceituação da técnica processual, estabeleceu-se um paralelo entre a antecipação da tutela e os direitos fundamentais, vislumbrando-se um conflito entre os princípios constitucionais da efetividade da prestação jurisdicional e o da segurança jurídica. Tal conflito, no entanto, resta solucionado mediante o princípio da proporcionalidade que compatibiliza as normas constitucionais e viabiliza a plena eficácia do direito de ação.

Tratou-se, ainda, das hipóteses e dos pressupostos expressamente previstos no artigo 273, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Civil que autoriza a concessão antecipada dos efeitos da tutela contra o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, quando verificada no caso concreto a “verossimilhança da alegação”.

Cristalizou-se a possibilidade de concessão da antecipação da tutela em qualquer momento processual: antes ou depois da citação, após a dilação probatória, no momento da sentença e até mesmo em grau de recurso.

Descreveu-se também sobre algumas das características da antecipação da tutela, como a reversibilidade, a provisoriedade e a fungibilidade, bem como sobre a possibilidade de sua concessão em face de pessoas jurídicas de direito público.

Por fim, apontou-se para o papel fundamental a ser desempenhado pelo juiz na construção da efetividade do direito fundamental de ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição estabelecendo um sistema de regras e órgãos para a distribuição da justiça. Em contrapartida, conferiu aos particulares o direito de acionar esse sistema. Após uma evolução, em face das complexidades inerentes àquela tarefa, o direito de ação passou a ser concebido como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

O Poder Judiciário foi incumbido da tarefa de dirimir os conflitos e o realiza por meio da jurisdição. Ao dizer o direito, o juiz põe fim à lide aplicando a lei ao caso concreto, fazendo atuar a vontade da lei em substituição à vontade das partes.

Portanto, considerando que a função jurisdicional é eminentemente pública e exclusiva, tendo emergido para afastar a solução privada de litígios, a estrutura do Poder Judiciário, bem como as garantias para o exercício de sua atividade, foram erigidos à categoria de norma constitucional pelo que são previstos em capítulos próprios na Constituição Federal com o propósito de assegurar legitimidade ao sistema jurisdicional.

Nesse passo, importante ressaltar a conceituação da ação como um direito subjetivo público autônomo, distinto do direito material que é o próprio bem da vida almejado, divorciando-se o direito de ação da existência efetiva do direito material.

Entretanto, embora a ação seja um direito abstrato, vincula-se a sua existência a determinadas condições expressamente previstas no Código de Processo Civil como: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir.

Destacam-se, também, os requisitos de existência e validade do processo denominados pressupostos processuais, cuja ausência impede a concessão da tutela do direito material.

Reforça-se, contudo, que a exigência das condições da ação e requisitos de existência e validade do processo não podem se constituir em obstáculos ao acesso à justiça, visto que o direito de ação tem índole fundamental.

De mesma face, conquanto se reconheça o direito de ação como um

direito autônomo e distinto do direito material, há que considerar que o processo não se esgota em si, e sim deve ser tomado como um instrumento a serviço da paz social.

Neste contexto, a instrumentalidade do processo se dirige para a necessidade de ter um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa, voltado à efetividade da prestação jurisdicional.

Importante ainda ressaltar a discussão doutrinária a respeito da estrutura da relação jurídica processual, que pode ser caracterizada de forma angular ou triangular, na medida em que atuam as três figuras processuais: o juiz, o autor e o réu, que desenvolvem sua participação ativa no processo.

Portanto, partindo-se dessa premissa sobre os institutos processuais da jurisdição, da ação e do processo, é possível sintetizar que o autor dá início ao processo quando apresenta a petição inicial em juízo, operando-se a constituição da relação processual com a citação do réu, para que o fim almejado pelas partes seja realizado por meio do exercício do direito de ação, que se concretiza quando o juiz soluciona a controvérsia, aplicando a lei ao caso concreto, no momento em que profere a sentença de mérito.

