



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

DANILLO CHIMERA PIOTTO

**TUTELA JURISDICIONAL QUALIFICADA E COGNIÇÃO
ADEQUADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Londrina

2012

DANILLO CHIMERA PIOTTO

**TUTELA JURISDICIONAL QUALIFICADA E COGNIÇÃO
ADEQUADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes.

Londrina

2012

DANILLO CHIMERA PIOTTO

**TUTELA JURISDICIONAL QUALIFICADA E COGNIÇÃO
ADEQUADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, a Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes
UEL — Londrina – PR

Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti
UEL — Londrina – PR

Prof. Dr. Flávio Bento
UNOPAR — Londrina – PR

Londrina, 12 de Dezembro de 2012.

*A minha família,
pelo carinho e apoio incondicionais.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Sérgio Alves Gomes, pela honra de ser por ele orientado nos últimos oito anos, pela constante disposição em ouvir e ser ouvido, e pelo exemplo de amor ao saber.

Ao Professor Doutor Francisco Emilio Baleotti, pela generosidade da co-orientação.

Ao Francisco, porque sem ele nada seria possível.

A Eléia, pelo companheirismo e, principalmente, compreensão.

Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juizes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela. - Anatole France

Lelé, tá pronto.

E agora?

PIOTTO, Danillo Chimera. **Tutela jurisdicional qualificada e cognição adequada no Estado Democrático de Direito**. 122f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

RESUMO

Analisa a figura do conflito e suas formas de solução, em específico a figura da jurisdição. Estuda os diversos conceitos doutrinários acerca das modalidades de prestação de tutela jurisdicional. Sustenta que no contexto paradigmático do Estado Democrático de Direito o direito fundamental de acesso à Justiça insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição impõe que a prestação jurisdicional do Estado se dê por intermédio de uma tutela qualificada pela tempestividade e efetividade. Demonstra ainda a vinculação entre a tutela jurisdicional e a cognição, aduzindo a garantia do direito à cognição adequada como direito fundamental do cidadão. Analisa ainda, pontualmente, o projeto de Novo Código de Processo Civil em trâmite perante o Congresso Nacional.

Palavras-chave: Prestação jurisdicional qualificada. Cognição Adequada. Justiça. Prudência. Estado democrático de direito.

PIOTTO, Danillo Chimera. *Jurisdictional qualified guardianship and adequate cognition in a democratic state of law*.122f. Masters Degree Dissertation. State University of Londrina (UEL), 2012.

ABSTRACT

It analyzes the figure of conflict and ways of solution, in particular the figure of jurisdiction. Studying the various doctrinal concepts about the modalities of jurisdictional guardianship. Argues that in the context of the democratic state of law paradigm the fundamental right of access to justice inserted in article 5, item XXXV of the Constitution requires that the guardianship of the State be given through a qualified guardianship by timing and effectiveness. It also demonstrates the linkage between legal protection and cognition, raising the right to adequate cognition as a fundamental right of the citizen. Analyzes even, occasionally, the design of new Civil Procedure Code pending before Congress.

Key-words: Jurisdictional qualified guardianship. Adequate cognition. Justice. Prudence. Democratic state of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A TEMÁTICA DOS CONFLITOS	14
1.1 O CONFLITO E SUAS FORMAS DE SOLUÇÃO.....	Erro! Indicador não definido.
1.2 A TEMÁTICA DAS NORMAS	Erro! Indicador não definido.
1.2.1 Normas Jurídicas: Características e Fins	Erro! Indicador não definido.
1.2.2 Normas e Princípios	Erro! Indicador não definido.
1.2.3 Definição de Norma Jurídica	Erro! Indicador não definido.
1.3 A JURISDIÇÃO	Erro! Indicador não definido.
1.3.1 Jurisdição, Sociedade e Estado Democrático de Direito	26
1.4 OS VALORES E A 'JUSTIÇA'	29
1.4.1 O Que se Entende por Valores?	30
1.4.2 Características dos Valores.....	31
1.4.2 A Objetividade e Subjetividade dos Valores.....	33
1.4.3 A Relação Entre Direito, Jurisdição e Valores.....	35
1.4.4 O Valor Justiça	38
1.5 JUSTIÇA: UMA QUESTÃO DE PERSPECTIVA.	41
1.5.1 A Dualidade Justiça Formal X Justiça Material	41
1.5.2 Justiça Formal	42
1.5.3 Justiça Material	45
1.6 A TEMÁTICA DA PRUDÊNCIA	47
1.6.1 A 'Nova' Hermenêutica Jurídica	49
1.6.2 O Intérprete Prudente.....	52
2 COGNIÇÃO ADEQUADA E TUTELA JURISDICIONAL QUALIFICADA	54
2.1 TUTELA JURÍDICA E TUTELA JURISDICIONAL.....	54
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À COGNIÇÃO ADEQUADA	57
2.3 MODALIDADES DE TUTELA JURISDICIONAL.....	64

2.3.1 Tutela Cautelar	66
2.3.2 Tutela Cognitiva	73
2.3.3 Tutela Executiva	75
2.4 DA SATISFATIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	76
2.5 DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.....	79
2.6 TUTELAS DIFERENCIADAS	81
2.6.1 Tutela de Urgência, Tutela Antecipada e Tutela Interinal.....	89
3 TUTELAS DIFERENCIADAS E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	94
3.1 PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – CONTORNOS GERAIS.....	94
3.2 O ANTEPROJETO E O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE – A TENTATIVA DE REFORMA E O CONSERVADORISMO LEGAL.....	955
3.3 O NOVO CPC E AS TUTELAS DIFERENCIADAS	99
3.3.1 A Tutela de Evidência.....	103
3.3.2 A Tutela de Urgência.....	106
3.3.3 Impressões Finais Sobre o Projeto e as Tutelas Diferenciadas	108
CONCLUSÕES	110
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

Como toda dissertação de mestrado, o estudo que ora se introduz serve de requisito à conclusão do curso e à obtenção da almejada titulação, mas é preciso que fique claro, desde logo, que este não foi o único foco que norteou sua elaboração.

Desde os primeiros contatos com a Ciência Jurídica a temática processual se mostrou apaixonante e, gradualmente, a vontade de desenvolver estudos ligados ao tema foi se desenvolvendo, culminando com a confecção do primeiro trabalho mais elaborado apresentado ao fim da graduação¹.

Naquela oportunidade discorreu-se sobre a principiologia processual e sobre os poderes do juiz na condução do processo civil. Também já à época se contextualizou o tema com o paradigma do Estado Democrático de Direito, eis que o referido paradigma estabelece os parâmetros básicos para o exercício da jurisdição nos tempos hodiernos.

Desde então, as experiências vivenciadas na prática jurídica ensejaram mais gosto pela área, dando impulso a empreitada do aprofundamento dos estudos, agora em sede de pós-graduação *strictu sensu*.

Das discussões travadas nas aulas das disciplinas *Tópicos Avançados em Tutela Cognitiva* e *Tópicos Avançados em Tutela Executiva*, aliadas ao inconformismo com a morosidade processual - e aqui não se refere a morosidade patológica, mas aquela intrínseca ao procedimento legal padrão - deu-se a opção pela estudo da temática da 'cognição adequada' e da 'tutela jurisdicional qualificada'.

Ora, partindo-se da assertiva de que tutela jurisdicional tardia é marca indelével de um processo injusto, sob pena de se transformar o texto constitucional do artigo 5º, inciso XXXV em promessa inconsequente do constituinte, fazia-se necessária uma releitura dos institutos processuais, dando-se lhes interpretação conforme ao paradigma democrático.

Mas, daí a questão, como compatibilizar a necessidade de atividade

¹ A monografia de encerramento da graduação teve como tema *O juiz e o processo no estado democrático de direito*, e neste trabalho também tive a honra de ser orientado pelo Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes.

jurisdicional tempestiva e efetiva com os rigores do formalismo processual? A resposta advém da hermenêutica jurídica, possibilitante da formação de um intérprete prudente, apto ao manejo do aparato jurisdicional, com fins de concretização dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão.

No mais, é preciso não se olvidar que a linha de pesquisa do programa de mestrado da Universidade Estadual de Londrina é a do Direito Negocial, atinente, portanto, ao direito das obrigações e aos negócios jurídicos e, neste ponto, necessária se faz certa contextualização do tema.

A globalização com sua simplificação nas formas de se contrair obrigações, ampliação da velocidade e do fluxo de informações e de valores, implica axiomático aumento dos conflitos, o que acarreta a necessidade de se readequar os procedimentos processuais e as formas de se prestar tutela a fim de torná-los aptos para que, com igual, ou ao menos semelhante celeridade, possibilitem o resguardo dos direitos ameaçados.

Não que d'antes não houvesse a necessidade de se prestar, *v.g.* tutela jurisdicional de modo urgente, mas é que, inegavelmente, no mundo *on line*, a velocidade que ganharam os negócios jurídicos acarreta que situações de ameaça de lesão a direitos se convolam em efetivas lesões muito mais rapidamente, tal qual situações em que o dano já existe se agravam consideravelmente no decurso de exíguo lapso temporal.

Os exemplos empregados no trabalho tentaram refletir, assim, sempre situações ligadas ao direito das obrigações.

A metodologia utilizada para elaboração do trabalho consistiu primordialmente no método dedutivo, em que conclusões foram tecidas a partir da análise da doutrina jurídica pátria e alienígena, além da análise de textos normativos e do projeto de lei que versa sobre o Novo Código de Processo Civil.

Na primeira parte do trabalho se empreende a uma retomada histórica sobre a questão do conflito e suas formas de solução, transitando-se ainda pela temática das normas, dos valores - com ênfase no valor justiça - e da prudência.

Na segunda parte do trabalho analisam-se de modo detido classificações acerca do modo de se prestar a tutela jurisdicional, a necessidade de se conceber a prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito como uma prestação jurisdicional qualificada, e isto pela efetividade e tempestividade, além de

correlacionar a prestação jurisdicional qualificada com o direito fundamental do cidadão à cognição adequada de seu conflito.

Na parte derradeira analisa-se pontualmente o projeto de Novo Código de Processo Civil ora em trâmite perante o Congresso Nacional, fazendo-se considerações acerca das inovações nele introduzidas no que tange a prestação das tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Não se trata de um trabalho conclusivo, que almeja apontar uma conclusão definitiva sobre o assunto, mas crê-se que sirva ao propósito de contribuir ao debate e ao aperfeiçoamento do intérprete prudente².

² Aliás, como leciona SÉRGIO ALVES GOMES em sua obra de doutoramento, adiar o final para poder prosseguir parece ser uma prudente atitude hermenêutica. - Cf. *Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 458.

1 A TEMÁTICA DOS CONFLITOS

Consoante leciona Gomes³, a vida humana se realiza por intermédio da *convivência*. De fato, se afigura inegável a assertiva de que os homens são seres gregários. A mera conjectura acerca da vida misantropa já se revela angustiante.

Seja partindo de um viés eminentemente pragmático e, porque não dizer *egoístico*, pelo qual se encara a existência do agrupamento social como tão somente decorrente da necessidade de serem supridas as mais comecinhas indigências do ser – como vestir-se e alimentar-se – seja por uma ótica mais *humanística* e filosófica – em que se compreende a necessidade de coletividade para a troca de ideias e experiências visando, a partir da dialeticidade, aprimorar a realização cultural – a definição de Aristóteles, para quem o homem é ser *político*⁴ por excelência, continua e continuará insofismável.

É de se reconhecer, entretanto, que conquanto seja imperativa a vida em coletividade, esta também pode descambar em situações conflituosas. Não raras vezes, interesses múltiplos acabam por recair sobre coisas unas, impossíveis de compartilhamento^{5,6}, ou ainda, é a intolerância à verdade alheia que serve de pivô à situação beligerante.

Nestes casos, seja qual for a origem do conflito, se o *desejo de ter* ou a *intransigência*, a desarmonia social necessita ser composta, os interesses carecem ser equilibrados, sob pena de ser solapada a organização social e os escopos por ela vislumbrados.

Isto tudo o homem percebeu logo, o que se mostrou historicamente

³ GOMES, Sérgio Alves. *op. cit.*, p.207.

⁴ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

⁵ Cândido Rangel DINAMARCO expõe que “É sabido e repetido que a vida em sociedade gera ‘insatisfações’, mercê de condutas temerárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem”. Cf. *A instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.160.

⁶ Explica Francesco CARNELUTTI que, “se interesse é uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades são ilimitadas; se são, todavia, limitados os bens, isto é, a porção do mundo exterior para satisfazê-las, correlata à noção de interesses e bens é a noção de conflitos de interesses. Há conflito entre dois interesses quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa”. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas: Servanda, 1999, v.1. p.12.

mais demorado, e conturbado, tem sido elaborar as formas de proporcionar este reequilíbrio. É neste contexto que toma lugar o presente trabalho, que se espera sirva de contribuição no âmbito de tal temática.

1.1 O CONFLITO E SUAS FORMAS DE SOLUÇÃO

Não se olvida que, inobstante seja um ser racional, o homem também é instintivo, e foi esta segunda dimensão que por muito norteou a solução dos conflitos oriundos da vida em coletividade. Fala-se aqui da força.

Denomina-se autotutela a resolução dos impasses sociais pela violência. Nos estágios civilizatórios primevos, aqueles que desejassem alguma coisa que se encontrasse em poder de outro, aqueles que detivessem interesses que conflitassem com interesses alheios, se quisessem fazer valer seus ideais tinham de dispende força bruta. Por ela, e na medida dela, seus interesses seriam preservados⁷.

A problemática deste mecanismo primitivo de solução de controvérsias é que ele resolve de modo duplamente parcial a contenda, e isto por duas razões: a) é parcial no sentido de que a solução do impasse é imposta por agente que tem interesse direto no bem almejado, razão pela qual a decisão nem sempre tende a ser a mais correta e equilibrada do ponto de vista lógico-ético-moral; b) ao depois, continua sendo parcial esta forma de dirimir litígios se avaliada pelo viés de sua efetividade.

É que de modo momentâneo o uso da força pode até solucionar faticamente o impasse com a consolidação da posse do bem nas mãos de um dos litigantes, ou mesmo a prevalência de seu ponto de vista em face do outro, entretanto, modificado o equilíbrio, ou melhor, desequilíbrio de forças até então vigente, aquele que se sentiu prejudicado certamente revolverá a temática conflituosa e, novamente, a ordem social será conturbada.

Faticamente o conflito é solucionado, mas psicológica e socialmente não. Assim verifica-se que a tendência à falibilidade da autotutela, aliada ao

⁷ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.21.

desenvolvimento civilizatório, propiciaram o surgimento de uma segunda modalidade de solução de controvérsias, a denominada autocomposição.

Por esta figura, antes de despender a força bruta, o diálogo toma lugar de destaque. A solução de controvérsias continua sendo endógena, isto é, propiciada pelas próprias partes envolvidas no litígio, mas a beligerância é sensivelmente atenuada.

Certa vez, em aula sobre a temática, me deparei com o seguinte exemplo elucidativo acerca da autocomposição: Berílio e Argônio discutiam pelo interesse em um saco de laranjas. Após férreas discussões e um equilíbrio de força bruta que obstaculizava a prevalência dos interesses de um dos contendores sobre o outro, Argônio resolveu por questionar Berílio acerca das motivações de seu interesse.

Berílio respondeu que tinha interesse pelas cascas das laranjas, eis que vislumbrava produzir cobertura de bolos. Argônio, por sua vez, tinha interesse no comércio do sumo daquelas frutas. Restou assim pactuado que Argônio extrairia o sumo das frutas, destinando depois à Berílio suas cascas. Pronto! Conflito perenemente pacificado. Efetivada estava a autocomposição na modalidade *transação*, em que as partes, por *concessões recíprocas*, resolvem o conflito de pretensões entre elas existente.

Porém nem sempre os interesses são passíveis de transação. Há casos, senão a maioria, em que os interesses são por demais antagônicos, pretensões impossíveis de conjugação.

Nestes tipos de conflitos, se considerada somente a composição endógena, ainda que esta ocorra sem o uso efetivo de força bruta, haverá, é verdade, inegável liame com esta.

Está se falando aqui da desistência e da submissão, em que interesses de uns se sobrepõem aos de outros pela simples renúncia à pretensão por parte de um dos contendores, ou pela renúncia desta pretensão face à resistência exercida pela parte adversa – tem-se a denominada violência potencial.

Nestes casos, novamente se depara com a questão da dupla parcialidade. Inolvidável que ocorrendo a desistência ou a submissão, alterado o equilíbrio de forças que imperava no momento da primeira ‘solução’ dada ao conflito, abertas estarão as portas para a rediscussão da controvérsia.

Destarte há de se reconhecer que a parcialidade adrede apontada, à

medida que possibilita revolver *ad infinitum* controvérsias já ‘dirimidas’, socialmente em nada é vantajosa. Isto porque os conflitos tendem a turbar o contexto social onde ocorrem e obstaculizar o progresso – i.e., a constante busca da coletividade pela melhora em sua qualidade de vida⁸.

Por isto, o desenvolvimento do agrupamento humano, com a conseqüente centralização de ‘poder’⁹ na figura de um governante, possibilitou o surgimento de uma nova forma de resolução de conflitos, com toda uma gama de engenhosos mecanismos a lhe dar suporte.

A ideia que passa a nortear a temática da pacificação de controvérsias, então, é a de que o conflito deve ser resolvido de modo imparcial, no sentido de que a melhor solução para uma situação beligerante tende a ser apontada por aquele que nela não deposita qualquer interesse.

Por este novo mecanismo de pacificação, uma vez apontada por um terceiro desinteressado qual a melhor (única a partir de então) solução para a discórdia, tem de ser esta obrigatoriamente acatada. O poder perene deste terceiro garante ainda a não revisitação do tema pelo perdedor, propiciando uma pacificação mais plena do litígio, com a manutenção de um contexto social organizado.

Quando a atividade deste terceiro, investido de poder e desinteressado no conflito passa a ser regulamentada – no sentido de serem estabelecidas regras claras para o seu exercício – surge a figura da denominada jurisdição

⁸ Sustenta-se que a constante atividade produtiva do homem só se dá pela incansável busca por melhores condições de vida. O ser humano é, por natureza, um ser ambicioso e insatisfeito. Ao obter aquilo que almejava, instantaneamente adquire novo foco de pretensão. Neste sentido a ambição não é um *defeito*, mas sim uma qualidade do ser humano, que na busca por uma melhora em sua qualidade de vida, alavanca o desenvolvimento social. O segredo da *ambição* é o seu compartilhamento e orientação por *valores*.

⁹ GOMES em pesquisa sobre a temática do poder em sua obra ‘*Os poderes do Juiz da Direção e Instrução do Processo Civil*’ relata que TAWNEY define poder como sendo “a capacidade de um indivíduo, ou grupo de indivíduos, modificar a conduta de outros indivíduos ou grupos da forma que quiser”, e ainda, que LASSWELL relata ser este “uma relação entre pessoas na qual as opções, se contestadas, são implementadas mediante coerção”. Cf. GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do Juiz da Direção e Instrução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 29.

1.2 A TEMÁTICA DAS NORMAS

Ainda na linha de raciocínio que se vem desenvolvendo e com o fito de contextualizar social e temporalmente o instituto da jurisdição antes de conceitua-lo é de se anotar que vislumbrando a organização e a manutenção de um ambiente pacífico e apto ao progresso, a história demonstra que todas as civilizações existentes desde os tempos primitivos estabeleceram padrões de conduta para os seus membros, as denominadas normas sociais¹⁰.

Fossem ágrafas como as culturas primitivas – celtas, incas, maias, astecas etc. – ou já graficamente desenvolvidas como as da antiguidade, aqui podendo ser citadas as sociedades egípcia, babilônica, grega e romana, fato é que uma vez formado o grupo social, surgiu a pungente preocupação de elaboração de normas capazes de organizar e regulamentar a convivência em coletividade, obstando tanto quanto possível a eclosão de conflitos e de suas nefastas consequências¹¹.

Neste diapasão são normas sociais, por exemplo, as normas morais – que traçam linhas de conduta baseadas no conjunto de valores e princípios que orientam o comportamento humano –, ou ainda, as normas religiosas, que estabelecem disposições comportamentais baseadas nos dogmas de determinada religião.

Entretanto, diante da complexidade do convívio humano, tão rápida quanto a percepção da necessidade de elaboração de normas, foi a constatação de que isto, só por si, restava insuficiente. Tornou-se premente a elaboração de mecanismos que assegurassem a observância destes ‘padrões de conduta’ por parte da coletividade.

Giacóia¹² em artigo intitulado ‘*Justiça e Dignidade*’ expõe que “o homem não se associa espontaneamente a uma ordem sem normas capazes de

¹⁰ Vale frisar que diversas foram as fontes de inspiração normativa, tais como a religião, costume, a moral etc. – todas vislumbrando os mesmos escopos: *a organização da sociedade para um convívio ordenado e pacífico*.

¹¹ Cf. Palma, Rodrigo Freitas. *A História do Direito*. 2. ed. Brasília: Fortium, 2008, p. 27.

¹² GIACÓIA, Gilberto. *Justiça e dignidade*. In: Em Tempo, Revista de Direito da Univem. Marília: Primeira impressão, 2004, v. 6. p.29.

coerção”. Theodoro Junior, analisando as normas de cunho jurídico, pontua que “não basta traçar a norma de conduta. O equilíbrio e o desenvolvimento sociais só ocorrem se a observância das regras jurídicas fizer-se obrigatória”.¹³

De sorte que o decurso de tempo e a evolução social foram determinantes para a conclusão acerca da necessidade de um ‘estímulo’ à aceitação das normas, tornando-as de observância obrigatória por parte dos membros da sociedade.

1.2.1 Normas Jurídicas: Características e Fins

Destarte, por tal característica peculiar – observância obrigatória – algumas normas de regulamentação de conduta galgaram degrau, chegando ao *status* de normas jurídicas, formando os pilares do que hoje se reconhece como um Estado de Direito.

Fique claro, no entanto, que não se defende neste estudo repousar tão somente na peculiaridade da observância obrigatória a linha dicotômica dentre as normas jurídicas e as demais espécies normativas, mas sem dúvida, é tal traço distintivo que mereceu maior relevo na doutrina jurídica, tanto que Coutrin define ser o Direito “o conjunto de regras obrigatórias que disciplinam a convivência social humana”.^{14; 15; 16}

Em linhas gerais a maior parcela da doutrina aponta quatro caracteres das normas jurídicas: *Coercibilidade, Imperatividade, Atributividade e Promoção da Justiça*.

A coercibilidade, tal como já delineada, significa a possibilidade de

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1. p.6.

¹⁴ COUTRIN, Gilberto. *Instituições de Direito Público Privado*. Curitiba: Bookseller, 2008. p.30.

¹⁵ CARNELUTTI, vislumbrando também essa característica imperativa disciplinadora social do fenômeno jurídico leciona que “chamamos Direito (objetivo; ordenamento jurídico) ao conjunto dos preceitos jurídicos (preceitos sancionados) que se constituem para garantir dentro de um grupo social (Estado), a paz ameaçada pelos conflitos de interesses entre seus membros. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *op. cit.*, p.71.

¹⁶ KELSEN expõe que as normas jurídicas se dividem em preceitos primários e secundários. O preceito primário se referiria a sanção imposta pelo descumprimento do comando insculpido no preceito secundário. De maneira que para KELSEN só seriam jurídicas as normas detidas de coercibilidade, ou seja, aquelas cuja inobservância da conduta prevista possibilitam a imposição de sanção pelo Estado - Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. Lisboa: Armênio Amado, 1984.

determinada conduta transgressora da norma sofrer sanção. Pelos caracteres da imperatividade e atributividade tem-se que em decorrência da coercibilidade é imposto ao agente o cumprimento de um dever, sendo-lhe, ao mesmo tempo, dado o direito de exigir a observância deste mesmo dever pelos outros membros da coletividade. Por sua vez, ao que se denomina promoção da justiça expressa-se que o conteúdo da norma jurídica deve ter como escopo estabelecer justiça entre os seres humanos, pacificando a sociedade e restabelecendo a ordem outrora vigente¹⁷.

É oportuno ainda trazer à baila a classificação doutrinária quanto aos fins a que se destinam as normas jurídicas. Nessa senda, Reale¹⁸ leciona haver distinção entre as *normas jurídicas de conduta*, também denominadas por parte da doutrina de primárias, das *normas jurídicas de organização*, as que se convencionou denominar normas secundárias^{19;20}.

Seguindo o magistério do jusfilósofo paulista, diz-se que às normas de conduta é dado como objetivo imediato disciplinar o comportamento dos indivíduos, ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral; as normas de organização, por sua vez, detêm caráter instrumental, visando à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada.

¹⁷ Cf. COUTRIN, Gilberto. *op. cit.* p. 35.

¹⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.98.

¹⁹ Os autores nem sempre chegam a um consenso sobre quais tipos de normas se enquadram na definição de *normas primárias* e *normas secundárias*. Para Herbert Hart as normas primárias se refeririam a uma ação ou criariam uma obrigação, as secundárias, por sua vez seriam subsidiárias das primárias e disciplinariam a atribuição dos poderes de reconhecimento, modificação e julgamento. Por sua vez Kelsen, ao disseminar sua *Teoria Pura do Direito*, entende como primária a norma que estabelece a sanção. No presente estudo optou-se por adotar a classificação adotada por Reale e já anteriormente estudada por Jhering. Para maior aprofundamento sobre o tema, cf. REALE, Miguel, *op. cit.*, p.96-100.

²⁰ A doutrina debate acerca de uma possível alteração no pensamento de KELSEN acerca do que seriam as normas primárias e secundárias, isto já a partir da segunda edição de sua '*Teoria Pura do Direito*' bem como em sua obra póstuma '*Teoria Geral das Normas*', entretanto ainda não há um consenso sobre isto. Cf. SOARES, Evanna. *A norma jurídica em Kelsen. in Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2012. No texto a autora se debruça sobre a temática com vasta pesquisa bibliográfica.

1.2.2 Normas e Princípios

No terreno das normas, é de bom alvitre discorrer também, mesmo que brevemente posto não ser este o objetivo vislumbrado pelo presente estudo, sobre a distinção entre normas, regras e princípios jurídicos a partir dos ensinamentos de Austin, Hart, Dworkin e Alexy.

Para os ingleses John Austin, em sua obra *“The Province of Jurisprudence Determined”*²¹ e Herbert L. Hart, na obra *“O Conceito de Direito”*²², o Direito seria um conjunto de regras especialmente selecionadas para reger a ordem pública²³.

Ainda, entendem aludidos autores que seriam os magistrados dotados de verdadeiro poder monogênico (*discricionário*), ou seja, poderiam criar novas regras à solução das causas cujos sustentáculos fáticos não poderiam ser subsumidos às hipóteses legais pré-existentes em decorrências de lacunas ou silêncios normativos – os denominados *hard cases*.

Comenta Dworkin a respeito do raciocínio desenvolvido por Austin:

O soberano não pode, por certo, antecipar todas as contingências através de um sistema de ordens; algumas de suas ordens serão inevitavelmente vagas ou pouco claras. Portanto, segundo Austin, o soberano confere aos encarregados de fazer cumprir as leis (os juízes) poder discricionário para criar novas ordens sempre que casos problemáticos ou inéditos se apresentem. Os juízes então criam novas regras ou adaptam as antigas e o soberano anula suas criações ou, ao não fazê-lo, as confirmam tacitamente. O modelo de Austin é extremamente belo em simplicidade. Enuncia o primeiro princípio do positivismo, isto é, que o Direito é um conjunto de regras especialmente selecionadas para reger a ordem pública²⁴.

²¹ Citado por DWORKIN, Ronald. In *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.29.

²² HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

²³ É prudente destacar, no entanto, que HART explica em nota introdutória à obra de AUSTIN que sua concepção de regra discrepa da concepção de regra de AUSTIN. Enquanto para este a regra expressa um mandato, i.e., a expressão de desejo do soberano cujo descumprimento implica na imposição de um mal ou um dano, HART constrói uma definição mais elaborada, em que as regras são de diferentes tipos lógicos (regras primárias e secundárias) e não expressam simples mandatos do soberano. Cf. AUSTIN, Jhon. *El objeto de la Jurisprudencia*. Tradução de Juan Ramón de Páramo Arguedes. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.10-36.

²⁴ DWORKIN, *op. cit.*, p. 29.

Quanto à visão de Hart, observa Struchiner²⁵ que:

Ao admitir a necessidade da discricionariedade, Hart constrói um modelo de positivismo mais difícil de se refutar; um modelo de positivismo que adota uma via intermediária entre o formalismo radical (adotado pelos positivistas mais tradicionais) - de acordo com o qual as regras existentes no sistema jurídico seriam totalmente claras e capazes de dar conta da realidade jurídica como um todo - e o ceticismo em relação à capacidade das regras de oferecerem uma determinação legal. Hart defende a posição intermediária dizendo que no âmbito do direito surgem casos simples que podem ser resolvidos por regras claras e os *hard cases* que têm que ser resolvidos por *critérios que estão além das regras válidas* que compõem o direito. O que possibilita esse 'caminho do meio' adotado por Hart é, principalmente, a sua concepção sobre a "textura aberta" (*open texture*) da linguagem. (grifou-se)

Vê-se, pois, que para Hart e Austin ao decidir os *hard cases* os Juízes iriam além do Direito posto, exercendo efetivamente atividade criativa (nomogênica).

Para o americano Ronald Dworkin, porém, desnecessária seria a criação de novas regras para a resolução dos *hard cases*, posto que o ordenamento jurídico seria permeado de princípios e o manejo destes seria suficiente à aplicação do Direito²⁶.

Um principio como 'nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos' (...) enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessita de uma decisão particular. Se um homem recebeu ou esta na iminência de receber alguma coisa como resultado de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então esta é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la [ainda que não haja regra dispondo particularmente neste sentido]. (...) Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um principio particular é um principio de nosso direito, é que se ele for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como se fosse uma razão que inclina numa ou em outra direção. (grifou-se)

Assim, enquanto para Hart os princípios são extralegais posto que

²⁵ STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.05.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *op. cit.* p.42.

impingidos por preceitos de ordem moral, religiosa, filosófica etc., DWORKIN identifica os princípios como norteadores do próprio ordenamento jurídico e, por isto, a ele pertencente. Enquanto para o primeiro a dicotomia seria de gêneros, para o segundo esta se dá entre espécies de um mesmo gênero.

Assevera Ávila²⁷ a respeito de tal dicotomia que:

Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos como afirma Robert Alexy. A distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas.

Lapidando os ensinamentos de Dworkin, o alemão Robert Alexy²⁸ denota a peculiaridade de enxergar os princípios e regras não como institutos de naturezas diversas, mas sim como institutos de mesma natureza, porém qualitativamente diversos:

Tanto las reglas y los principios son normas, porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las básicas expresiones deónticas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas. [...] El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.30.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 2002, p.83.

de hacerce exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es una regla o un principio²⁹.

Crê-se que neste ponto a razão está com Dworkin e Alexy. É preciso considerar os princípios como pertencentes ao ordenamento jurídico, até porque o ordenamento sintetiza quais são os *valores* que pretende a coletividade sejam preservados, e como leciona Larenz, os princípios remetem a valores, na medida em que “os princípios diretivos são elementos de um ‘sistema interno’, cujo objetivo é ‘tornar visível e pôr em evidência’ a unidade valorativa do ordenamento jurídico interno”³⁰.

1.2.3 Definição de Norma Jurídica

Destarte, entendendo-se *norma* como gênero e ‘*regras e princípios*’ como espécies deste gênero, se lapida a lição de Coutrin³¹ e se toma neste estudo como sendo a definição de norma jurídica *as regras e princípios, de conduta ou de organização, cuja obrigatoriedade de observância por parte dos membros da coletividade é garantida pelo poder de coerção do Estado, tendo como escopo finalístico a pacificação social duradoura.*

²⁹ Em tradução livre: Tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas de mandado permissão e proibição. Os princípios, como as regras, são razões concretas para juízos concretos de ‘dever ser’. Ambos podem ser formulados com o auxílio das expressões deônticas básicas do mandado: a permissão e a proibição. Os princípios, como as regras, são razões concretas para juízos de ‘dever ser’, mesmo sendo razões de tipos bem diferentes. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre dois tipos de normas. [...] O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que determinam que algo seja feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, enquanto as regras só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então ‘deve ser’ exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou princípio.

³⁰ LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 2001, p. 676.

³¹ Gilberto COUTRIN define norma jurídica como sendo a “regra social de observação obrigatória por parte dos membros da coletividade, cujo cumprimento é garantido pelo ‘poder’ de coerção do Estado, tendo como escopo finalístico a promoção da justiça”, *op. cit.*, p.14.

1.3 A JURISDIÇÃO

Retomando a temática das *formas de resolução de conflito*, vê-se, pois, que o instituto da jurisdição está intimamente ligado ao momento de afirmação da força coercitiva do Estado, em que este assume o papel de Estado-juiz, se sobrepondo às partes e substituindo a atividade alheia pela própria³². É o Estado-juiz quem, mediante coerção, impõe a observância das normas jurídicas ao indivíduo.

Couture³³ esclarece que o emprego da expressão não é unívoco na doutrina sendo necessário cuidado ao lidar com a palavra para que se evitem equívocos:

La palabra 'jurisdicción' aparece en el lenguaje jurídico con distintivos significados. Muchas de las dificultades que la doctrina no ha podido aún superar, provienen de esta circunstancia. En el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial, como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido técnico de función pública de hacer justicia³⁴.

Cintra, Grinover e Dinamarco³⁵, conceituam a Jurisdição como sendo a “atividade pela qual o Estado, se sobrepondo às partes, examina as pretensões e resolve os conflitos”. Para Wambier³⁶, representa a Jurisdição:

³² Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2002. v.1 p.61, e ainda, na mesma obra, agora em seu volume segundo, em que se encontra a seguinte conceituação: “pode se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já por afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”. p.3.

³³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. p.27.

³⁴ Em tradução livre: A palavra jurisdição aparece na linguagem jurídica com significados distintivos e muitas das dificuldades que a doutrina ainda não conseguiu superar provém dessa circunstância. No Direito dos países latino-americanos, este termo tem pelo menos quatro significados: como um território, como sinônimo de competência, como um conjunto de poderes ou de autoridade de certos organismos públicos, e seu sentido técnico de função pública de fazer justiça.

³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p.23.

³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Curso avançado de Processo Civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1. p.49.

A função estatal que consiste primordialmente em resolver os conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas, naturais ou jurídicas, em lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista no ordenamento jurídico.

De maneira que neste estudo o termo jurisdição é empregado para definir a expressão do poder estatal, que por intermédio de normas jurídicas de organização, declara e impõe a norma jurídica de conduta aplicável ao conflito social que lhe foi levado a apreço, promovendo a justiça e propiciando a pacificação social³⁷.

Pacificação é, portanto, o primeiro dos escopos vislumbrados quando se perquire o escopo da atividade jurisdicional do Estado.

1.3.1 Jurisdição, Sociedade e Estado Democrático de Direito

Lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco³⁸ que a Jurisdição não é tão somente expressão de poder, mas que também são inclusos neste instituo os sentidos de *função e atividade*:

Como poder, [jurisdição] é a manifestação do poder Estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressam o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais³⁹, mediante a realização do Direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.

O conceito é tão técnico e avalorativo, que a este ponto da digressão, para que não se perca o foco teleológico do trabalho, se revela oportuno refletir acerca de algumas questões:

Se é por intermédio da jurisdição, em exercício de poder, que o Estado impõe coercitivamente condutas aos membros da sociedade, e se neste

³⁷ Esclarece HUMBERTO CUENCA em estudo sobre o direito Romano, que já naquela época a jurisdição era identificada como 'o poder de administrar a justiça'. Cf. CUENCA, Humberto. *Processo Civil Romano*. Buenos Aires: Europa-America, 1957.

³⁸ GRINOVER, et. al., *op. cit.* p.131.

³⁹ Permite-se um adendo para incluir neste rol também os modernos conflitos transindividuais.

sentido, se aproxima a jurisdição de forma de solução de conflitos por intermédio de violência, tal qual são baseadas a autotutela e a autocomposição, o que garante a constância da jurisdição? O que realmente legitima a jurisdição em estágio de sociedade civilizada?

Num viés eminentemente normativo-positivista, dir-se-ia que a jurisdição seria legitimada pela própria ordem jurídica e nela vislumbraria seu próprio escopo, é inclusive o que expõem Cintra, Grinover e Dinamarco em sua obra introdutória ao direito processual pátrio^{40,41}:

O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal). E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo). (grifou-se)

Mas neste trabalho quer-se ir além. Aqui se sustenta que o surgimento do Estado Democrático de Direito torna superado tal ponto de vista estritamente positivista. É preciso ter em mente que a ordem democrática hodierna alterou o prisma axiológico de legitimação dos institutos jurídicos. É a chamada *revolução copernicana* nas palavras de Kant.

Na era dos direitos fundamentais⁴², é a pessoa humana quem deve merecer atenção e proteção de toda ordem jurídica e dos instrumentos que esta põe a disposição do Estado. Prega-se que deve o cidadão tornar-se responsável pela legitimação do poder Estatal e, além, deve sê-lo também o próprio fim do exercício deste poder.

Na sua origem grega, democracia (demokratéia), significa “governo

⁴⁰ GRINOVER, et. al, *op. cit.* p.133.

⁴¹ Dinamarco em outra obra pontua que a jurisdição é a atividade pública e exclusiva, com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a atuação da vontade do direito em casos concretos, seja revelando-a mediante uma declaração (processo de conhecimento), seja promovendo com meios práticos os resultados por ela apontados (execução forçada) A Jurisdição é, pois, manifestação de poder. Cf. DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p.77.

⁴² Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

do povo”, isto porque, no paradigma democrático parte-se do princípio de que todo poder emana do povo; logo, em sendo a jurisdição expressão de poder, não se tem como olvidar que esta tem no povo sua legitimidade e seu fim.

Dinamarco, aprofundando sua reflexão acerca do fenômeno jurídico e sobre a temática dos fins da jurisdição expõe em sua obra *‘A instrumentalidade do processo’*⁴³, que:

Dizia-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos, naquela visão pandectista que colocava a ação como centro do sistema e a descrevia como o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida. Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do processo civil de resultados, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem dos sistemas processuais; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos materiais.

Logo, só quando assim proceder o Estado – e os homens que o representam –, tomando a dignidade dos cidadãos como fator legitimante e, ao mesmo tempo, enxergando-a como objeto finalístico do exercício de seu poder, é que se terá verdadeiramente legitimado o exercício da violência pelo Estado.

Em estágio civilizado e, mais que isso, democrático, as explicações de arquétipo: é assim porque diz a Lei, ou é assim porque simplesmente é, ou ainda, é assim porque o soberano assim o determinou, não encontram mais lugar.

Neste novo paradigma, o respeito por parte da sociedade aos poderes, atividades e funções estatais, não se dá mais por simples previsão normativa, mas sim porque há um sentimento coletivo de importância e necessidade de um convívio ordenado e pacífico para que se proteja o valor basilar da sociedade democrática, que é a dignidade da pessoa humana.

Gomes⁴⁴ bem observa em profunda reflexão sobre a ordem democrática que:

⁴³ DINARMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade op. cit.*, p. 151.

⁴⁴ GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional... op. cit.*, p.210.

(...) o ser humano só consegue seu mais pleno desenvolvimento numa sociedade bem ordenada segundo os princípios democráticos, entre os quais figura com proeminência o respeito à dignidade da pessoa humana.

O ‘reconhecimento da utilidade da jurisdição por parte da coletividade’⁴⁵, não brota de maneira espontânea no seio social. Ela está umbilicalmente atrelada ao ‘sentir’ da sociedade de que tal instituto efetivamente lhe propicia vantagens.

Na determinação dos fins do Estado e (consequentemente) dos escopos da jurisdição é indispensável, por isso, ter em vista as necessidades e aspirações do seu povo, no tempo presente. Entra aí, dessa forma, o elemento cultural, a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de justiça e, particularmente, de justiça social⁴⁶.

Em síntese, a jurisdição ganha legitimidade, no paradigma democrático, por intermédio de um processo cíclico, pois efetivando o ideal de justiça almejado pela sociedade, atinge o escopo de pacificação social, mantendo a ordem e propiciando, assim, condições favoráveis ao respeito à dignidade humana e o conseqüente desenvolvimento coletivo.

1.4 OS VALORES E A ‘JUSTIÇA’

Adredemente utilizou-se dos termos *valores* e *justiça*. Em que pese sejam vocábulos comumente encontrados em textos jurídicos, breve revisão bibliográfica revela que seus significados não são unívocos a todos que os empregam.

Destarte, justamente por esta heterogeneidade, se mostra adequado perquirir o significado de tais expressões a fim de se possibilitar melhor

⁴⁵ Em sua obra ‘A instrumentalidade do Processo’, após divagar sobre a mudança de prisma axiológico da ordem jurídica, Dinamarco acaba por concluir que “A jurisdição tem inegáveis implicações com a vida social, tanto que é o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das instituições políticas da nação.” DINAMARCO, CÂNDIDO R. *op. cit.*, p. 185.

⁴⁶ Idem, *ibidem*, p.198.

compreensão de qual sentido estas tomam na reflexão ora posta⁴⁷.

1.4.1 O Que se Entende por Valores?

Dissertar sobre valores, tentando conceitua-los ou defini-los é tarefa árdua. Mesmo filósofos de peso como o alemão Hessen⁴⁸, quando adentram a seara da axiologia⁴⁹, já expõem a dificuldade de lidar com o tema:

O conceito de 'valor' não pode rigorosamente definir-se. Pertence ao número daqueles conceitos supremos, como os de 'ser', 'existência'..., que não admitem definição. Tudo o que pode fazer-se a respeito deles é simplesmente tentar uma clarificação ou revelar o seu conteúdo.