De outro vértice, tem-se que o direito de ação é um direito fundamental, que concebido como direito natural, imanente ao homem, foi influenciado pela doutrina cristã que colocou o ser humano como sujeito de direitos, culminando com a positivação dos direitos fundamentais ao tornar digna a condição humana.

Neste contexto, apresenta-se uma classificação cronológica para considerar os direitos fundamentais em gerações de conquistas contra arbitrariedades de todas as formas, consolidando-se, por fim, na primazia dos direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade.

Aponta-se, ainda, para as principais características dos direitos fundamentais a serem ressaltadas como a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a universalidade e a interdependência.

Saliente-se que diversas terminologias têm sido utilizadas para expressar o conceito de direitos fundamentais sem, no entanto, conseguir obter um resultado uniforme em face de sua amplitude.

Tendo em vista a sua relevância no cenário jurídico, a positivação dos direitos fundamentais surgiu como um corolário lógico. Assim, o Estado conferiu dignidade constitucional àqueles direitos.

Com efeito, a eficácia dos direitos fundamentais é um dos aspectos mais importantes da sua natureza, visto que a sua declaração contém uma carga eficaz que interage com todo o sistema jurídico e vincula a atividade judiciária, legislativa e administrativa do Estado.

Dessa forma, o direito de ação enquanto direito fundamental pode ser observado sob o aspecto formal mediante sua positivação constitucional ou então sob a ótica material, em função de sua natureza prevalente no sistema jurídico.

Portanto, consignada a natureza fundamental do direito de ação, verifica-se ser necessária sua interação com os princípios constitucionais.

Nessa esteira, a fundamentalidade do direito de ação exige a utilização de técnicas processuais como a antecipação da tutela como mecanismo processual adequado a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

Por conseguinte, procuramos demonstrar a efetividade do direito fundamental de ação por meio da harmonização na aplicação dos princípios constitucionais e da utilização do instituto da antecipação da tutela.

Neste contexto, os princípios constitucionais são apresentados como ferramentas essenciais à construção da vida jurídico-política do País, considerando sua *função ordenadora* capaz de gerar coerência geral no sistema jurídico.

Necessário se faz apontar a distinção entre regras e princípios, escolhendo-se a característica da generalidade para aferir que os princípios possuem um grau de abstração e alcance maior do que a regra.

Quanto aos princípios constitucionais que visam tutelar o direito de ação, tem-se que o princípio do devido processo legal é considerado um princípio informativo e base para sustentação de todos os demais princípios do direito de ação.

O princípio do contraditório e da ampla defesa pode ser retratado pelo trinômio *informação-reação-participação*, bem como pela possibilidade que as

partes litigantes têm de apresentar alegações e exercitar os meios necessários para uma defesa efetiva, configurando-se como imprescindível a prerrogativa que detêm de influir no convencimento do juiz para o julgamento da ação.

Importante caracterizar o princípio do acesso à justiça como direito ao *acesso à ordem jurídica justa*, devendo, portanto, ser igualmente acessível a todos a fim de produzir resultados socialmente justos.

Essencial, portanto, assegurar a efetividade dos princípios constitucionais da ação de forma a configurar o pleno acesso à justiça.

Por fim, tem-se que a antecipação da tutela é uma técnica processual apta a promover a obtenção da tutela de direito material, uma vez que detentora de carga máxima de efetividade jurisdicional, capaz de neutralizar o conflito de interesses de forma rápida e eficaz, até que seja proferida a decisão definitiva.

Ao estabelecer um paralelo entre a antecipação da tutela e os direitos fundamentais, vislumbra-se um conflito entre os princípios constitucionais da efetividade da prestação jurisdicional e o da segurança jurídica. Tal conflito, no entanto, resta solucionado por meio do princípio da proporcionalidade que compatibiliza os princípios constitucionais e viabiliza a plena eficácia do direito de ação.

Cristaliza-se a possibilidade de concessão da antecipação da tutela em qualquer momento processual: antes ou depois da citação, após a dilação probatória, no momento da sentença e até mesmo em grau de recurso.

Descreve-se também sobre algumas das características da antecipação da tutela como a reversibilidade, a provisoriedade e a fungibilidade, bem como a sua incidência ainda que em face de pessoas jurídicas de direito público.