Expõe Abbagnano⁵⁰ que desde a antiguidade a expressão *valor* era empregado para referir à utilidade ou preço de bens, sendo a partir dos estóicos desenvolvido o emprego filosófico do termo. Atribuíram os seguidores da escola de Zenão um sentido mais filosófico ao *valor*, como sendo este um objeto de escolha particular.

É a partir desse viés filosófico que se inicia a digressão a respeito da temática dos valores.

Diariamente o homem exerce escolhas, v.g. se vai estudar ou escutar música, comprar um carro novo ou viajar, focar sua vida na realização profissional ou na realização pessoal etc. Em seguida, após optar por uma das alternativas com que se deparou, não raras vezes vê-se o agente defronte à seguinte indagação: '*valeu a pena?*'

Mas qual 'pena'? A pena de não usufruir das consequências daquela opção que foi sopesada e descartada.

⁴⁷ GOMES desenvolve em sua obra a temática da "*hermenêutica como olhar interpretativo construtor de sentido*". Nela expõe que os significados que dá o homem a certos conceitos tem umbilical ligação com o local e o momento histórico no qual este está inserto, além da percepção das *possibilidades* que lhe são concedidas pela interpretação. Cf. GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional...op. cit.*, p.106-205.

⁴⁸ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Almedina: Coimbra, 2001, p.37.

⁴⁹ Área da filosofia que estuda os 'valores'.

⁵⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982. Verbete '*valor*'.

Mesmo quando se afirma que se procedeu de determinada maneira porque “*não havia escolha*”, implicitamente o que se tem é a assertiva de que “a opção àquela conduta empreendida foi prontamente rechaçada” porque suas consequências foram consideradas inaceitáveis de plano pelo agente.

Como asseveram Aranha e Martins⁵¹, escolhas são preferências e, neste sentido, a opção eleita denota quais as preferências <valores> daquele que exerceu a escolha⁵².

Quando opta, *v.g.*, por doar alimentos a vítimas de tragédias naturais, está o agente revelando a importância que dá à solidariedade – solidariedade, destarte, é um valor.

Neste diapasão, Vicente Martins⁵³ assevera que a definição do termo valor pode ser desenvolvida a partir de dois prismas: pode valor significar (a) *um critério segundo o qual se valoriza ou desvaloriza uma coisa*; ou ainda, (b) *a razão que justifica ou motiva uma ação, tornando-a preferível a outra*.

Crê-se que a segunda assertiva de Martins contém a primeira, e é por isso que se adota neste trabalho a definição de valor trazida naquela.

1.4.2 Características dos Valores

Ao se debruçar sobre a temática, Gomes⁵⁴ leciona que embora seja complexa a discussão sobre os valores na esfera da axiologia, a essência do termo se torna facilmente perceptível quando relacionado a algo valioso, isto porque “algo torna-se foco de estimação exatamente em decorrência do valor que se lhe atribui. Assim se algo é belo, assim o é porque nele está presente o valor beleza”.

⁵¹ “Valor desta forma seria toda relação de importância, de preferência, ou de não-indiferença que se estabelece entre o ser humano e objetos, fatos, situações, lugares, atitudes, comportamentos”. ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pierres. *Filosofando: Introdução a Filosofia*. São Paulo: Moderna, 1986, p.212.

⁵² Leciona MIGUEL REALE em sua obra *Fundamentos do Direito*, que “é um fato de verificação imediata que nós não somos capazes de viver sem atribuir valor às coisas e aos atos e sem neles reconhecer valores positivos ou negativos. Pela nossa própria natureza racional, a nossa vida se desenrola em uma sucessão de valores”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.305.

⁵³ MARTINS, Vicente. *Dos Valores*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com>>. Acesso em: 11.09.2012.

⁵⁴ GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

Bittar e Almeida⁵⁵, com fundamento em Reale, lecionam que as principais características dos valores são: bipolaridade, implicação recíproca, referibilidade, preferibilidade, incomensurabilidade, graduação hierárquica, objetividade, historicidade e inexaurabilidade.

Por implicação recíproca, há que a realização de um valor influencia direta ou indiretamente a realização de outros valores. Pela referibilidade, tem-se a peculiaridade dos valores servirem como verdadeiras bússolas, diz Reale com base em Kohler, verdadeiras entidades vetoriais, apontando sentidos a serem percorridos pelo ser cognoscente na oportunidade do escolher.

Pela preferibilidade, encontra-se a relação entre valor e liberdade, posto que livre, o homem pode escolher dentre sua *tábua de valores* aquele que mais lhe aprouver. Assim, quando o agente exerce uma escolha, isto não implica necessariamente na inexistência de qualquer tipo de preferência ou total desvalorização daquela alternativa que se descartou - *avaliação*. O que ocorre nestas hipóteses é se dá ao valor x (opção eleita) mais peso do que ao valor y (opção descartada).

Pela historicidade – ponto central da teoria de Reale, denominada de *historicismo axiológico* – entende-se o valor como uma realidade indissociável do contexto histórico-cultural do ser humano, a medida que o homem, de acordo com a cultura da sociedade em que está incerto, estima os objetos que lhe são dados.

No que tange a graduação hierárquica, há que todos os valores valem, mas alguns valem mais que outros. Os valores, destarte, têm a propriedade de se subordinarem uns aos outros.

Já pela bipolaridade dos valores há que, se valor é tudo aquilo sobre o que recai juízo de estimação, na medida em que os 'objetos' são *estimados*, o podem ser de modo positivo ou negativo.

Como a expressão valores é empregada na maior parte das vezes com o sentido de preferência, há uma tendência em enxergar-se o valor tão somente na sua vertente positiva, mas é preciso ficar claro que também há valores negativos.

⁵⁵ BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001, p.451.

O *feio* se contrapõe ao *belo*, o *profano* ao *santo*, mas todos são valores.⁵⁶

A incomensurabilidade e a inexauribilidade se referem à incapacidade de mensuração e esgotamento dos valores. Explica Reale⁵⁷ que dois valores não podem ser cotejados por uma mesma medida e nem se esgotam em si mesmos.

1.4.2 A Objetividade e Subjetividade dos Valores

Das características dos valores, tal como adrede enunciadas, faltou pontuar acerca da objetividade. Quando se estuda a temática dos valores duas são as correntes de pensamento encontradas na doutrina. De um lado se postam os subjetivistas ou *relativistas*, de outro os objetivistas.

Reale⁵⁸ leciona que para os objetivistas como Scheler e Hartmann, os valores não resultariam de nossos desejos, nem seriam projeções de nossas inclinações psíquicas ou do fato social, mas algo que se põe antes do conhecimento ou da conduta humana, embora podendo ser razões desta conduta.

De outro vértice, tem-se que para os *relativistas* não existiriam verdades absolutas. Assim, os valores – *tais como a ética, a moral, ou o justo* - seriam sempre variáveis conforme a época, o lugar, o grupo social e os indivíduos⁵⁹.

Defende-se neste estudo que a teoria relativista deve ser encarada com cautela. Há de se reconhecer que se aceita a tese de que todo valor é relativo, estar-se-á afirmando por via reflexa que tudo o que há são projeções sentimentais

⁵⁶ Discorda desta afirmação Jacy de Souza MENDONÇA, que leciona que “A ausência ou negação de um valor é seu *desvalor*, denominado também valor negativo, expressão rejeitada, no entanto, por ser evidentemente paradoxal, pois o valor é sempre positivo”. *Curso de Filosofia do Direito: o homem e o Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.262.

⁵⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 2. ed. Saraiva. São Paulo, 2000, p.203.

⁵⁸ Idem, *ibidem*, p.206.

⁵⁹ Em breves linhas, James RACHELS enumera as balizas do pensamento relativista no que toca à moral, por exemplo: A) Sociedades diferentes têm códigos morais diferentes; B) O código moral de uma sociedade determina o que é correto no seio dessa sociedade, isto é, se o código moral de uma sociedade afirma que certa ação é correta, então essa ação é correta, pelo menos nessa sociedade; C) Não há qualquer padrão objetivo que se possa usar para ajuizar um código social como melhor do que outro; D) O código moral da nossa própria sociedade não tem estatuto especial, é apenas um entre muitos; E) Não há uma "verdade universal" em ética, isto é, não há verdades morais aceitas por todos os povos em todos os tempos; F) É mera arrogância tentar julgar a conduta de outros povos. Deveríamos adotar uma atitude de tolerância face às práticas de outras culturas. Cf. RACHELS, James. *Elementos de Filosofia Moral*. Lisboa: Gradiva, 2004, p. **.

da realidade pelo agente cognoscente – com o que não se pode compactuar, sob pena de se negar a própria existência dos valores.

Mendonça⁶⁰, severo crítico do relativismo, expõe com clareza os riscos do subjetivismo axiológico:

Afirma-se com frequência que a moral é subjetiva, sem levar-se em conta que essa afirmação equivale a dizer que não existe moral. Afirma-se da mesma forma que a Justiça é subjetiva – *o que é Justo para um não o é para o outro* –, tese cuja gravidade importa em admitir que não existe justiça e que, portanto, o Direito seja apenas o resultado da vontade momentânea do poderoso.

Juan Manuel Teran⁶¹ também critica o relativismo ou subjetivismo apontando suas contradições intrínsecas:

Lo que sostiene la tesis subjetivista es que todo lo que los sujetos individualmente de acuerdo con su consciencia determinam, es válido. Bien; pero entonces puede resultar igualmente válido lo blanco que lo negro, el dar muerte a un sujeto o respetar sua vida, substraer los objetos, apoderarse de los biens ajenos, o respetarlos; porque todo dependerá de la actitud y determinación de los deseos de tal o cual sujeto. [...] Pero hay otra objeción al subjetivismo más radical. El subjetivismo implica esta proposición última: todo es relativo a las circunstancias de la subjetividad. Salta a la vista lo contradictorio de esta proposición, pues decir todo es subjetivo es establecer que la tesis misma es relativa, lo que la destruye⁶².

Em análise mais profunda, nota-se que a claudicância do subjetivismo axiológico reside na confusão entre os conceitos de *existência* e *percepção*. À medida que o ‘*objetivo*’ é aquilo que existe independentemente do agente cognoscente, e o ‘*subjetivo*’ é aquilo que criado pelo agente – tem-se de reconhecer o valor como dado *objetivo* e a sua vivência como *subjetiva*. O conceito

⁶⁰ MENDONÇA, Jacy de Souza. *op. cit.*, p.262.

⁶¹ TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1974, p. 205.

⁶² Em tradução livre: Sustenta a tese subjetivista que tudo o que os sujeitos determinam de acordo com sua consciência é válido. Mas daí, então, se tornariam indiferentes o preto ou branco, o assassinato de um sujeito ou o respeito a sua vida, apoderar-se de objetos alheios ou respeitá-los a propriedade, isto porque tudo dependeria da atitude e dos desejos deste ou daquele sujeito. [...] Mas há outra objeção mais radical ao subjetivismo: o subjetivismo implica em última proposição na assertiva de que ‘tudo é relativo’ às circunstâncias da subjetividade. Óbvio o contraditório desta proposição já que equivale dizer que tudo é subjetivo, e acaba por infirmar a própria higidez da proposição.

de belo é *objetivo* – enquanto aquilo que esteticamente agrada –, o que eu considero belo é *subjetivo*.

Quando determinada música nos agrada, atribuímos a ela a qualidade de boa, mas em verdade, porque boa esta nos agrada. O subjetivismo axiológico parte da falsa premissa que a ‘existência’ depende da percepção, quando em verdade o ‘*ser é*’, independentemente da percepção de sua existência pelo agente. Morente⁶³, adepto da teoria do subjetivismo axiológico, leciona que:

Os valores não são, mas valem. Uma coisa é valor e outra coisa é ser. Quando dizemos de algo que vale, não dizemos nada do seu ser, mas dizemos que não é indiferente. A não indiferença constitui esta variedade ontológica que contrapõe o valor ao ser. A não indiferença é a essência do valer.

Concorda-se com Morente quando da afirmação de que a essência do valor é a ‘não indiferença’, isto no sentido de que são os valores que impulsionam o agente cognoscente a tomar atitudes frente a certas situações – porque o sujeito hierarquiza o valor *x* face ao valor *y*, não aceitará que o valor *x* seja suplantado pelo valor *y*, e, logo, não permanecerá indiferente a isto. Porém, se discorda da assertiva de que os valores não são, mas valem. Repisa-se: o valor, em si mesmo, *é*. Ele *vale* para o agente cognoscente.

1.4.3 A Relação Entre Direito, Jurisdição e Valores.

Gomes leciona que o ‘fato’ da convivência humana tem como sustentáculo ‘a superação de necessidades’, e os objetos que propiciam a superação das necessidades ganham *valor*⁶⁴.

⁶³ MORENTE, Manuel García. *Fundamentos de filosofia: lições preliminares*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1966, p.296.

⁶⁴ Assim pontua o jusfilósofo: “O fato convivência não se dá por força do acaso e nem em razão de determinismos mecânicos. A consciência de não serem autossuficientes é que leva os homens em busca do suprimento de suas carências mediante a estruturação de vida social. E, assim, tudo o que atende à superação de necessidades ganha sentido como valor, desde os bens materiais básicos à vida e à saúde – alimentação, moradia, vestuário, meio ambiente equilibrado... – até aqueles mais abstratos, porém não menos importantes para o ser humano, tais como dignidade, liberdade, respeito, igualdade de oportunidades, afetividade, segurança, possibilidades de contínuo desenvolvimento”. Cf. GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional... op. cit.*, p.208.

Seria, portanto, o respeito às normas jurídicas – ao Direito – uma das formas de se garantir e salvaguardar os valores essenciais ao viver e conviver humano.

Em última análise, quando submetido determinado conflito à apreciação do Estado-Juiz – por intermédio da *jurisdição* – este conflito nada mais é do que uma disputa acirrada por ‘valores’⁶⁵.

E aqui se faz oportuno destacar o contrassenso em que incorrem aqueles que, vislumbrando justiça, rogam por um julgador ‘neutro’ em plena era do Estado Democrático de Direito. O que se espera é que o julgador conduza o feito de maneira *imparcial*, mas não que seja neutro, posto que o termo neutralidade remete a ausência de valores.

Defende-se que o Magistrado deve ser um homem de seu tempo, cultural e socialmente contextualizado, não devendo e nem podendo disto se olvidar no ato de decidir. E como fará isso? Pela observância dos valores da sociedade e o manejo destes na fundamentação de suas sentenças.

Dinamarco⁶⁶ observa que:

O processualista moderno sabe também que a imparcialidade não se confunde com neutralidade axiológica, porque o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas, que através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo. Agindo como canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e o caso concreto, o juiz não inova e não infringe o dever de imparcialidade.

Ao juiz, no exercício da jurisdição, cabe captar os valores implícitos e explícitos da sociedade da qual faz parte e dar a prestação jurisdicional de acordo com estes. A neutralidade axiológica não passa de mito a ser definitivamente extirpado do plano jurídico e especificamente do espaço de atuação do poder jurisdicional no contexto de um Estado Democrático.

Quando sentencia, o juiz valora fatos à luz de princípios e regras do ordenamento jurídico vigente, que nada mais são do que a positivação de valores

⁶⁵ Cf. GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz ... op. cit.*, p.23.

⁶⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do Processo. op. cit.*, p.79.

da sociedade. E quais valores da sociedade devem ter primazia no intelecto do magistrado, isto é, dirigir a conduta do magistrado ao decidir? A resposta é simples, no paradigma do Estado de direito, aqueles contidos na Lei Maior da nação. Note-se, por exemplo, o preâmbulo constitucional pátrio:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A busca pela pacificação social, num Estado Democrático de Direito, deve passar necessariamente pelo sopesamento dos valores da sociedade, repugnando-se a ideia de um julgador amarrado à mera subsunção do fato a norma.

É neste sentido que Varella⁶⁷ observa incumbir ao judiciário, como *tarifa mor*, a “preservação dos valores contidos no texto constitucional” e que GOMES⁶⁸ arremata asseverando que:

Aplicar o Direito’, em um Estado de Direito Democrático, significa ‘aplicar’ antes de tudo a ‘Constituição’. Diante desta, todos os poderes constituídos e demais leis devem se curvar. E para aplicá-la deverá o juiz interpretá-la, segundo os ensinamentos e princípios da ‘hermenêutica constitucional’, entendida como especialidade da ‘hermenêutica jurídica’, o magistrado muito se distancia daquela postura de falsa ‘neutralidade’ tão ao gosto da escola da exegese, para se tornar um autêntico concretizador dos ‘valores’ que são ao mesmo tempo, ‘os fundamentos’ e ‘objetivos’ do ‘Estado de Direito Democrático’. Sob a égide dos ‘princípios’ que orientam este, o Juiz torna-se um importante ‘sujeito ativo’ na ‘aplicação’ e ‘elaboração’ do Direito, ou seja, um efetivo participante da ‘construção de uma sociedade autenticamente democrática.

Ao julgador incumbe o dever de imparcialidade, mas também o de

⁶⁷ VARELLA, Marcelo Pinto. *Princípios norteadores da atividade jurisdicional em seu contexto político social*. São Paulo: Lex, 2001, p.5.

⁶⁸ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado De Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.59.

jamais se olvidar que detém poderes para o desempenho de uma função eminentemente interpretativa e valorativa, cujo resultado final se expressará por meio de uma sentença, na qual externará suas impressões íntimas acerca da verdade que entende presente nos fatos de que tomou conhecimento, e as consequências que devem estes produzir.

Portanova⁶⁹ pontua que “hoje, vê-se claro, o que se quer é um juiz participativo, comunicativo, atuante, dinâmico e com os pés na realidade. Em suma – um juiz cidadão”.

O juiz que pretenda ser neutro, indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que se apegue a um exagerado literalismo exegético tende, em verdade, a negar sua própria razão de ser, caindo no que Dinamarco⁷⁰ denominou de ‘ingênua crença de fidelidade ao Direito’.

Como agente estatal, tem o julgador a obrigação de decidir segundo as escolhas da sociedade, i.e., não pode olvidar que o Direito deve servir de veículo para a realização dos valores da sociedade que pretende reger.

1.4.4 O Valor Justiça

Semelhante aos *valores*, a abordagem do tema da *justiça* não é menos árdua. Conceituá-la ou defini-la, certamente, não está incerta no rol das tarefas de fácil lida. Como já asseverava Gusmão⁷¹, referindo-se a justiça como *ideia*:

Mais de vinte séculos de epeculação sobre essa ideia nos antecedem e, apesar de tudo, dela ainda temos uma noção vaga. Jamais a esgotaremos por não estar ela ao alcance da inteligência, não sendo, assim, conceituável. Dentro de uma situação histórica é possível idealizá-la. Nesse caso, justiça é uma situação. Fora dela, mantém-se virgem, intocável, inapropriável.

⁶⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.80.

⁷⁰ DINAMARCO, Candido Rangel, *A instrumentalidade do Processo ... op. cit.*, p.239.

⁷¹ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.87.

Mendonça⁷², corajosamente, empreendendo a definição do termo, assevera que o valor ‘justiça’ é modalidade do valor ‘bem’ à medida que se situa no plano da ação humana consciente e livre, servindo a realização de seus fins.

Pode-se perceber que o jusfilósofo desde logo atribui à justiça a natureza de *valor*. Ocorre que sua definição remete a outro valor – o *bem* – e daí então, necessário se faz, para compreensão do que pretende com isto dizer o autor, revisitar conceitos filosóficos clássicos.

Para Aristóteles⁷³ “o bem é aquilo para o qual todas as coisas tendem”, ou seja, para o pensador grego, o bem de uma coisa é o seu *fim*. Conclui o fundador do Liceu com a assertiva de que o ‘fim’ (telos) do ser humano seria a *felicidade – a vida plenamente realizada (eudemonismo)*.

De maneira que ao relacionar o valor *justiça* com o valor *bem*, contextualizando sua assertiva no pensamento de Aristóteles, Mendonça acaba por revelar que compreende o valor justiça como sendo ‘algo necessário à realização plena da vida humana’.

De outro vértice, diferentemente da hercúlea empreitada que é conceituar o que seja justiça, intuir-lhe é decorrência natural da existência, quanto mais quando sentido ou vivenciado seu desvalor – a *injustiça*.

Como bem observa Gomes⁷⁴ “a percepção do valor justiça, assim como os demais valores que dão sentido ao viver humano, independe da habilidade para uma discussão técnica e jusfilosófica sobre seu conceito”.

Até infantes, mesmo sem empreender a uma análise racional nem deterem condições de justificar de maneira lógica seu pensamento, frente a situações concretas lançam mão do termo *injustiça*. A injustiça, nestas oportunidades é geralmente aquilo que obstou a realização de uma satisfação pessoal.

Por certo que não se pretende aqui firmar a tese de que justiça seja qualidade daquilo que proporciona realização *pessoal*, até porque, partindo deste

⁷² MENDONÇA, Jacy de Souza. *op. cit.* p.299.

⁷³ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p.5.

⁷⁴ GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: ... op. cit.*, p.299.

norte, estar-se-ia afirmando que o valor justiça é subjetivo, quando, em verdade, se sustenta que os valores devem ser encarados como dados objetivos.

O que se vislumbra é considerar a ‘*justiça*’ desde logo como veículo de realização dos escopos do agrupamento social – nos moldes do que exposto supra.

Se encarada dessa forma, torna-se possível perceber que a multiplicidade de conceitos historicamente elaborados acerca do valor *justiça*, em verdade, tem o mesmo núcleo significativo.

Quando Sócrates afirma que justiça seria ‘a virtude por excelência que, se praticada, tornaria possível o Estado perfeito’, Pitágoras e Aristóteles a aproximam da noção de ‘igualdade’, Ulpiano a de ‘vontade de dar a cada um o que é seu’ e Tomás de Aquino a considera como ‘hábito de atribuir a cada um o que é seu’, todos pretendem, ao cabo, perfazer a ideia de um comportamento ou situação capaz de propiciar ambiente ordenado e pacífico, capaz de proporcionar plena realização humana (felicidade/eudemonismo aristotélico).

David Hume chega a afirmar que se existisse abundância de bens, suficiente à proporcionar realização pessoal de todos os membros da coletividade, olvidar-se-ia do valor justiça, posto que por mais ninguém este seria evocado⁷⁵.

Surge aqui, portanto, o ponto de contato entre o Direito e a Justiça. Se, como adrede apontado, (a) tem-se as normas jurídicas como regras e princípios cujo escopo é a pacificação social duradoura; (b) se é a justiça qualidade daquilo capaz de propiciar realização humana plena; e ainda (c) se só há plena realização se forem satisfeitas as necessidades humanas – inarredável que devem as normas jurídicas, o Direito, ser pautado pela justiça.

Como arremata Mendonça⁷⁶, não é a forma que faz com que o

⁷⁵ Assim afirma o autor: “Suponhamos que a natureza houvesse dotado a raça humana de tamanha abundância de todas as conveniências exteriores que, sem qualquer incerteza quanto ao resultado final, sem qualquer atenção ou dedicação de nossa parte, todo indivíduo se achasse completamente provido de tudo aquilo que seus mais vorazes apetites pudessem necessitar, ou sua faltosa imaginação pudesse pretender ou desejar. Parece óbvio que, em uma condição tão afortunada, todas as demais virtudes sociais iriam florescer e intensificar-se dez vezes mais; mas quanto à cautelosa e desconfiada virtude da justiça, dela não se ouviria falar uma vez sequer”. Cf. HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unicamp, 1995. p.35-36.

⁷⁶ MENDONÇA, Jacy de Souza. *op. cit.*, p.98.

Direito seja Direito, mas sim seu conteúdo, ou seja, a presença de um conteúdo no Direito que corresponda à realização da natureza humana.

1.5 JUSTIÇA: UMA QUESTÃO DE PERSPECTIVA

O estudo da história jurídica permite constatar que há uma cizânia doutrinária acerca da justiça, não só no que toca à sua definição, mas também no que toca a forma de vivenciá-la.

A dicotomia, neste sentido, se estabelece entre os que a tomam em sua vertente formal e os que só a reconhecem na vertente material.

1.5.1 A Dualidade Justiça Formal x Justiça Material

Para os adeptos do *formalismo*, justiça se estabelece na existência de uma Lei e de uma estrutura para sua aplicação. Caracterizadora, portanto, de um Direito justo seria a presença no sistema jurídico dos elementos de *validade, certeza e segurança*.

A seu turno, para os adeptos da justiça em sua vertente *material*, a justiça está além da Lei. Não residiria a justiça em cumprir cegamente com o comando legislativo, antes, esta só se estabeleceria com a *correta* distribuição dos bens da vida aos cidadãos segundo normas supra legais. Na máxima de Chiovenda⁷⁷, só com a entrega ao jurisdicionado daquilo, e tudo aquilo que ele tem direito de obter, é que se teria realizado a justiça.

Este embate entre as formas de vivência da justiça não é novo. Sófocles na tragédia *Antígona*⁷⁸, no século IV a.C., expôs o dilema sofrido por quem tem de escolher entre obedecer a uma lei formalmente válida ou proceder à conduta que acredita correta pelo prisma de seus valores.

No drama grego, Creonte, o imperador, ao impor norma que

⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v.1. p.67.

⁷⁸ SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução e versão do grego de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

determinava que seu adversário político Polinices não poderia ser enterrado, submeteu a irmã deste, Antígona, ao impasse de cumprir a norma e proceder de maneira conforme ao Direito posto, ou seguir a *norma justa* inserta pelos deuses em seu coração e sofrer a punição capital cominada.

Vai-se além; para não dizer que a dualidade *justiça formal x material* cingiu-se ao passado remoto e/ou tão somente à dramaturgia, pode-se avocar os regimes do nazismo e do *apartheid* onde os ‘diferentes’ poderiam e deveriam ser discriminados, ter solapados seu direitos mais comezinhos como a dignidade e até mesmo a vida, tudo visto como *justo* perante a Lei.

De uma lado a *legalidade* do regime, de outro o confronto com toda uma gama de *valores*. É o embate entre o *formalismo* e o *essencialismo* no Direito⁷⁹, que se por décadas vencidos pelo primeiro, passa a ter agora outra conformação pela construção do Estado Democrático de Direito.

Como se exporá doravante, frente a esta querela – *formalismo x essencialismo* –, defende-se que o intérprete não deve pender nem tanto ao céu nem tanto ao mar. A ele cabe a penosa tarefa de manter em equilíbrio, conjugar estas duas vertentes do pensamento jurídico, manter-se apumado ao horizonte. Mas como?

1.5.2 Justiça Formal

O formalismo jurídico pode ser dividido entre as vertentes *objetivista* e *subjetivista*, consoante deem ênfase os juristas à validade ou eficácia do Direito.

Na linha objetivista, o formalismo jurídico é também denominado *legalismo*. Para quem adota esta corrente, não existem celeumas valorativas no Direito. Só há preocupação com a validade das normas insertas no ordenamento. É dizer, o foco da análise do jurista é a adequação da lei à lei, i.e., se há respeito a hierarquia normativa, se o ente que a insertou no sistema era competente para tanto e se esta é coerente com o sistema vigente.

⁷⁹ MENDONÇA, Jacy de Souza. *op. cit.*, p.87.

Os *legalistas*, como Demolombe, Planiol e Bugnet⁸⁰, no campo de atuação jurisdicional, seguem as linhas traçadas por Montesquieu⁸¹, para quem ao magistrado cabe tão somente reproduzir o mandamento legal - “*la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”. Neste plano não existe discussão acerca da ‘*justiça*’ no conteúdo das normas jurídicas.

Já para os formalistas adeptos à linha subjetivista além da validade deve ser considerada a eficácia das normas, ou seja, se estas são observadas pela sociedade. Exponentes desta corrente são o italiano Giorgio Del Vecchio⁸² e o austríaco Hans Kelsen⁸³.

Seja qual for a vertente, os formalistas, agrupados sob a denominação genérica de *positivistas*, e esse é o ponto, ênfaticam a forma. Para os positivistas, Direito é direito posto. É Direito aquilo que o ente competente para tanto diz ser Direito^{84;85}.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o positivismo representa, na ambiência jurídica, a tentativa de compreensão do Direito como fenômeno social objetivo. Um método pelo qual se compreende o Direito como tão somente a ordem decorrente de Lei imposta pelo soberano. Nas palavras de Ballesteros⁸⁶: “*el positivismo jurídico nace del esfuerzo de transformar el estudio del derecho en una verdadera y auténtica “ciência” que tenga los mismos caracteres de las ciencias*

⁸⁰ MENDONÇA, Jacy de Souza. *op. cit.*, p. 90.

⁸¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.162.

⁸² VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do Direito*. Tradução de Antônio José Brandão. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1959.

⁸³ KELSEN, Hans. *op. cit.*

⁸⁴ CARVALHO aponta que “A expressão ‘direito posto’, a princípio, parece redundante, pois para todos aqueles que adotam uma posição Kelsiana não existe outro direito, senão o posto”. - CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico semântico*. São Paulo: Noeses, 2009, p.77.

⁸⁵ BILLIER e MARYOLI comentando acerca do formalismo de Kelsen asseveram que “Com o efeito, o dever-ser das normas jurídicas no sistema de Kelsen é dotado de significação objetiva de um ato de direito, que lhe confere, em última instância a norma fundamental. Esta significação é puramente formal, porque é relativa exclusivamente ao modo de criação das normas jurídicas. A questão da validade, em termos Kelsianos, é identificada com a legalidade de seu exercício.” Cf. BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p.194.

⁸⁶ BALLESTEROS, Jesus. *Sobre el Sentido del Derecho*. Introduccion a la Filosofia Juridica. 3. ed. Madri: Tecnos, 2007, p.43.

físico-matemáticas, naturales y sociales”.

Kelsen⁸⁷, por exemplo, ao comparar a ordem de pagamento de determinado *quantum* dada ao cidadão por um gângster à ordem de pagamento dada por um oficial do fisco, assevera que estas *subjetivamente* teriam a mesma implicação, sendo que o que as diferenciaria no plano jurídico seria tão somente a existência de um respaldo normativo hierárquico superior na ordem emanada pelo oficial de rendas. Segundo o *exponente maior* do positivismo:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico ou de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta.

Na definição de Bobbio⁸⁸:

O positivismo jurídico concebe o direito como um fato e não, com um valor. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos sociais em tudo análogo àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem juspositivista o termo “direito” é então absolutamente *avalorativo*.

Quando se afasta da análise da juridicidade de um comando legal a temática de seu conteúdo, pulula ao mais leigo dos intérpretes que, em último grau, está a se dizer que ao Direito pouco importaria a *justiça*. A ideia de justiça pode até nortear a atividade do ente legiferante, mas ao Direito em si, seria insípida a qualidade de justo.

O extremo do positivismo, no sentido de se supervalorizar os elementos certeza, segurança e validade é tal, que sustentava Gustav Radbruch^{89;90}

⁸⁷ KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 135.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigue. São Paulo: Ícone, 1995, p.131.

⁸⁹ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em <www.fortium.edu.br/>. Acesso em: 20.10.2012 p.30-31.

⁹⁰ Anos depois, após vivenciar as angústias da segunda grande guerra, RADBRUCH altera seu pensamento – o que permite afirmar, uma vez mais, que o verdadeiro significado de justiça, emerge do sofrimento de uma injustiça.

que a segurança jurídica, garantida pelo Direito positivo justificaria a vigência dele, mesmo quando injusto fosse, isto dada a importância da certeza da lei. Para o jurista, em sua fase positivista, “*sem esta [certeza], ela [a Lei] deixa de ser justa*”.

1.5.3 Justiça Material

Se disse há pouco que para os defensores da justiça em sua vertente material, linha a qual se perfilha este estudo, a justiça está além da Lei. Mas que fique claro que isto não implica a ideia de revolução total, de quebra absoluta com o sistema contraposto, o formal-positivista.

Tal qual a vertente formalista está umbilicalmente ligada a corrente positivista, a ideia de justiça material que este estudo se propõe a desenvolver está ligada a corrente pós-positivista do Direito e, nesta senda, Guerra Filho⁹¹ bem expõe que o prefixo ‘pós’ deve apontar para uma ideia de ultrapassagem, superação e não de oposição, posto que “*fazer isso seria colocar-nos em uma posição anterior àquelas [ideias] defendidas na modernidade e pelo positivismo, quando na verdade se pretende buscar o que está mais para além de ambos*”.

De modo que, em contraposição a Kelsen, sustenta-se que o conteúdo do Direito se revela sim de extrema importância no contexto de sua aplicação, posto que esta não deve olvidar do ideário de justiça adrede desenvolvido.

Defende-se, tal qual assevera Mendonça⁹², que “*não é a forma que faz com que o Direito seja Direito, mas sim seu conteúdo, ou seja, a presença de um conteúdo que corresponda à realização da natureza humana*”.

Para os defensores da justiça material, a perfeição da forma não tem o condão de transformar injustiça em justiça. Foi seguindo a máxima de ‘*sofrer a injustiça para enxergar a justiça*’, após ter de se exilar em Londres por ser reputado ‘*pessoa indigna de confiança*’ pelo regime totalitário nazista, que Radbruch⁹³, antes ferrenho positivista, acaba por reconhecer isto e asseverar que:

⁹¹ Apud GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional: um ... op. cit.*, p.217.

⁹² MENDONÇA, Jacy de Souza. *op. cit.*, p.96.

⁹³ Idem, *ibidem*, loc. cit.

As manifestações de vontade do Estado, quando careçam de um dos requisitos que configuram o Direito, são apenas sinais de força, sem natureza jurídica. Assim, as disposições do governo, que, por exemplo, reneguem deliberadamente a natureza do Direito ou não pretendam fazer justiça, serão emanações de poder, mas não autênticas normas jurídicas.

O pós-positivismo entende a necessidade da forma no direito, mas também enxerga que este não se resume naquela. De igual maneira, a corrente pós-positivista realça a importância da conformidade das Leis à escala hierárquica normativa, mas não a uma escala hierárquica fictícia ou hipotética.

O respeito hierárquico, pelo viés do pós-positivista, se estabelece enquanto for observada na elaboração e aplicação das leis o que determinado pela Constituição – mas não a Constituição simplesmente vista como Lei ocupante de degrau mais elevado na *pirâmide normativa* – antes, a Constituição como norma repositória dos valores preponderantes, dos valores que os membros da sociedade vislumbram ser aptos a propiciar condições de desenvolvimento humano pleno.

Definindo o *pós-positivismo*, leciona Luís Roberto Barroso que este designa:

Um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e a Ética. A estes elementos deve-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo.

Por tudo isto é que o pós-positivismo altera sensivelmente o prisma de estudo do Direito. É que agora, se reconhecendo por jurídica a norma pela sua essência e não por sua forma⁹⁴, torna-se premente dar primazia à formação do

⁹⁴ PARGA leciona que “También podemos identificar un significado más restringido por contraste al de mayor amplitud de este término. Desde este punto de vista el concepto de justicia hace referencia a la justicia legal. O que los es lo mismo se confunde con la legalidad, en tanto en cuanto es sinónimo de Derecho o de aplicación judicial del derecho. Llamo a este uso improprio porque no considera la justicia como valor independiente. Mientras que el que denomino propio es el que sí lo hace, entendiendo que la justicia no es el ordenamiento sino una cualidad de él”. Cf.

intérprete do Direito.

É ele – o intérprete - quem efetivamente aplicará o Direito – e não simplesmente o declarará segundo consta da Lei, como pretendiam os exegetas e pandectistas, num exercício maquinal de subsunção do fato à norma.

Conhecer do conflito e conduzir o processo do modo a apontar-lhe a solução mais condizente com a principiologia constitucional, estabelecendo, dessarte, a escala valorativa a ser aplicada ao caso concreto, não são tarefas autômatas.

Para o cumprimento de seu mister, o agente imbuído de poder jurisdicional deve, obrigatoriamente, mergulhar no universo axiológico da sociedade na qual está inserido, realizando, por intermédio da interpretação, a subsunção do fato à norma jurídica.

Consoante leciona Salgado⁹⁵, a justiça material é resultado da interpretação, posto que é na satisfação do sujeito de direito que a ideia de justiça deixa de ser abstrata para se tornar justiça em ato e concreta. O processo decisório complementa Mendonça⁹⁶, conduz o intérprete “além das fronteiras da formalidade” eis que exige a contemplação do justo.

Retoma-se a questão para fechamento da primeira parte deste trabalho: se o intérprete atual deve se postar como fiel da balança, ponderando entre a formalidade e a materialidade para aplicação do Direito, vislumbrando assim alcançar o justo como consequência de suas decisões, como deve este proceder? A resposta: agindo com prudência.

1.6 A TEMÁTICA DA PRUDÊNCIA

PARGA, Milagros Otero. *Valores Constitucionales*. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica. Espanha: Universidade de Santiago de Compostela, 1999. p.79-80.

⁹⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Fundamentação e aplicação do Direito como *maximum ético*. Del Rey. Belo Horizonte, 2006. p.147.

⁹⁶ O jusfilósofo assevera que: “O ato de julgar não equivale ao mecanismo das máquinas automatizadas que, ao receberem uma moeda, entregam determinado produto. Os encarregados da aplicação das leis em uma comunidade têm necessidade de interpretar os textos legais para ajustá-los a realidade que apreciam, precisam superar antinomias e preencher lacunas. Este processo remete-os além das fronteiras da formalidade, pois deles exige a contemplação do justo a ser implantado, Neste momento, esses inserem no processo decisórios sua própria escala de valores e sua apreciação axiológica das situações humanas”. Cf. MENDONÇA, Jacy de Souza. *op. cit.* p.98.

Aristóteles em sua obra *Retórica* alude à prudência como a “virtude da inteligência mediante a qual se pode deliberar adequadamente sobre os bens e os males que falamos em relação à felicidade”^{97;98}.

Deliberar⁹⁹, significa ‘decidir ou resolver mediante exame ou discussão’. Assim, de pronto, já se afigura que o primeiro aspecto do agir prudencial é a tomada de decisões como fruto de uma análise multifacetária do objeto cognoscente, pois é esta que permite alcançar a melhor solução *prática* do problema enfrentado.

Não foi Aristóteles o primeiro filósofo a se dedicar a prudência (*phronesis*). Consoante nos narra Mendonça¹⁰⁰ tanto na *Ilíada* quanto na *Odisséia*, Homero apontava a necessidade do indivíduo portar-se de modo adequado, segundo sua função na sociedade, sob pena de incorrer no excesso (*hybris*).

Na *Ilíada*¹⁰¹, o ‘educador da Hélade’ aponta Nestor, o rei de Pilos, como um homem prudente, pois este ao analisar o conflito entre Aquiles e o imperador Agamenon aponta como sua causa o excesso. Excesso de Agamenon ao se apropriar da escrava de Aquiles, e o excesso deste quando se insubordina e abandona a batalha, desobedecendo o Imperador.

O templo de Delfos, onde se cultuava o deus Apolo na Grécia antiga – séc. VII a.C. – trazia em seu pórtico as máximas “Conhece-te a ti mesmo” e “Nada em excesso”. Já se extrai daí a importância que davam os antigos a consciência do indivíduo a respeito de seu lugar no *cosmos*, de maneira a enfrentar questões práticas de modo correto, sem exceder seus limites humanos.

Destarte, agir com prudência implica também conhecer a ordem do mundo e o que esta exige em cada situação. Contextualizando com o drama *Antígona*, vê-se que Creonte cai em desgraça ao incorrer na *hybris*. Creonte não

⁹⁷ Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p.76.

⁹⁸ Para compreensão cabal da assertiva é necessário não olvidar que ARISTÓTELES relaciona a *felicidade* a plena realização humana.

⁹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

¹⁰⁰ MENDONÇA, Jacy de Souza. *op. cit.* p.158/159.

¹⁰¹ HOMERO. *Ilíada*. Tradução de Manuel Odorico Mendes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org>>. Acesso em: 24.09.2012.

conseguiu entender que, ainda que o direito penal ateniense permitisse a pena de privação de sepultura, *naquele específico caso*, impedir Antígona de proceder ao enterro de seu irmão era um excesso.

Para Aristóteles o homem é ser teleológico, que busca sua realização plena (*eudemonismo*). Para alcançar tal *telos* deve o indivíduo, então, submeter seus instintos e impulsos à orientação da razão, de modo que aquilo que colabora para o homem atingir seu desiderato deve ser realizado, tal qual deve ser evitado aquilo que o impede.

Na síntese de Aubenque¹⁰²:

Para alcançar a medida da ação que é o justo meio, é necessário um tipo de saber prático, que determine, em cada caso concreto, qual o justo meio que deve ser realizado. Um tipo de saber que não esteja voltado à determinação da essência do bem (tarefa da filosofia), mas à determinação do que é bom aqui e agora, considerando todas as circunstâncias. Esse saber prático é a *phronesis*.

A questão que ora se põe, então, é: *como alcançar o justo meio?*

Como agir imbuído de prudência?

1.6.1 A 'Nova' Hermenêutica Jurídica

A palavra *hermenêutica* deriva do grego 'hermēneuein' esta, por sua vez, ligada a mitologia daquele povo, especificamente ao deus Hermes, responsável pela comunicação entre os demais deuses do Olimpo e os homens¹⁰³.

Heidegger¹⁰⁴ define a hermenêutica como sendo "o estudo do compreender". O compreender da significação do mundo, este enxergado como uma rede de relações e possibilidade de relações – compreender seria empreender busca por sentidos.

E daí o ponto de contato entre a hermenêutica, o Direito e a

¹⁰² *Apud* BARZOTTO, *Filosofia do Direito*. Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.163.