Neste contexto, tem-se que o processo, como veículo condutor do direito de ação, visa, mediante decisões justas, eliminar o conflito de interesses e assegurar a pacificação social por meio da efetiva tutela de direito material.

A antecipação da tutela é então apresentada como técnica imprescindível à concretização de mecanismos destinados a amenizar a demora na

entrega da prestação jurisdicional, bem como atenuar o déficit de sua efetividade.

Por fim, é de fundamental importância destacar o papel do juiz na construção da efetividade do direito fundamental de ação, visto que o acesso à ordem jurídica justa contribui sobremaneira para a inclusão social na medida em que propicia a redução de desigualdades socioeconômicas.

Ademais, a efetividade do direito fundamental de ação está intimamente relacionada com a preservação da cidadania, sendo esta considerada um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMENDOEIRA JÚNIOR, 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.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 431-454.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 221-245.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (Tentativa de sistematização)*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução por Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. [Nova Edição].

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Teoria do Estado*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição de 1824. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 maio. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4-6-DF. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 15 de outubro de 2008. Supremo Tribunal Federal. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n.195/2008, p.23, out. 2008. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=305246&tipo=DJ&descricao=DJE N%BA 195 - 15/10/2008](https://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=305246&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20195%20-%2015/10/2008)>. Acesso em: 20 fev. 2009.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por Douglas Dias Ferreira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003. 3 V. [Obra completa].
- _____. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- CAMBI, Eduardo. Efeito devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 237- 264.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. 4 V. [Obra completa].
- CASTAGNA, Ricardo Alessandro. *Tutela de urgência: análise teórica e dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Novos aspectos da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 33, p. 93-107, 1998.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. 3 V.[Obra completa]
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução por Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Juspodivm, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 3 V. [Obra completa].

GRIMONE, Marcos Ângelo. *O desenvolvimento sustentável como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Jacarezinho (PR).

GRINOVER, Ada Pellegrini; KAZUO, Watanabe. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. *Revista de Processo*, Instituto Brasileiro de Direito Processual, São Paulo, n. 140, p. 143-154, 2006.

KAZUO, Watanabe. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Revista AJURIS*, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 66, p. 160 – 190, 1996.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Org.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 251-258.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LOPES, João Batista. Princípio da ampla defesa. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 119-135.

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. As “antigas novidades” do processo civil brasileiro e a efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, Instituto Brasileiro de Direito Processual, São Paulo, n. 157, p. 9-7, 2008.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio do contraditório. In: _____; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 101-117.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As oportunidades processuais de deferimento de tutela antecipada. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 5, p. 90-98, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista Doutrina*, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n. 15. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Luiz_Marinoni.htm>. Acesso em: 07 jan. 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 380-412.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. Princípio do acesso à justiça. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 79-99.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Considerações sobre o desafio da magistratura contemporânea na implementação dos direitos humanos fundamentais. *Revista CEJ*, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 45, p. 21-31, 2009.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 4.ed. Campinas: Millennium, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 47-77.

RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória no Direito Italiano. In: Congresso Gênese de Direito Processual Civil, 1996, Foz do Iguaçu. *Anais do Congresso*. Foz do Iguaçu: [s.n.], 1996. p. 2. [Conferência pronunciada em 27.09.1996. Tradução por Clayton Maranhão.]

ROCHA, César Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEVCENKO, Nicolau. *O renascimento*. 7.ed. São Paulo: Atual e Unicamp, 1988.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22.ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Gelson Amaro de. Tutela diferenciada e a efetividade do direito (urgência e definitividade). In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula C. (Coord.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas*. Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283-309.

SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade ativa nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 22.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2005.

_____. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 36, p. 19-37, 2005.

_____. Tutela antecipada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 181-203.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 30, p. 58-67, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Decisão antecipatória de tutela contida na sentença. *Revista de Processo*, Instituto Brasileiro de Direito Processual, São Paulo, n. 31, p. 229-237, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 5.ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.