¹⁰³ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional e Constituição no Estado de Direito ... op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁴ *Apud* HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito* (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico político). 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.8.

prudência: o indivíduo, almejando agir com prudência, alcançar o justo meio, deve, como aludido, empreender a uma análise multifacetária do objeto cognoscente, buscar conhecer a multiplicidade de sentidos¹⁰⁵ possíveis de serem atribuídos a tal objeto para, assim, encontrar a resposta mais adequada ao caso concreto enfrentado.

Na seara do Direito, fala-se em hermenêutica jurídica como a busca, dentre os vários sentidos possíveis de um texto jurídico-normativo, por aquele que melhor corresponda aos critérios de razoabilidade e justiça – isto na ambiência do mundo fenomênico¹⁰⁶.

No esforço de superação do modelo positivista e a consequente insuficiência dos métodos interpretativos a ele correlatos – que se contentavam com uma interpretação sistemática e isolacionista do Direito –, a partir de meados do século XX, a doutrina jurídica passa a se debruçar sobre ‘novos’ sistemas interpretativos, dentre eles podendo-se ressaltar a *tópica* de Viehweg, a *retórica* de Perelman e da *lógica do razoável* de Siches¹⁰⁷.

O alemão Theodor Viehweg¹⁰⁸ revisita os pensamentos aristotélicos, e expõe a necessidade da dialeticidade no Direito, de uma argumentação que parta de “lugares comuns” – *tópoi* – do pensamento jurídico, *v.g.* boa-fé, fins sociais, ordem pública, bem comum etc., e que possibilite, frente ao caso concreto, atingir-se a melhor maneira de aplicar as normas jurídicas¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cf. GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional - op. cit.* – em que o Autor aponta o homem como ser hermeneuta, de incertezas e possibilidades em busca de sentidos.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Se assinala ‘novos’, entre aspas, dado que em verdade essas teorias nada mais são do que releituras de pensamentos filosóficos clássicos, relegados pelo positivismo e que, agora, ganham novo impulso e se renovam à luz dos Estados Democráticos.

¹⁰⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos. Tradução de Kelly Susane Afllen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

¹⁰⁹ Explica Margarida Maria Lacombe Camargo que “A *tópica* tem como objeto os raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras, porque sua base encontra-se em opiniões amplamente aceitas. O problema constitui-se no centro da órbita em que giram os raciocínios, servindo de atração e guia. O problema possibilitaria, assim, a coesão do argumento, processado com base na ‘inventio’, O problema, por si, comporta mais de uma resposta; mas, na verdade, espera-se, para ele, uma única solução: aquela que lhe for mais adequada. Podemos dizer que a *tópica* permite que os diversos focos de luz que possam iluminar o problema incidam sobre ele”. Cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma contribuição ao estudo do Direito. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001, p.157.

Perelman¹¹⁰ com sua *nova retórica*, busca um raciocínio capaz de lidar com as incertezas na busca por soluções. Neste norte, retoma a antiga retórica, mas agora dando-lhe uma nova roupagem, pela qual esta se dedica mais a problemática da relatividade e dos valores do que aos ornamentos da oratória.

O catedrático de Bruxelas assinala que a busca da ‘verdade’ pressupõe o diálogo, e daí a nova retórica, que por intermédio da dialeticidade e do discurso persuasivo, se apresentaria como a lógica dos juízos de valor¹¹¹.

Coube a Luis Recaséns Siches¹¹² a pormenorização da *lógica do razoável*. O jusfilósofo espanhol inicia sua obra asseverando a inaptidão da lógica formal para os juízos de valor típicos da seara jurídica, posto que diferentemente das proposições matemáticas, as normas jurídicas não possuem validade intrínseca, nem descrevem fatos, mas antes são instrumentos práticos, elaborados pelo homem para a concretização, na realidade social, daquilo concebido como justo e adequado.

Como assinala Tomaszewski¹¹³, para Siches, ao contrário do que ocorre com a lógica da inferência, de caráter neutro e explicativo, “a lógico do razoável procura entender os sentidos e nexos entre as significações dos problemas humanos e, portanto, dos políticos e jurídicos, assim como realiza operações de valoração e estabelece finalidades ou propósitos”.

Em síntese, prega Siches, consoante esclarece Coelho¹¹⁴, que as questões humanas necessitam de soluções humanas – soluções razoáveis, sendo secundário se estas seguem ou não as premissas da lógica formal.

¹¹⁰ PERELMAN, Chain. *La logica jurídica y la nueva retorica*. Madri: Civitas, 1988.

¹¹¹ Esclarece Margarida Maria Lacombe Camargo que “na realidade, a grande contribuição de Perelman para a filosofia tem origem no franco descontentamento que demonstrou em não conseguir resolver, de forma totalmente satisfatória, com os instrumentos da lógica formal, a questão da ‘justiça’”. *op cit.*, p.190.

¹¹² SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al Estudio Del Derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1985.

¹¹³ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Lições Fundamentais de Direito: Negócios Jurídicos*. Londrina : Universidade Estadual de Londrina, 2006, v.2. p.12.

¹¹⁴ COELHO, Luis Fernando. *Lógica Jurídica e interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

1.6.2 O Intérprete Prudente

Prudente, portanto, é o intérprete que se abre ao conhecimento, que pondera não só o problema que lhe é dado solucionar, de forma isolada, mas também o contexto paradigmático no qual este está inserido.

A prudência do intérprete permite que a decisão por ele apontada não seja só correta do ponto de vista técnico-abstrato, mas também pelo viés prático-concreto.

Necessita ficar claro que na ambiência jurídica não existe uma saída única para os conflitos que são levados ao apreço do Estado-Juiz, mas, frente ao caso concreto, “há sim, soluções desastrosas a serem evitadas pelo intérprete, devendo este se esforçar para encontrar a melhor solução possível”, consoante aduz Freitas¹¹⁵.

Expõe Gomes¹¹⁶ que o Estado Democrático de Direito, como paradigma atrelado ao pós-positivismo, torna necessária a construção de “um novo conhecimento jurídico”, que seja habilitado a lidar com questões axiológicas e sociais, que permitam a percepção de que:

A compreensão a respeito do que é Direito está ligada a um modelo de “saber jurídico” predominante em determinada época; A concepção do que seja “ciência jurídica” depende de um conjunto de fatores que caracterizam o modo e os horizontes do pensamento em geral de onde brotam os conceitos; e novos fatos sociais, novas descobertas, mudanças de paradigmas políticos e econômicos ocorrem em sincronia com novos modelos epistemológicos que, por sua vez, abrem novos campos à interpretação e compreensão, seja no campo do que se denomina “realidade”, seja no âmbito da natureza, seja no da cultura humana, inclusive das dimensões que se identificam com o sagrado.

Enfim, o solipsismo da razão não se coaduna com o manejo *prudente* do Direito. Este último requer cognição *adequada* dos fatos, com observância e percepção da realidade social em que estes se dão. Enfim é

¹¹⁵ FREITAS, Juarez. *Existe a única resposta jurídica correta?* Apud GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional: Um contributo ... op. cit.*, p.106.

¹¹⁶ A GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional, Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. op. cit.*, p. 200.

necessária contextualização do intérprete com o universo em que está inserido¹¹⁷.

Daí narrarem Bittar e Almeida¹¹⁸ que a tendência mais moderna das teorias jurídicas é relevar a *vivência da experiência* jurídica, elevar a justiça ao patamar de *ratio essendi* do Direito, em contraposição ao apego formalístico do positivismo jurídico.

Retomando a ideia adrede suscitada, o intérprete jurídico deve, então, funcionar como 'fiel' da balança, mirar ao horizonte na dualidade céu e mar.

No pós-positivismo da era Democrática deve o hermeneuta, tanto quanto possível, buscar a realização da justiça em sua vertente material, superando o exagerado apego formalístico do positivismo (*hybris*). Contudo, ao fazê-lo, não deve e nem pode menosprezar, por exigência da prudência (*phronesis*), a segurança e a certeza jurídica necessárias à manutenção da ordem social.

¹¹⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *op. cit.*, p.71-72.

¹¹⁸ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *op. cit.*, p.429.

2 COGNIÇÃO ADEQUADA E TUTELA JURISDICIONAL QUALIFICADA

Retomando a temática do conflito e de suas formas de solução, traz-se à baila a seguinte questão: a mera existência da jurisdição – e de todo mecanismo processual a ela inerente – implica estarem resolvidas as angústias do cidadão envolvido em litígio? Equivale questionar, para o atingimento dos escopos vislumbrados pela existência de um ordenamento jurídico, basta a existência da jurisdição ou necessária seria a existência de um *plus* eficaz?

O capítulo ora iniciado vislumbra apontar soluções a tais questões.

2.1 TUTELA JURÍDICA E TUTELA JURISDICIONAL

É corriqueiro se encontrar nos ‘manuais’ de Direito a assertiva de que o escopo da jurisdição é ‘prestar tutela ao ordenamento jurídico’, ou ainda, ‘que cabe ao magistrado prestar a tutela jurisdicional’. De igual forma, comumente se encontram citações exaltando a característica dos diplomas legais de ‘tutelar direitos subjetivos’. Assim, neste mar de ‘tutelas’, a fim de aclarar e aprimorar o uso da expressão, se mostra de bom tom empreender a diferenciação entre tutela jurídica e tutela jurisdicional.

‘Tutela’, em sentido amplo, significa resguardar, dar proteção, velar por algo¹¹⁹, e tal significado não desborda muito do que lhe é dado em âmbito jurídico.

Quando o legislador edita leis que criam ou reconhecem a existência de certos direitos subjetivos, em regra não se limita tão somente a fazê-lo. Vai além, prevê também mecanismos para a defesa destes direitos. A esta proteção da lei aos direitos subjetivos, dá-se o nome de tutela jurídica.

Por sua vez, no exercício da jurisdição¹²⁰, o magistrado atua visando realizar no mundo fenomênico a tutela jurídica. A concretização da tutela jurídica

¹¹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *op. cit.*

¹²⁰ Que como anteriormente aludido é, ao mesmo tempo, expressão de poder, desempenho de atividade e exercício de função estatal.

pelo Estado, personificado na figura do juiz, é denominada de tutela jurisdicional¹²¹.

Em definição de Bellinetti¹²² tutela jurisdicional é a “atividade estatal que, apreciando uma pretensão e visando resolver um conflito jurídico de interesses com o caráter de substitutividade, oferece proteção aos direitos subjetivos e qualquer forma de atuar lícito”.

Interessante anotar, ainda, que o jurista paranaense no desenvolvimento de sua tese de doutoramento assevera que deve ser feita distinção entre a atividade jurisdicional e a tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional compreenderia o conjunto de atos concatenados desenvolvidos pelos órgãos do judiciário – juízes e tribunais – no desempenho de sua função. A tutela jurisdicional, no entanto, só seria prestada quando fosse reconhecido, no bojo do processo, que a situação beligerante trazida pela parte ao conhecimento do Estado se subsume a uma hipótese normativa – i.e., quando fosse reconhecida a existência de um direito subjetivo carente de proteção^{123,124}.

¹²¹ BELLINETTI expõe que “a faculdade de agir autorizada pela ordem jurídica, com a finalidade de proteção a um interesse reconhecido por esse ordenamento é amparada pelo Direito, e a essa proteção dá-se o nome de tutela jurídica. [...] Modernamente, com o estabelecimento da chamada divisão funcional do poder, criou-se uma função específica para a solução dos litígios, denominada função jurisdicional, e com ela surgiu a denominação típica para a atuação estatal solucionadora dos conflitos - tutela jurisdicional. Cf. BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança Coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro*. 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p.57.

¹²² Idem, ibidem, loc. cit.

¹²³ A este ponto da tese de BELLINETTI pode-se denotar que o jurista se perfilha à corrente processual que entende só haver prestação de tutela jurisdicional quando for dada procedência a Demanda proposta. Há uma segunda corrente, a qual se perfilha v.g. DINAMARCO, que entende que toda vez que houver manifestação final meritória do órgão judiciário haverá prestação de tutela jurisdicional, ainda que esta seja de improcedência, *in verbis*: “Os resultados do processo de conhecimento são muito variados, seja porque a tutela jurisdicional será concedida àquele que tiver razão e não necessariamente ao autor, seja porque os efeitos do julgamento incidem de modos diferentes conforme a situação posta diante do juiz e as regras de direito material pertinentes”. Há ainda uma terceira corrente, que entende que a tutela jurisdicional sempre será prestada a Demandante e Demandado, isto porque o Estado, ao assegurar ao Demandado ingerência patrimonial justa e razoável, estaria lhe prestando tutela. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, V.3 p.197; e MESQUITA, Eduardo Melo. *As tutelas Cautelar e Antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *passim*.

¹²⁴ FAZZALARI também diferencia a prestação de tutela jurisdicional no julgamento de procedência de uma ação do mero desempenho de atividade jurisdicional quando julgada improcedente uma ação. O processualista italiano assevera que “esclarecimento à parte merece, entretanto, a hipótese em que o juiz, exatamente porque desenvolvido o processo, se convence de que não concorrem para o caso concreto as circunstâncias às quais a lei conecta o dever dele de emitir um provimento jurisdicional, refuta-se a emiti-lo, isto é, recusa a demanda voltada justamente para

Esclarecidas estas premissas já se pode principiar a responder a questão anteriormente posta: a existência da jurisdição só pode ser tida como suficiente à superação das angústias daqueles que a ela se socorrem, se adotada a concepção de que tem esta por fim concretizar a tutela jurídica. Implica dizer, o processo como instrumento da jurisdição não deve cingir-se a meramente declarar, limitar-se a subsumir fatos à normas, mas possibilitar ao cidadão obter aquilo que, não fosse o Estado vedar, perscrutaria ele próprio por intermédio e na medida de sua força.

Como assevera Mesquita¹²⁵:

Entendemos que a tutela jurisdicional não é a simples outorga do provimento jurisdicional, em resposta ao direito de ação, pois nossos dias não se compadecem com tecnicismos indesejáveis que não atendem àqueles que almejam efetivos resultados, ou seja, a satisfação integral de suas pretensões alicerçadas no direito. Deve o processo civil moderno, ser um 'processo civil de resultados'.

Pretende-se firmar neste estudo a concepção de que a existência da jurisdição – se entendida esta meramente como atividade de examinar e apontar soluções aos conflitos que lhe são levados a apreço – é insuficiente aos fins sociais que lhe são dados.

Resolvidas estarão as aflições dos cidadãos – e, portanto, realmente pacificados os litígios – quando as pretensões aduzidas ao Estado-juiz forem satisfeitas por intermédio do exercício da jurisdição e do manejo de seu instrumento o processo. Como leciona Couture¹²⁶, só se pode ter por verdadeira prestação de tutela a satisfação dos fins do direito, com a realização da paz social. Este é o *plus* eficaz referido no introito deste tópico. A tutela jurisdicional não basta se não for uma tutela *qualificada*, ou seja, satisfativa e tempestiva.

Satisfação e tempestividade são, portanto, as palavras-chave para

obtê-lo. A 'recusa' não tem o conteúdo nem a eficácia do verdadeiro e próprio provimento jurisdicional, não tem efeitos externos ao processo, na esfera 'substancial', isto é, no patrimônio das partes: a 'recusa' é, de fato, a negação do provimento jurisdicional. Todavia, também a 'recusa' entra no conceito de jurisdição, na mesma medida e pelas mesmas razões pelas quais entram as outras atividades componentes do processo. Cf. Fazzalari, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.143.

¹²⁵ MESQUITA, Eduardo Melo. *op. cit.*, p.161.

¹²⁶ COUTURE, Eduardo. *op. cit.*, p.479.

escorreito desempenho da jurisdição pelo Estado nos tempos hodiernos. Satisfatividade no sentido de obter o jurisdicionado, por intermédio do acesso ao judiciário, aquilo que lhe era de Direito já estar usufruindo não fosse a conduta antinômica da parte adversa. Tempestividade na acepção de que esta satisfação não pode se dar a destempo, quando na prática já restar ineficaz ao jurisdicionado. Faz-se necessário ter sempre em mira que a jurisdição não é um fim em si mesmo, antes é expressão de poder, função e atividade teleológica.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a norma insculpida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal deve ser interpretada de forma a se compreender o exercício da jurisdição não só como mera atividade de reconhecimento estatal de que sobre determinados fatos havidos no mundo fenomênico se aplicam consequências jurídicas, mas sim como o exercício de um poder-dever do Estado-juiz de velar para que, subsumidos os fatos à normas jurídicas, as consequências por estas previstas devem efetivamente ser operadas no mundo fenomênico, sentidas pelo jurisdicionado.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À COGNIÇÃO ADEQUADA

Para prestar a tutela jurisdicional qualificada, é fundamental que o Estado-juiz conheça adequadamente dos fatos que lhe são levados a conhecimento. Equivale dizer, bem resolver conflitos implica bem entendê-los.

Denomina-se cognição a atividade desempenhada pelo magistrado de conhecer das razões que lhe são levadas a apreço pelos jurisdicionados via demanda. De pronto, portanto, já se percebe que não se trata de tarefa mecanicista, passível de ser realizada de modo autômato. Antes, é atividade pensante por excelência, que requer para obtenção de resultado satisfatório extrema capacidade intelectual e técnica do julgador. Justamente por isto o tema da cognição é, sem dúvida, um dos mais interessantes na senda da ciência processual.

Atribui-se em solo pátrio a Kazuo Watanabe o primeiro trabalho de fôlego dedicado a esta temática, no qual se empreendeu a sistematização desta

técnica. Na obra '*Cognição no Processo Civil*¹²⁷', o jurista expõe que a cognição:

[...] é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce – o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

Segundo o professor paulista são dois os planos de exercício da cognição: *horizontal* e *vertical*. No primeiro, horizontal, o foco é dado à amplitude do que alegam as partes, no segundo, plano vertical, à profundidade da análise que será desenvolvida pelo julgador.

Tentando tornar mais claro: na vertente horizontal o magistrado toma conhecimento sobre 'o que se discute' na demanda que lhe é levada a apreço. No plano vertical empreende o magistrado a investigação sobre aquilo que é discutido, busca convicção para decidir sobre os fatos que lhe foram narrados.

Para evitar que os conceitos permaneçam obnubilados, lança-se mão de exemplos: imagine-se uma demanda de cobrança já em fase de cumprimento de sentença. Nesta fase processual Frâncio roga ao Estado-juiz que constranja Gálio a adimplir com obrigação cuja existência já é certa, eis que já transitada em julgado a sentença que a reconheceu. Leia-se: Frâncio quer que Gálio pague o que indiscutivelmente deve.

Gálio, por não concordar com a pretensão de Frâncio, que relembre-se, já alcança a fase executiva, resolve opor nova resistência, desta vez o fazendo via 'impugnação', nos moldes do artigo 475-L do Código de Processo Civil¹²⁸.

Note-se que pelo texto legal, são poucas as matérias que Gálio poderá arguir em sua defesa. Nesta hipótese a cognição horizontal reduzida, é parcial. 'O que se pode discutir' está limitado pelo rol taxativo do artigo 475-L.

Porém, fundamentado Gálio sua resistência na hipótese inculpada

¹²⁷ WATANABE, kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p.67.

¹²⁸ Código de Processo Civil Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

no inciso VI do artigo em comento – já ter previamente realizado o pagamento do débito – poderá requerer ao julgador que lhe seja possibilitado demonstrar a veracidade de sua alegação das mais variadas formas possíveis: provas documentais, depoimentos de testemunhas, realização de perícias, e tudo o mais que entender pertinente, sempre auspiciando proporcionar *certeza* ao julgador no sentido de que suas razões são verdadeiras e aptas a obstar a pretensão do credor Frâncio. De maneira que embora parcial na vertente horizontal, a cognição vertical que será empreendida pelo magistrado é irrestrita, diz-se exauriente.

Diferentemente, contudo, ocorreria se Gálio pretendesse resistir a uma pretensão executiva embasada em título executivo extrajudicial – v.g. um contrato. Neste caso sua defesa seria manejada por ‘embargos à execução’, espécie de defesa do devedor disciplinada pelo artigo 745 do Código de Processo Civil¹²⁹. Vê-se da análise deste dispositivo legal, que nesta hipótese faculta-se ao devedor oferecer oposição que verse um leque irrestrito de matérias – tem-se cognição horizontal ampla. De igual modo, também amplos serão os meios de prova possíveis de serem utilizados por Gálio, ou seja, a cognição vertical empreendida pelo magistrado poderá ser exauriente.

Outrossim, mister destacar, da mesma forma que a lei pode vedar a amplitude da cognição horizontal, pode fazê-lo no que toca a cognição vertical. Exemplo disto é o artigo 401 do Código de Processo Civil, que limita a atividade cognitiva nos casos em que se discutam contratos que envolvam valores superiores ao décuplo do salário mínimo¹³⁰.

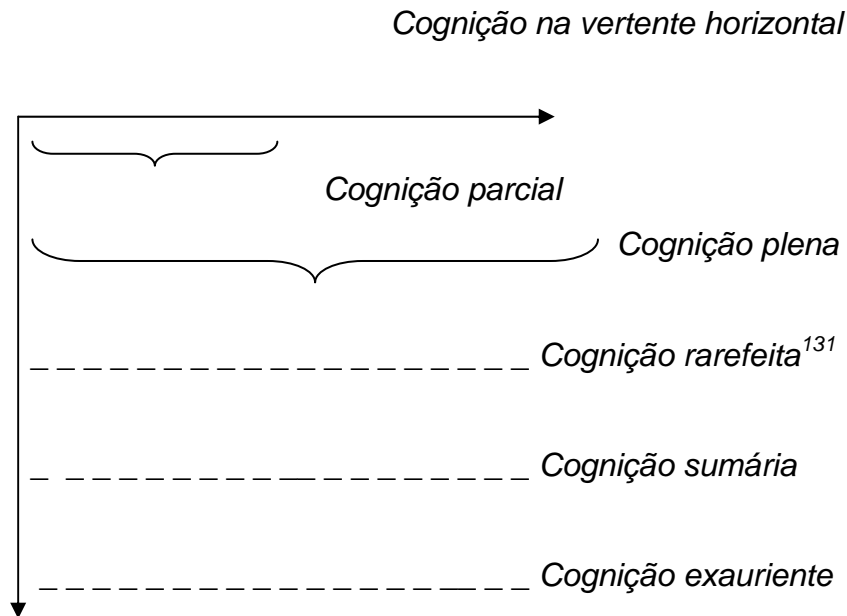
Em síntese, enquanto no plano horizontal da cognição o Juízo toma conhecimento dos fatos que lhe são narrados, no plano vertical da cognição, a questão é de investigação daqueles fatos, no intuito de conduzir o magistrado a elaboração de um juízo de certeza sobre a efetiva existência daqueles fatos que

¹²⁹ Código de Processo Civil. Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar: I - nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; II - penhora incorreta ou avaliação errônea; III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); V - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

¹³⁰ O artigo 401 do Código de Processo Civil assevera que ‘a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados’, de modo que não poderá o magistrado aprofundar sua cognição (exauriente), sendo esta limitada ao plano documental (cognição sumária).

conheceu.

Graficamente assim se pode representar a cognição.



Cognição na vertente vertical

Toda esta rebuscada construção, fruto da preocupação da ciência processual com a cognição, se dá pela seguinte peculiaridade: O Estado, no exercício da jurisdição, se sobrepõe as partes conflituosas, negando-lhes o direito de obter com as próprias mãos aquilo que lhes era devido, portanto, sub-roga-se ao particular na atividade de satisfação de seu direito subjetivo. Em sendo assim, nada mais justo que aja o Estado somente com elevado grau de convicção.

Ocorre, porém, que uma questão de difícil solução se apresenta: se **(a)** no atual estágio da ciência processual tem-se por inconstitucional a existência de um processo que não seja satisfativo, e **(b)** também, igualmente inconstitucional se apresenta a invasão da esfera patrimonial e extrapatrimonial do particular pelo Estado, senão depois de lhe ter sido proporcionado um devido processo legal em que lhe foi possibilitado arguir e provar suas razões; como se deve proceder quando

¹³¹ Apesar de KAZUO WATANABE não defender, no que tange à cognição vertical, a existência do plano de cognição rarefeita, limitando-se seu esquema aos planos de cognição vertical sumária e exauriente, já há em sua obra uma citação de PONTES DE MIRANDA aludindo ao plano de cognição rarefeita. Cf. *Da cognição no processo civil*. p.131.

a 'busca por certeza' pelo processo puder implicar em insatisfatividade?

Em regra, é verdade, as decisões judiciais devem ser fruto de um juízo de certeza, resultado de uma atividade de cognição exauriente, marcada pelo contraditório prévio, amplo, e tudo o mais que decorra do princípio do devido processo legal. Acontece por vezes, porém, de se apresentar para o Estado-juiz por intermédio do processo uma situação que necessita pronta intervenção judicial, sob pena de se tornar insatisfativa qualquer tutela jurisdicional posteriormente conferida. A prática forense permite constatar, sem nódoa de dúvida, que o maior custo de um processo, na grande maioria das vezes, não reside nas custas e taxas judiciais, mas sim em seu custo tempo.

Afigura-se, neste sentido, inconteste que contraditório prévio, ampla dilação probatória e todo o demais arcabouço necessário à prolação de uma sentença calcada em cognição ampla e exauriente demanda transcurso de lapso temporal substancial, verdadeiro luxo inalcançável em algumas situações do mundo fenomênico, se pretendida prestação jurisdicional qualificada.

Este estudo pretende firmar a ideia de que nos casos que demandam providência imediata, o *modus operandi* do processo civil clássico – que se pauta pela necessidade de 'extrema certeza' para decidir, reflexo da ideologia liberal que prega intervenção mínima do Estado na relação entre particulares – deve ser superado, até porque já não encontra mais guarida no atual paradigma constitucional democrático¹³².

Daí a importância do estudo da cognição, do conhecimento de suas técnicas e da existência de um intérprete prudente apto a manejá-las. O intérprete prudente analisará o conflito que lhe é apresentado pela perspectiva do instrumento que lhe é dado para resolvê-lo. Dentre as várias soluções possíveis ao litígio poderá, então, optar pela melhor - ou seja, aquela que mais bem refletir os ditames do

¹³² MARINONI expõe que: "O procedimento de cognição plena e exauriente, complementado pelas três sentenças de classificação trinária, é absolutamente incapaz de propiciar uma tutela preventiva adequada. Este modelo de processo, que pode ser chamado de 'processo civil clássico', além de refletir, sobre o plano metodológico, as exigências da escola sistemática, baseadas na necessidade de isolar o processo do direito material, espelha os valores do direito liberal, fundamentalmente a neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do 'facere'". Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.29.

contexto constitucional no qual estão insertos o intérprete e o conflito.

Na Constituição Federal da República, especificamente em seu artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII¹³³ se encontram normas claras e de aplicabilidade imediata, verdadeiras garantias fundamentais do cidadão, que não podem ser olvidadas pelo intérprete no manejo e aplicação do Direito. Insiste-se, destarte, na importância da temática ora em tela, eis que é por intermédio das técnicas de cognição que melhor se pode lidar com a problemática do tempo e da satisfatividade no processo.

Marinoni¹³⁴ assim pontua sobre a relação tempo/cognição no que toca ao processo e a jurisdição:

O tempo do processo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de tratar os litigantes de forma isonômica e de tutelar de forma pronta e efetiva os Direitos. É possível distribuir o tempo do processo através dos procedimentos especiais – as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas -, elaborados a partir das técnicas de cognição. (grifou-se)

Na precisa lição de Góes¹³⁵:

Quando se fala em técnicas de cognição, fala-se assim em mais um instrumento que se coloca à disposição do direito fundamental de acesso à jurisdição. E como é até intuitivo, não se está a tratar de um acesso, apenas formalmente considerado, mas sim de uma acessibilidade comprometida com o valor da justiça. Por isso que essas técnicas de cognição formam, em seu conjunto, um outro direito fundamental, que é instrumental e que juntamente com outros direitos dessa mesma estatura, representa o que o *neoprocessualismo* denomina de direito fundamental à cognição adequada.

E aqui se pode melhor aclarar a fala tecida no início deste tópico

¹³³ Constituição Federal Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.21.

¹³⁵ GÓES, Ricardo Tinoco. *Efetividade do Processo e Cognição Adequada*. Natal: MP, 2008, p.142.

quando se dispôs acerca da necessidade de se conhecer bem do conflito para poder bem solucioná-lo.

Quando se fala em ‘conhecer bem’ alude-se ao dever do intérprete de empregar a técnica cognitiva mais escorreita frente ao caso concreto, de analisar o conflito utilizando-se da técnica cognitiva capaz de propiciar a prestação de tutela jurisdicional qualificada, empreender a *cognição adequada* à cada caso que lhe é dado solucionar.

Seria, então, a cognição adequada mais uma técnica processual, ou teria ela a natureza de verdadeiro direito do jurisdicionado?

A resposta advém da seguinte observação: se há um direito constitucional de acesso à Justiça e se esse direito de acesso à Justiça não pode mais ser visto como mero direito de acesso ao poder judiciário, mas, antes, como direito à obtenção de uma tutela jurisdicional; se essa tutela, no paradigma democrático, deve ser qualificada – isto pela tempestividade e satisfatividade¹³⁶; e, por fim, se para ser tempestiva e satisfativa, a tutela jurisdicional advém necessariamente do *conhecimento adequado*, por parte do judiciário, das pretensões que lhe são levadas a apreço – resta inequívoco que ter o seu conflito submetido à cognição adequada é sim direito do jurisdicionado. Mais que isso, à luz da vigente ordem constitucional, este direito se consubstancia em verdadeira garantia fundamental do cidadão.

A solução definitiva do litígio de forma justa, por intermédio de um procedimento regido pelo ‘devido processo legal’ implica, além de mera pacificação processual, em pacificação social, e como leciona Ingo Wolfgang Sarlet, neste contexto não se pode olvidar do direito à paz com direito fundamental do cidadão num Estado Democrático¹³⁷.

¹³⁶ MARINONI e ARENHART afirmam que “O direito de acesso à justiça, que na verdade garante a realização de todos os demais direitos, exige que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.72.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.45-63.

Ainda, consoante leciona Bedaque¹³⁸:

Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea.

Marinoni¹³⁹ também observa que, se a justa fórmula de Chiovenda preleciona que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, aquele que é titular de um direito que necessita ser realizado de forma urgente deve, necessariamente, ter ao seu dispor uma espécie de tutela jurisdicional que possibilite a realização imediata do direito que afirma possuir, até porque, consoante Rui Barbosa¹⁴⁰, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Por tudo isto a importância do correto manejo das técnicas cognitivas. É por intermédio do conhecimento adequado que será possibilitado ao Estado-juiz desempenhar a contento seu mister, propiciando aos jurisdicionados terem respeitados seus direitos e garantias fundamentais.

2. 3 MODALIDADES DE TUTELA JURISDICIONAL

Como tem se sustentado, é pela utilização da técnica cognitiva mais adequada que se possibilitará ao intérprete melhor fazer uso do aparato de técnicas jurisdicionais que a ciência jurídica tem desenvolvido, isto porque o constante aperfeiçoamento de tal ciência, em específico no campo do processo civil, possibilitou a construção de uma variada gama de técnicas para a prestação da tutela jurisdicional, aptas a proporcionar ao cidadão que necessite, eficaz proteção

¹³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.300.

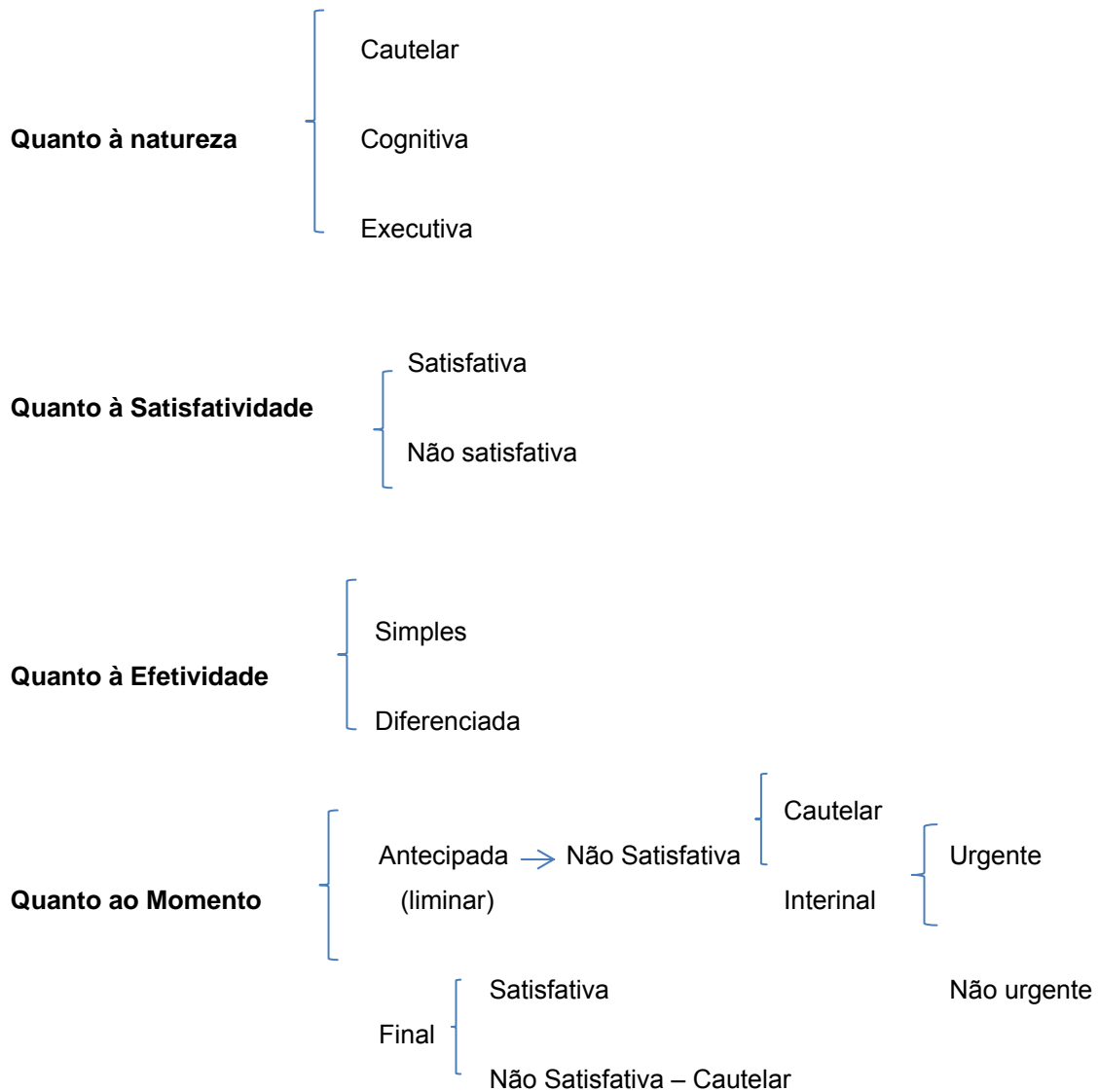
¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 54.

¹⁴⁰ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.40.

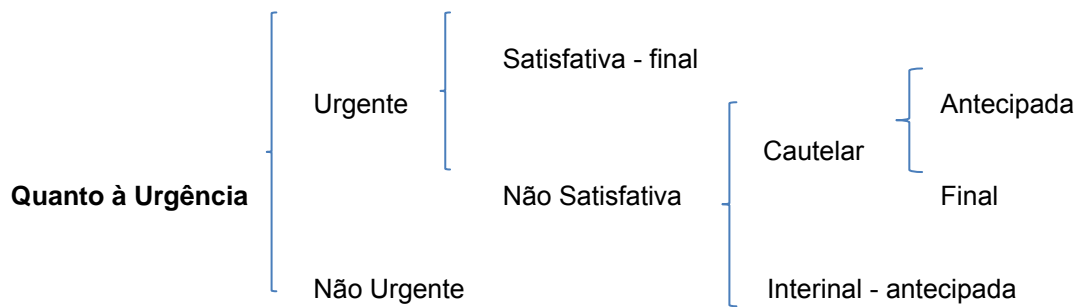
do Estado em situações de lesão ou ameaça de lesão a direito.

Dessarte, novamente utilizando-se dos preciosos ensinamentos de Bellinetti¹⁴¹ reproduz-se o seguinte quadro sinóptico de classificação das tutelas jurisdicionais para melhor abordar a temática.

Classificação das Tutelas Jurisdicionais por Bellinetti:



¹⁴¹ BELLINETTI, Luiz Fernando. *op cit.*, p.61.



Adverte-se, porém, que este quadro é aqui lançado como mera referência, posto que neste estudo alguns de seus conceitos tomarão significados diferentes dos que foram originariamente adotados por Bellinetti. Veja-se:

2.3.1 Tutela Cautelar

De modo geral, pode-se afirmar que se destina a tutela cautelar a regular temporariamente uma situação litigiosa envolvendo direito que, *prima facie*, se mostra em situação de ameaça e careça urgentemente de proteção, isto até que a situação ou relação jurídica venha a ser definitivamente resolvida por intermédio de outro processo.

Note que se empregou a expressão ‘regular temporariamente’ e não provisoriamente. Isso porque se compartilha do entendimento de que o que é ‘temporário’ difere do que é ‘provisório’. Enquanto o termo ‘temporário’ transmite tão somente a ideia que algo tem duração limitada, a expressão ‘provisório’ transmite já implicitamente a ideia de algo que, a despeito de ser temporário, será logo substituído por outra coisa. A tutela cautelar, portanto, posto que temporária, tende a desaparecer e não a ser substituída pela tutela prestada no bojo de outro processo^{142;143}.

¹⁴² Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. v.3. p.23-24.

¹⁴³ CALAMANDREI, em sua obra *Intodución al estudio de las providencias cautelares* assevera que “Temporário é simplesmente o que não dura para sempre, o que independentemente de outro

Isto ocorre dado que esta modalidade de tutela tem como característica nodal a ausência do elemento ‘certeza’. Enquanto a tutela cognitiva, a ser adiante analisada, busca o acertamento do Direito, ou seja, examinar um fato e declarar qual o Direito a que ele se subsume, e a tutela executiva se presta à concretização do Direito já acertado, a tutela cautelar visa tão somente regular uma situação urgente, de aparente perigo ao direito – direito que poderá eventualmente até se revelar inexistente na ação dita ‘principal’ de natureza cognitiva ou executiva.

No processo que perscruta a tutela cautelar, a profundidade da cognição exercida no plano vertical pelo magistrado é muito superficial – dita rarefeita – se comparada a cognição, *v.g.*, exercida para deferimento de tutela cognitiva – exauriente. Por isto não se presta a tutela cautelar a reconhecer como certa a existência de qualquer direito, a não ser o de que enquanto não se chegue a uma solução baseada em certeza, o direito aparentemente ameaçado merece proteção que evite lesão irreparável.

Como reconhecem Marinoni e Arenhart¹⁴⁴ a tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.

Quando se chegar, por intermédio de cognição exauriente, a uma solução de ‘certeza’, a tutela cautelar anteriormente prestada tende a desaparecer e não ser por aquela substituída. Sai de cena a proteção de possível direito ameaçado. Surge a declaração de existência de direito e sua consequente satisfação.

Estas considerações são ressaltadas nas definições da tutela cautelar pela doutrina clássica. Chiovenda¹⁴⁵, por exemplo, a despeito de não diferenciar temporariedade de provisoriedade, diz que seriam as cautelares medidas

evento terá duração limitada; provisório, a seu turno, é o que está destinado a durar até que algo venha a lhe substituir, refere-se, portanto, a um período intermediário. Feitas estas distinções terminológicas, a qualidade de provisória dada as tutelas cautelares quer significar que seus efeitos não só são temporários como também válidos tão somente até que provenha outra providência jurisdicional, esta definitiva” (traduziu-se). *Apud* ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.34.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.34.

¹⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.*, p.272.

“provisórias acautelatórias ou conservadoras, porque expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para garantia de sua futura atuação prática”.

Para Calamandrei¹⁴⁶, a cautelar seria a medida que “anuncia e prepara a concretização de outras garantias jurisdicionais [tendo como objetivo] assegurar antecipadamente o mais eficaz rendimento prático”. Liebman¹⁴⁷ ainda pontua a tutela cautelar como a “atividade auxiliar e subsidiária ao desempenho da função jurisdicional do Estado, quem tem por fim assegurar a eficácia da tutela jurisdicional cognitiva e executiva”.

Estas conceituações também não discrepam do que a doutrina pátria discorre sobre a matéria. Costa¹⁴⁸ assevera que as medidas cautelares pressupõem um direito indefinido, que se encontra em situação dúbia. “Dá-se a tutela cautelar, assim, a função acessória de aumento das possibilidades de realização do direito principal.”

Lacerda¹⁴⁹ assevera serem os processos cautelares verdadeiras lides parciais¹⁵⁰, que têm como objeto assegurar o resultado útil de um processo principal.

Para Theodoro Junior¹⁵¹, a medida cautelar “é a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.”

Derradeiramente, Arenhart e Marinoni¹⁵² conceituam a tutela

¹⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tradução de Santiago Santis

Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, v.1. p.156.

¹⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2.ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v.1. p.216.

¹⁴⁸ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas Preventivas, medidas preparatórias e medidas de conservação*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953, p.48.

¹⁴⁹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v.3. Tomo I. p.31.

¹⁵⁰ O conceito de lide parcial é de CARNELUTTI, e se refere a parcela do litígio social que é deduzida em Juízo. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *op. cit.*

¹⁵¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume II. Forense. Rio de Janeiro, 2005, p.107.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. *op. cit.*, p. 23.

cautelar como “a tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica”¹⁵³.

A partir de todas estas conceituações, o que fica patente é que todos os doutrinadores enxergam a tutela cautelar como aquela que *resguarda* algo pretendido pela parte, ou ainda, aquela que possibilita ao jurisdicionado demandar em Juízo sem o risco de ter, irreversivelmente, lesado seu direito enquanto aguarda o Estado-juiz ter certeza sobre o conflito que lhe é dado dirimir.

Implica dizer, as características nodais da tutela cautelar são, em primeiro, nunca importar solução definitiva do conflito, posto que sua existência é temporária, ao depois, sempre se referir a outro interesse da parte, algo maior que a simples segurança almejada no bojo da ação cautelar, é o que a doutrina denomina *referibilidade*.

Explicam Arenhart e Marinoni:

Na tutela cautelar há sempre referibilidade a uma situação substancial acautelada. [...] O conceito de referibilidade advém da ideia de ligação assegurativa da tutela cautelar à tutela do direito. Na ação ressarcitória, por exemplo, não há qualquer referibilidade a alguma situação acautelada, ou ainda, nenhuma referibilidade da tutela ressarcitória a outra situação substancial.

Para pleitear do Estado-juiz o deferimento de uma medida acautelatória, deve o jurisdicionado, portanto, demonstrar ao magistrado, via processo, a ocorrência de quatro elementos concomitantes: a) a possibilidade de subsunção dos fatos veiculados ao direito, b) que o direito que acoberta tais fatos está sendo lesado ou ameaçado de lesão, c) que se faz urgente que o Estado interfira na relação entre os particulares sob pena de se mostrar ineficaz qualquer intervenção posterior e, por último, d) que o que se perscruta pela medida é tão somente resguardar temporariamente o direito, não que seja prestada tutela jurisdicional de modo definitivo e satisfativo.

Sublinhe-se que estes elementos devem ser demonstrados pelo

¹⁵³ Existem ainda várias outras conceituações da doutrina nacional que poderiam ser citadas neste estudo, porém por brevidade, remete-se o leitor as obras de BELLINETTI e MESQUITA que trazem uma coletânea bem extensa dessas conceituações. Cf. MESQUITA, Eduardo Melo. *op. cit.* e BELLINETTI, Luiz Fernando. *op. cit.*

postulante de modo que, ainda em sede de cognição bem superficial – rarefeita – possa o magistrado convencer-se de sua ocorrência. Reitere-se, não se vislumbra, pelo manejo das cautelares, *certeza* acerca de qualquer coisa senão da existência de perigo a suposto Direito.

Demais disto, *data maxima venia*, não se pode compreender a tutela cautelar como aquela permissiva de reequilíbrio das partes, como assevera o professor Donald Armelin¹⁵⁴. É que não é dado à tutela cautelar este fim, já que o que reestabelece o equilíbrio da relação interpessoal levada a litígio, em regra, é tutela definitiva, excepcionalmente a provisória, mas jamais a temporária.

Imagine-se uma medida cautelar de Busca e Apreensão promovida por um artista que roga ao Estado-juiz que sejam apreendidas cópias de suas obras literárias que estão sendo comercializadas sem autorização por um terceiro. Deferida a medida e apreendidos os exemplares ainda estocados por este terceiro, o que se tem por consequência, em última análise, é tão somente a não majoração do dano. Reequilíbrio da relação vai haver quando, por intermédio da ação principal, for reconhecida a ilegalidade no comércio daqueles livros e for condenado aquele terceiro a indenizar o autor pelos prejuízos sofridos.

Similar é a situação do credor que roga o arresto de bens do devedor para que seja garantido o adimplemento de um débito. Uma vez arrestados os bens e depositados estes nas mãos do credor, não se tem o reequilíbrio da situação, tão somente passa a ter o credor a garantia de que terá seu crédito satisfeito. Reequilibradas estarão as partes quando o credor for satisfeito no bojo de uma ação principal executiva.

Bellinetti¹⁵⁵, a respeito do entendimento de que teria a tutela cautelar função de proporcionar reequilíbrio expõe que:

A nosso ver esse entendimento não é, “*data vênia*”, correto, pois a função de assegurar o equilíbrio das partes durante o processo, embora possa eventualmente até decorrer da tutela cautelar, como consequência secundária não necessária do provimento que visa garantir o resultado útil do processo principal, não é o objetivo da

¹⁵⁴. *Apud* BELLINETTI. *op. cit.* p.75

¹⁵⁵ ARMELLIN, Donald. *A Tutela Jurisdicional Cautelar*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1985, v.23. p.122.

tutela cautelar. Se isso ocorrer, terá sido uma mera consequência fática acidental da tutela cautelar. A função de assegurar o equilíbrio das partes durante

O desenrolar do processo é objetivo da tutela interinal, e que se materializa não com um provimento que assegura o resultado do processo principal, mas sim com um provimento que antecipa, total ou parcialmente, os efeitos do provimento buscado no processo principal, antecipação permitida exatamente para concretamente viabilizar uma justa, correta e eficaz prestação jurisdicional.

Do que se tem em mente expor acerca da tutela cautelar falta pontuar sobre o embate doutrinário acerca da existência de um direito substancial de cautela. Tal discussão é antiga e cinge-se a identificar a tutela cautelar como expressão de direito processual ou de direito material.

Expõe Lacerda¹⁵⁶ que já em 1859 Adolf Wach sustentava ser a tutela cautelar resultante de um direito subjetivo material à segurança. Porém, Wach era adepto da teoria concretista da ação, segundo a qual só teria a parte reconhecido o direito de ação se fosse detentora de um direito material que albergasse sua pretensão. De modo que, ainda segundo Lacerda, reconhecida a autonomia e a abstração do direito de ação, não haveria como se reconhecer a tutela cautelar como expressão de um direito substancial à segurança já que, pela própria natureza desta modalidade de tutela, ainda não se sabe se há ou não um direito que dê guarida a pretensão que futuramente será aduzida na ação principal.

Direito material à segurança, segundo o autor teria o beneficiário de um contrato aleatório, por exemplo, de seguro, mas não o autor de uma demanda cautelar. O postulante de medida cautelar seria detentor de interesse processual à segurança, e mais, este interesse estaria umbilicalmente ligado à propositura de uma ação principal. Em não havendo a pretensão de propositura desta, não haveria igualmente de se falar em interesse processual à segurança.

É a mesma posição defendida por Humberto Theodoro Junior¹⁵⁷, que entende incompatível vislumbrar o direito de ação como abstrato e autônomo e, ao mesmo tempo, reconhecer um direito substancial de cautela. O processualista ainda expõe que se ‘a todo direito se contrapõe uma prestação’, seria inegável que a

¹⁵⁶ LACERDA, Galeno. *op cit.* p.29.

¹⁵⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 16. ed. São Paulo: Leud, 1995. *passim*.

cautela não é um direito, posto inexistir obrigação do devedor de acautelar o credor antes de determinação judicial para tanto.

A seu turno, Ovídio Baptista Da Silva¹⁵⁸ reconhece a existência de um direito substancial à segurança. Esclarece, porém, que não se pode relacionar o direito material à segurança com a teoria concretista de Wach. O direito material à segurança, segundo o processualista sulista, emanaria da própria Constituição, posto que esta garante proteção ao direito em caso de lesão ou ameaça de lesão.

Bellinetti¹⁵⁹ expõe que entender o direito de cautela como substancial ou processual é questão que envolve a concepção de ordenamento jurídico para o intérprete. Assim sustenta que o 'direito à segurança' teria inegável caráter processual e, neste sentido, só poderia se considerar substancial o direito de cautela se adotada a visão unitária do ordenamento jurídico. Adotada esta concepção:

Onde o direito processual é visto como integrante necessário [do ordenamento jurídico], não havendo por isso uma diferença ontológica entre direito material e processual, já que as normas processuais funcionariam como integrativas das materiais para gerarem as normas concretas, *é perfeitamente coerente e possível sustentar-se a existência de um direito "substancial" de cautela*, já que a própria distinção entre direito material e processual perde o seu significado ontológico, e nesse nível seria logicamente possível não distinguir o direito (processual) à segurança do direito material objeto da segurança e ambos seriam, em tese, "substanciais" pois que co-partícipes da gênese de normas concretas oriundas de provimentos jurisdicionais. (grifo do autor).

Se, porém, continua o jurista, for concebido o ordenamento jurídico pela teoria dualista, que tem o direito processual como algo excêntrico ao ordenamento, o direito à segurança necessariamente haveria de ser entendido como *interesse processual* já que "a pretensão à segurança só existe se houver um litígio que exija para sua solução um accertamento dos direitos e deveres das partes envolvidas, e somente enquanto não forem eles 'acertados'".

A teoria de Ovídio, no entanto, causa maior sedução. É que, sob

¹⁵⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Tutela cautelar inominada no direito brasileiro de acordo com a constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 58.

¹⁵⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. *op. cit.*, p.80.

pena de se ter a Constituição como verdadeiro engodo, é preciso reconhecer tanto quanto possível a eficácia plena de suas normas e, em assim sendo, a partir do momento em que a Lei Maior impõe a tutela de direitos lesados ou ameaçados, surge o 'direito substancial de cautela'. Como leciona o autor¹⁶⁰ o direito substancial à cautela:

Promana de princípio de natureza constitucional, imanente a todo o Estado de Direito [...] realmente, ante uma situação que demande uma pronta resposta jurisdicional - porque o provável direito encontra-se sob ameaça de um dano iminente -, o Estado não tem como fugir a esta incômoda alternativa: ou protege o direito aparente, cuja investigação exaustiva, capaz de comprovar a sua real existência, seja impossível em virtude da urgência de tutela; ou, ao contrário, prefere não renunciar aos princípios que informam a jurisdição comum e, neste caso, vindo a futura sentença a reconhecer a existência do direito que o demandante colocara sob julgamento, não haverá outro remédio senão proclamar a existência de um direito já danificado irremediavelmente, ou definitivamente destruído, em virtude da demora natural inerente à atividade jurisdicional.

Assume-se que quando a Constituição garante a proteção de direitos ameaçados de lesão, a ela efetivamente pouco importa se se tratam de direitos ainda prováveis ou já 'certos', o que não pode haver é negativa de tutela com conseqüente dano irreparável.

2.3.2 Tutela Cognitiva

A tutela cognitiva é prestada por intermédio do processo de conhecimento, assim chamado pela preponderância da atividade de cognição exauriente nele empreendida.

Sua finalidade essencial, consoante leciona Câmara¹⁶¹ é "a obtenção de uma declaração, conferindo-se certeza jurídica à existência ou inexistência do direito afirmado pelo demandante em sua petição inicial". Pelo

¹⁶⁰ *Tutela cautelar inominada no direito brasileiro de acordo com a constituição de 1988*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 199. p.65.

¹⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v.1. p.269.

processo cognitivo, também chamado de processo de conhecimento, parte o magistrado da narrativa que lhe é levado a apreço pelas partes, ou seja, da afirmação de fatos, para chegar a declaração de um direito¹⁶².

Bellinetti¹⁶³, de modo singelo, alude à tutela cognitiva como “aquela destinada a estabelecer a norma concreta que deve reger o conflito jurídico de interesses”. De fato, quando o magistrado conhece dos fatos que lhe são levados à apreço e se convence que estes se subsumem à normas legais, nada mais faz do que, partindo da norma abstrata e geral, criar pela sentença a norma concreta e específica a ser doravante aplicada entre as partes.

Quando Caio vai à Juízo e narra que Mévio lhe deve, não lhe paga e que pretende receber, e Mévio, por sua vez, se manifesta opondo-se a pretensão de Caio, surge uma situação de incerteza jurídica a ser dirimida pela prestação de tutela cognitiva. É por intermédio do processo de conhecimento, então, que o Estado-Juiz, após conhecer das alegações de ambos os litigantes, prestará a tutela, declarando quais fatos devem ser encarados como ‘certos’ pela ordem jurídica.

Cabe ressaltar por derradeiro, que a cognição exercida nos processos de conhecimento, em regra, é plena e exauriente, isto porque como a característica deste tipo de procedimento é a busca por ‘certeza’, parece claro que não se poderia valer o magistrado nestes casos de análises parciais ou superficiais do objeto cognoscente.

Como asseverado alhures, possibilitando-se ao Estado, por intermédio da jurisdição, que se imiscua na vida dos particulares, impondo obrigações ou mesmo sub-rogando-se no adimplemento destas, nada mais justo que isto só ocorra após um juízo de certeza.

Assim, em última análise, o que busca o jurisdicionado pela tutela cognitiva é obter do Estado-juiz uma declaração que lhe propicie a possibilidade de ‘exigir’, deste mesmo ente, atos de concretização, materialização de seu direito. É como se fosse um ‘sinal verde’ para o acesso à satisfação de seu direito por intermédio do Estado.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento .. op. cit.*, p.82.

¹⁶³ BELLINETTI, Luiz Fernando. *op. cit.*, p.87.

2.3.3 Tutela Executiva

A tutela executiva é o alvo perscrutado pela maioria dos jurisdicionados que acessam o judiciário. Não se desconhece que, em casos excepcionais, tudo o que pretende o jurisdicionado é ter reconhecido como existente certo fato ou relação jurídica controvertida – v.g. ação declaratória - mas, como se disse, isto é excepcional já que, inegavelmente, na quase totalidade das vezes, o que vislumbra a parte é a obtenção dos efeitos decorrentes da declaração de certeza emitida pela tutela cognitiva.

É, então, por intermédio da tutela executiva prestada pelo Estado que se pode obter a produção de tais efeitos – seja pela imposição de condutas à parte sucumbente, seja pela sub-rogação do próprio Estado no adimplemento da obrigação.

Poder-se-ia dizer que enquanto pela tutela cognitiva obtém o jurisdicionado um resultado ideal – ‘certeza’ –, pela tutela executiva se vislumbra um resultado prático decorrente desta certeza, a satisfação de seu direito.

Como constatam Wambier e Talamini¹⁶⁴:

Há, então, dois tipos distintos de atividade jurisdicional: a cognitiva (ou de conhecimento) e a executória (ou executiva). A primeira é prevalentemente intelectual: o juiz investiga os fatos ocorridos anteriormente e define qual a norma que está incidindo no caso concreto. Enfim, é uma atividade lógica, e não material. A segunda é prevalentemente material: busca-se um resultado prático, fisicamente concreto.

É por isso que Dinamarco¹⁶⁵ define a tutela executiva como aquela prestada por intermédio de “imposição de medidas que, com ou sem o concurso da vontade do obrigado, produzam o mesmo resultado que ele não quis produzir, a

¹⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.2. p.44.

¹⁶⁵ DINAMARCO, instituições de Direito Processual Civil. Volume IV. 3ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2009. p.31.

saber, a satisfação do direito do credor” e Bellinetti¹⁶⁶ como “aquela destinada a realizar no mundo fático o que a norma concreta estabelece”.

2.4 DA SATISFATIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Estabelecida a clássica distinção entre as modalidades de tutela jurisdicional, cabe pontuar acerca da classificação empreendida em razão da eficácia destas. Quando se fala em ‘satisfatividade’ da tutela jurisdicional, contudo, é necessário ter cuidado. É que o significado dado a tal expressão pela doutrina não é unívoco, sendo de bom alvitre identificar desde logo qual a semântica empregada pelo doutrinador cuja obra está sendo estudada, evitando-se que se perca o intérprete na ambiguidade dos conceitos.

Neste diapasão, pode-se identificar na doutrina jurídica quatro conceitos distintos quanto à satisfatividade: a satisfatividade jurídica, a satisfatividade fática, a satisfatividade no plano dos interesses e a satisfatividade procedimental.

Pela corrente doutrinária que entende a satisfatividade como residente no âmbito jurídico, tutela jurisdicional satisfativa é aquela que uma vez prestada pelo Estado-juiz implica a desnecessidade de qualquer complemento jurídico.

Concebida desse modo, tem-se que qualquer prestação jurisdicional no bojo de processos de conhecimento ou execução é satisfativa, posto que declarado o direito, ou obtido o bem visado pela execução, nada mais restaria a ser feito em âmbito jurídico. Por exemplo, a despeito da sentença condenatória proferida nos processo de conhecimento abrir as portas para uma eventual fase de execução, uma vez acertado o direito, nada restaria a ser feito pelo magistrado na ambiência daquele procedimento declaratório.

Por este viés, a única espécie de tutela jurisdicional que não propiciaria satisfatividade seria a cautelar, já que esta é originariamente destinada a regular tão somente de modo temporário uma situação fático-jurídica, necessitando,

¹⁶⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. *op cit.*, p.89.

via de regra¹⁶⁷, de ser exercida nova demanda pelo jurisdicionado para, então, ser obtida a satisfatividade no plano jurídico.

Armelin¹⁶⁸, adepto desta concepção, aludindo às tutelas jurisdicionais cognitivas e executivas assevera que:

Independentemente de suas características específicas, esses tipos de tutela jurisdicional tem um mesmo denominador comum. Tendem eles a ser exaustivos e definitivos, no sentido de não carecerem de qualquer complementação de atividade jurisdicional. Melhor dizendo, não têm função específica de servirem como garantia da efetividade de outro tipo de prestação jurisdicional. Assim é que uma prestação de tutela jurisdicional do tipo declaratório 'stricto sensu' é em si bastante, a despeito de preparar eventualmente e se necessário, uma nova prestação do tipo condenatório. Este tipo, por sua vez, ao gerar um título executivo judicial, propiciará, se e quando isto se fizer indispensável, uma nova prestação jurisdicional para fazer efetiva a realização de um direito assim reconhecido. Mas nem um nem outro de tais tipos traz ínsita em seu bojo essa finalidade preponderante. Não aspiram a instrumentalidade, mas sim a exaustividade. Por isso podem ser qualificados como tipos de tutela jurisdicional satisfativos.

Posição semelhante tem Moreira¹⁶⁹, para quem a imediatidade ou satisfatividade dos processos cognitivos e executivos se opõe ao processo cautelar, “cuja finalidade consiste apenas em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, [o processo cautelar] função meramente instrumental em relação às duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado uma tutela jurisdicional mediata”.

Há doutrinadores, porém, que entendem que a satisfatividade deve ser encarada à luz dos desdobramentos da tutela jurisdicional no mundo fenomênico. Ovídio A. Baptista da Silva¹⁷⁰, v.g., entende que só há satisfatividade quando a parte ‘sente’ realizada a pretensão exercida em Juízo. A satisfação de um

¹⁶⁷ Diz-se via de regra porque a doutrina reconhece que determinadas modalidades de tutela elencadas pelo Código de Processo como cautelares são, em verdade, por si só satisfativas sob o prisma jurídico, é o caso, por exemplo, da medida cautelar demolitória. Deferida a medida e demolido o edifício, nenhuma outra pretensão jurídica resta ao jurisdicionado.

¹⁶⁸ ARMELLIN, Donaldo. *op. cit.*, p. 114.

¹⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.417.

¹⁷⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p.21.

direito equivaleria a sua realização concreta, “no plano das relações humanas”.

O emérito professor gaúcho cita como exemplo a situação em que é deduzida em juízo uma pretensão reivindicatória de posse. A satisfatividade não seria obtida quando reconhecesse a sentença ter o postulante direito à posse, mas sim quando lhe fosse esta conferida.

De igual sorte, a pretensão executiva de um contrato de mútuo que teve inadimplido seu pagamento encontraria satisfatividade com o recebimento dos valores devidos pelo mutuante, não com a mera ordem de pagamento emitida pelo Juízo ou simples aperfeiçoamento da penhora.

Coaduna ainda desta vertente do pensamento jurídico Mesquita¹⁷¹, para quem “a tutela jurisdicional deve ser vista pelo ângulo externo, ou seja, por meio dos resultados produzidos pelo processo, que são exteriores, transcendem os limites do formalismo dogmático do século precedente”.

Entremeando as duas posições suso aludidas, encontra-se a posição do saudoso magistrado sulista Galeno Lacerda¹⁷², que propõe encarar a satisfatividade como o atingimento de interesses processuais. Segundo seu magistério até mesmo as cautelares seriam insertas no rol das tutelas jurisdicionais satisfativas, já que ao ser dada procedência a este tipo de demanda teria sido satisfeito o *interesse processual* de cautela deduzido pela parte.

Bellinetti¹⁷³, embora adepto do conceito de satisfatividade no plano jurídico, reconhece uma quarta hipótese de interpretação do termo, a satisfatividade em plano procedimental. Neste sentido, seria satisfativa somente a tutela jurisdicional executiva, posto que prestada no bojo do único procedimento processual capaz de concretizar no mundo fenomênico o direito subjetivo da parte [procedimento executivo]. É a mesma hipótese levantada por Mesquita¹⁷⁴, mas que este, igualmente, acaba mais tarde por abandonar, perfilhando-se a vertente doutrinária da ‘satisfatividade fática’.

¹⁷¹ MESQUITA, Eduardo Melo. *op. cit.*, p.162.

¹⁷² LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Volume 8. Tomo I. p.56/57.

¹⁷³ BELLINETTI, Luiz Fernando. *op. cit.* p.69.

¹⁷⁴ MESQUITA expõe que: “Sem que se instaure o processo de execução, é impossível a satisfação de um direito, pois a demanda condenatória, por meio da sentença de igual eficácia, não é capaz de, *per se*, tutelar o direito do autor.” *op. cit.*, p.163.

Acredita-se, e isto é o que se sustenta neste estudo, que na vigência da atual constituição não há como continuar a se conceber a tutela jurisdicional só em plano jurídico, procedimental ou mesmo processual, de modo a desvinculá-la de seus desdobramentos práticos.

Poder-se-ia sustentar que a concepção de tutela jurisdicional pelo viés jurídico visaria contemplar o tema na ambiência da Ciência do Direito, tal qual idealizou Kelsen com sua 'Teoria Pura'. *Data maxima venia* discorda-se de tal ponto de vista que se reputa, em verdade, por demais isolacionista.

É que a sistemática processual moderna, fruto do pós-positivismo e contextualizada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, não mais se compadece com um processo sem resultados, que se fecha a questões eminentemente procedimentais e acaba por se isolar do direito material em litígio.

O desprendimento que imperava até há pouco no Direito entre suas vertentes processual e material já é etapa superada nos tempos hodiernos. Não mais se dúvida que o Direito processual seja autônomo frente ao Direito material, mas semelhantemente, não se pode olvidar que o processo é instrumento e, como tal, não pode perder de vista a que se serve – possibilitar a concretização da tutela jurídica¹⁷⁵.

Dessarte, assume-se que a melhor maneira de se compreender satisfatividade é dando ao termo a interpretação que a tem como 'realização prática dos interesses da parte' – ou seja, satisfatividade em plano fático. Será satisfativa, deste modo, a tutela que conferir, entregar à parte, tudo aquilo que, albergado pelo Direito, se perscrutou em Juízo.

2.5 DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Seguindo o esquema adrede proposto, debruça-se agora sobre a classificação eficaz das tutelas jurisdicionais no que toca a sua efetividade. Neste ponto, advir-se desde logo, há certo distanciamento do que Bellinetti propõe pelo

¹⁷⁵ Aduz ainda MESQUITA que “para que seja prestada a tutela jurisdicional, imprescindível que o interesse material seja aquele protegido e não aquele que se submete, ou seja, a tutela relaciona-se umbilicalmente com o direito material protegido”. *Idem. ibidem*.

esquema anteriormente avocado.

É que enquanto para o jurista paranaense a 'efetividade' está ligada a 'capacidade de produção de efeitos práticos' da atividade jurisdicional e, sob tal gênero se dividiriam as espécies tutelas simples e diferenciadas, este estudo toma por mais apurado ao vernáculo pátrio e à ciência jurídica o uso do termo 'efetividade' como categórico de eficácia jurídica¹⁷⁶.

É que segundo o dicionário¹⁷⁷ o termo efetividade refere àquilo que é permanente, definitivo. Assim adota-se por mais escorreito diferenciar sob o gênero da 'efetividade' as tutelas detidas de eficácia jurídica definitiva daquelas dotadas de eficácia temporária ou provisória.

Posto de tal forma, o categórico 'efetividade', tem significação próxima àquela que emprega a doutrina majoritária à expressão 'satisfatividade'. Explica-se: como exposto, em regra, o conceito de 'satisfatividade' é empregado pelos autores em seu plano jurídico, ou seja, refere à prescindibilidade de complemento jurídico à tutela estatal prestada. Como adredemente expôs-se, porém, este estudo toma a 'satisfatividade' em plano fático, i.e., como a concretização no mundo fenomênico da tutela jurídica. Assim encarado, para que haja satisfatividade, pouco importa se a tutela prestada pelo Estado é temporária ou provisória. Sendo desfrutado pela parte os efeitos práticos pretendidos quando do acesso à Justiça, a satisfatividade será atingida.

Sob este prisma, tutelas cognitivas nem sempre seriam satisfativas, mas quanto a efetividade, sempre definitivas; tutelas executivas sempre seriam definitivas e tenderiam a ser satisfativas, as cautelares até poderiam ser satisfativas

¹⁷⁶ Para BELLINETTI haveria prestação de tutela 'simples' quando a atividade jurisdicional empreendida pelo Estado-juiz envolvesse a prestação de só um dos tipos 'clássicos' de tutela – cautelar, cognitiva e executiva. Em oposição, haveria tutela 'diferenciada' quando a atividade jurisdicional envolvesse concomitantemente mais de uma modalidade de tutela. O categórico 'efetividade' adviria assim, da propensão à maior probabilidade de resultado prático da prestação jurisdicional quando combinados diferentes tipos de tutela num mesmo processo. Ocorre que BELLINETTI, ao assim fazer, acaba por, sutilmente, sugerir que a efetividade seria característica mais próxima das 'tutelas diferenciadas', já que seria pela combinação das 'tutelas clássicas' que maior chance teria o jurisdicionado de ver concretizado seu direito subjetivo. Aqui, portanto, o ponto nevrálgico a diferenciar o pensamento do ilustre professor paranaense do que ora se sustenta: é que se acredita que mesmo quando desenvolvida a atividade jurisdicional de modo tradicional, 'tutelas puras', o resultado esperado pelo processo também pode ser atingido. Cf. BELLINETTI, Luiz Fernando. *Op. cit.* p.91.

¹⁷⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *op. cit.* .

e definitivas, a depender do caso concreto¹⁷⁸, mas em regra seriam temporárias e não satisfativas.

2.6 TUTELAS DIFERENCIADAS

No início deste capítulo se afirmou que intrínseca relação têm as temática da cognição, tutela jurisdicional e prudência do intérprete. Tal entrelaçamento se afigura ainda mais patente frente a situações não previamente contempladas pelo abstracionismo legislativo, ou em que a situação palco do litígio necessita de pronta intervenção jurisdicional, pois, nestes casos, cabe ao intérprete manejar o aparato jurisdicional de forma a propiciar proteção aos direitos ameaçados e, ao mesmo tempo, preservar a ordem jurídica processual de qualquer solapamento. É o 'equilíbrio' entre justiça formal e justiça material a que se aludiu adredeamente.

Quando se lida com estas situações - atípicas ou urgentes -, resta inolvidável a constatação de que se aplicada a sistemática processual comum, ainda extremamente formal e garantista, a solução do litígio exige a dilação de exacerbado lapso temporal, suscetível de tornar ineficaz a própria prestação jurisdicional ao fim concedida.

Não se desconhece que a existência de formalidades processuais, marca do procedimento comum, é de suma importância para o Direito, a começar pela 'segurança' que elas tendem a propiciar aos jurisdicionados. Aliás, bem demonstra isso o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em magnífico artigo intitulado '*O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo*', em que após profunda digressão pontua que "o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo"¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Lembre-se que algumas cautelares como a demolitória, v.g., prescindem de qualquer complemento jurídico posterior e já produzem, por si só, os efeitos práticos e jurídicos vislumbrados pela parte.

¹⁷⁹ Assim pontua o professor gaúcho no aludido texto: "O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas

Porém, é preciso não perder de vista que o formalismo, tal como já pontado, não pode implicar obstáculo intransponível à consecução dos objetivos da jurisdição. Bom exemplo traz Zavascki, ao lecionar que mesmo as garantias constitucionais de 'ampla defesa' e 'devido processo legal', que implicam na existência de um procedimento cuja decisão final advenha de cognição exauriente, não significam a existência de um direito absoluto a esta. A cognição, assevera o mestre processualista "deve ao contrário amoldar-se ao conjunto dos demais direitos e garantias que formam o sistema de prestação jurisdicional e, mais restritamente, ao próprio processo" i.e., o direito à defesa deve ser amplo "nos limites do adequados à necessidade de dar-se ao processo seu sentido prospectivo e dinâmico, de fazer com que ele chegue ao seu final no menor tempo possível"¹⁸⁰.

Alvim¹⁸¹ parece sintetizar muito bem a nova perspectiva processual inaugurada com a promulgação da Carga Magna de 1988 e a conseqüente onda de constitucionalização do processo ao asseverar que:

A imposição social de uma justiça rápida e eficaz, impulsionada por uma tendência universal, faz com que o eixo do processo se desloque do binômio segurança-certeza para o da rapidez-probabilidade, fugindo-se da observação Carneluttiana de que conjugar segurança e rapidez é tão impossível como admitir a quadratura do círculo, isto porque o que é rápido não é seguro, e o que é seguro não é rápido.

É neste plano de fundo, de imposição constitucional de qualificada prestação jurisdicional, que tomam lugar as denominadas tutelas diferenciadas,

especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário". Disponível em: <<http://www.ufrgs.br>> Acesso em: 20.10.2012.

¹⁸⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *op. cit.*, p.21.

¹⁸¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela Antecipada*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.32.

definidas por Theodoro Junior¹⁸² como sendo aquelas prestadas mediante um procedimento diferenciado, que foge dos inconvenientes da tutela tardonha e propicia ao jurisdicionado um provimento compatível com as necessidades da fiel realização do direito material.

Aliás, aproveitando-se o ensejo, faz-se interessantíssimo anotar a conclusão extraída da renovação da polêmica doutrinária acerca da denominada ‘ação de direito material’, controversa por muito relegada e que agora se renova a partir dos estudos de Pontes de Miranda¹⁸³ e por intermédio dos ensaios de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero, Fábio Machado, Guilherme Rizzo Amaral dentre outros¹⁸⁴.

É que das acaloradas discussões acadêmicas sobre a sobrevivência ou coexistência da ‘ação de direito material’ no Direito hodierno, sobressalta a conclusão de que, não obstante se refiram a institutos diferentes - a ação de direito material não equivale a ‘ação’ processual e, portanto, há autonomia entre os planos do direito material e processual - não se pode olvidar de que o processo existe em função do direito material, i.e., sua existência e formalidades inerentes só se justificam e legitimam se houver uma relação teleológica com o direito material, de tornar o processo propícia a realização do direito material.

Retomando a questão das tutelas diferenciadas, Lucon¹⁸⁵ em excerto esclarecedor leciona que:

¹⁸² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 47. ed Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.1. p.56.

¹⁸³ MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Tomo V. p.479.

¹⁸⁴ Sobre a renovação da polêmica acerca da ‘ação de direito material’ cf. OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *O problema da eficácia da sentença*. In: Revista de Processo número 112. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003; MACHADO, Fábio Cardoso, ‘Ações’ e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: MACHADO, Fábio C. e AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2006; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Polêmica Sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual)*: Uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral. - doutrina disponível no sítio eletrônico da ‘Associação brasileira de direito processual civil’ <www.abdpc.org.br>; e AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica em torno da “ação de direito material”*, também disponível no sítio eletrônico da ‘Associação brasileira de direito processual civil’.

¹⁸⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito*. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 10.11. 2012.

A chamada tutela jurisdicional diferenciada tem sido já há algum tempo objeto de intensa discussão na doutrina. Entretanto, até o momento não existe um consenso acerca de seu conceito e limites. Sucintamente, dois são os significados da expressão. O primeiro deles entende ser tutela jurisdicional diferenciada aquela concedida nos processos dotados de especialidade procedimental, mas que propiciam o desenvolvimento de atividade cognitiva ampla e exauriente. O segundo significado liga o conceito de tutela jurisdicional diferenciada à gradação da atividade cognitiva. Assim, seria ela toda modalidade de tutela concedida a partir de uma cognição não exauriente e definitiva. Não obstante, nos dois significados constata-se um objetivo comum: procurar desenvolver formas de tutela jurisdicional tempestiva, que permitam a alteração de uma realidade no menor espaço de tempo e de maneira satisfatória ao titular de um direito, outorgando o bem da vida ou a situação jurídica desejada. Assim, a tutela jurisdicional será diferenciada sempre que possa ser concedida a proteção antes de ocorrer cognição exauriente e definitiva. Esta sim é a tutela que se diferencia daquela que ocorre no processo de conhecimento que tem curso pelo procedimento comum e após o trânsito em julgado da sentença de mérito. São, nessa linha, formas de tutela jurisdicional diferenciada aquelas concedidas após cognição não definitiva, ainda que exauriente, sumária ou superficial. Portanto, toda e qualquer espécie de atuação de uma decisão no mundo dos fatos antes do trânsito em julgado e que proporcione satisfação, ainda que parcial, é tutela jurisdicional diferenciada.

Fredie Didier Junior¹⁸⁶, sem destoar do que expõe Lucon assevera que as tutelas diferenciadas representam variações das modalidades tradicionais de tutela prestadas pelo Estado, sendo que tais variações adviriam de ‘adequações’ e ‘adaptações’ do ordenamento jurídico processual à determinadas situações do mundo fenomênico.

Pela ‘adequação’ do procedimento, e conseqüente adequação da tutela jurisdicional, tem-se a previsão pelo legislador de procedimentos diversos do ‘padrão’ para a condução de alguns tipos de conflito. Citando lições de Galeno Lacerda, o professor baiano expõe serem três as vertentes da adequação procedimental: a subjetiva, a objetiva e a teleológica.

A adequação *subjetiva* levaria em conta as peculiaridades das

¹⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. In: Revista Diálogo Jurídico. CAJ - Centro de Atualização Jurídica. Salvador. v.1. n.7. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23.10.2012.

partes envolvidas no litígio; a *objetiva* a natureza do direito material em litígio, a forma como se apresenta o direito material no processo e a situação processual de urgência; a adequação teleológica visaria amoldar o rito processual aos fins vislumbrados pelo processo.

Destarte, a previsão pelo código de processo civil de incidência de prazos especiais (art. 188), de causas de intervenção obrigatória do Ministério Público (art. 82) etc., expressariam modalidades de adequação procedimental subjetiva. O rito executivo, que prevê possibilidades exíguas de cognição, seria expressão de adequação objetiva do procedimento, as tutelas de urgência e o procedimento nas ações de busca e apreensão em alienação fiduciária em garantia, mandado de segurança e monitórias, expressariam adequações teleológicas do procedimento.

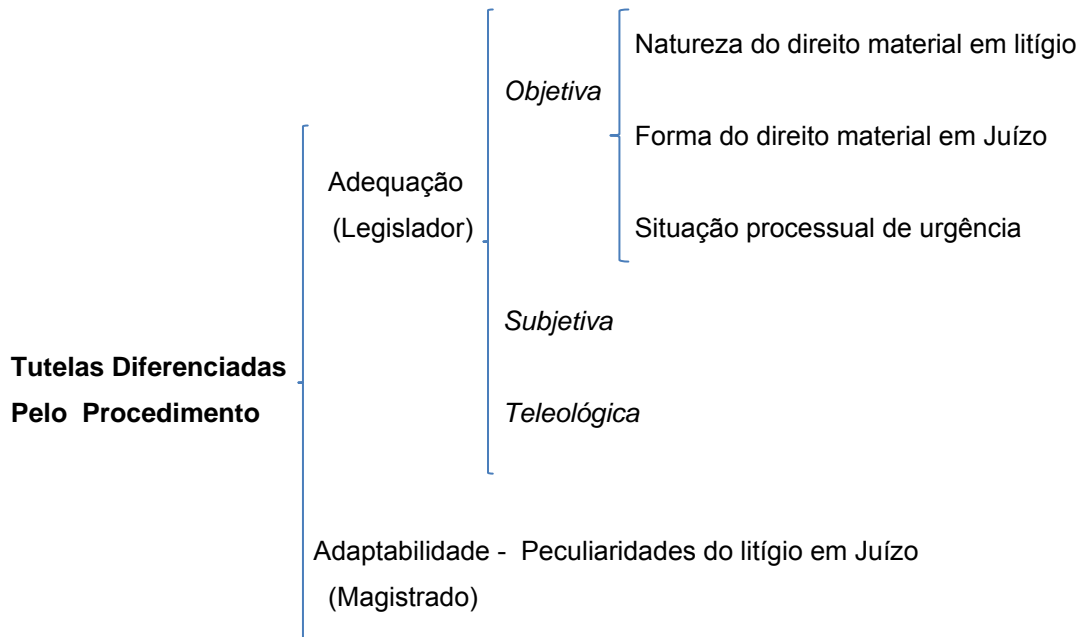
Continua Fredie Didier Junior, asseverando que a ‘adaptabilidade’ por seu turno, implicaria na possibilidade do magistrado, observando critérios legais, adaptar o rito procedimental às circunstâncias do litígio que lhe é levado a conhecimento¹⁸⁷, *in verbis*:

Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de melhor tutelar o direito material. O excessivo rigor formal talvez tenha sido um dos grandes responsáveis pelo descrédito do sistema de tutela jurisdicional dos direitos. Eis que aparece o princípio da adaptabilidade. [...] De fato, criam-se técnicas que permitem ao magistrado adaptar o procedimento, iniciado o feito. Podem ser citadas, apenas como exemplos: a) possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, em causas de consumo (a regra do procedimento é alterada no caso concreto, *ope iudicis*, preenchidos certos requisitos, de acordo com o art. 6, VIII do CDC); b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4º e 5º do CPC); c) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330, CPC); d) a determinação ou não de

¹⁸⁷ Ressalva, porém, o mestre processualista que: “como se trata de um desvio (previsível e permitido) da rota originariamente traçada, o magistrado sempre deve avisar antes às partes de sua intenção, de modo a garantir a higidez do contraditório; somente com o prévio anúncio podem os litigantes comportar-se processualmente de acordo com as novas regras. Pensar o contrário seria permitir surpresas processuais, em afronta direta aos princípios da lealdade e da cooperação”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *op. cit.*, p.15.

audiência preliminar, a depender da disponibilidade do direito em jogo (art. 331, CPC); e) as variantes procedimentais revistas na Lei de Ação Popular (LF 4.717/65, art. 7º e segs.); f) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 491, CPC); g) as mutações permitidas ao agravo de instrumento do art. 544, CPC, previstas em seus parágrafos etc.

Graficamente, assim se poderia representar a lição de Didier:



Bellinetti¹⁸⁸, entretanto, é mais sucinto quando o assunto é tutela diferenciada. Tal espécie de tutela jurisdicional faria alusão à prestação de tutela de modo urgente aliada ao desempenho de atividade jurisdicional mesclada, i.e., que envolvesse concomitantemente as tutelas cautelares, cognitivas e executivas.

Releve-se, porém, que tal como Didier, Bellinetti reserva a adaptabilidade do procedimento à expressa previsão legal que permita ao magistrado fazê-lo, refutando expressamente o chamado ‘ativismo judicial’.

Zavascki¹⁸⁹, é outro que entende a expressão ‘tutela diferenciada’ por prestação jurisdicional em situação de urgência, entretanto, leciona que a

¹⁸⁸ BELLINETTI, Luiz Fernando. *op. cit.* p.91.

¹⁸⁹ ZAVASCKI, Teori. *op. cit.*, p.27.

‘urgência’ abarca quaisquer “situações de risco ou embaraço à satisfatividade (fática) almejada pelo jurisdicionado tais como: “risco de dano ao direito, risco de ineficácia da execução, obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo e assim por diante”.

Note-se a peculiaridade de tal conceito já que reflete posicionamento contramajoritário. Enquanto a doutrina dominante prega só haver urgência, e conseqüente possibilidade de sumarização de cognição, em situações que impliquem em risco de dano irreparável ou de difícil reparação a direito, o jurista catarinense amplia o sentido de ‘urgência’ para albergar qualquer situação em que a manutenção do *status quo* possa acarretar a não prestação de uma tutela jurisdicional qualificada.

De se anotar aqui o posicionamento de Mesquita¹⁹⁰ sobre o tema, o qual critica veementemente tal amplitude conceitual expondo que sua indeterminação pode acarretar mais danos do que benefícios, isto ante a possibilidade de sumarização indiscriminada de cognição.

A relevância da divergência não é meramente científica, mas antes reflete significativamente na prática jurídica, principalmente no que tange à aplicabilidade do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil. Veja-se: ao tecer considerações sobre tal dispositivo legal, Bedaque aponta que sua incidência, posto implicar alteração considerável no rito procedimental padrão, deve se dar de modo comedido, reservando-se sua aplicabilidade para casos extremos em que a tramitação normal do processo puder implicar em prejuízos relevantes ao jurisdicionado¹⁹¹.

Cassio Scarpinella Bueno¹⁹² é outro que engrossa tal corrente majoritária, sustentando que o dispositivo legal em comento não representa modalidade de tutela de urgência, mas antes, de técnica antecipatória pautada em cognição não superficial, geralmente expressa nas antecipações de tutela

¹⁹⁰ MESQUITA, Eduardo M. *op. cit.*, p.174.

¹⁹¹ Assim leciona o autor: “Tratando-se de abuso de direito de defesa, portanto, somente se justifica a incidência da tutela antecipada se desse comportamento resulta atraso indevido na entrega da tutela. A mera dedução de razões completamente infundadas não autoriza a antecipação”. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, p.78.

¹⁹² BUENO, Cassio Scarpinella, *Tutela Antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.39.

concedidas em sentença - *só poderia o magistrado reputar manifestamente protelatória a defesa do Réu após ter certeza da existência do Direito do autor.*

Ocorre que o pensamento de Zavaski, que amplia o conceito de urgência, aos poucos começa a ecoar na doutrina. Nery Junior¹⁹³, ainda comedido, sem reconhecer a existência de ‘urgência’ no inciso II do art. 273, já reconhece que é possível o manejo de tal dispositivo quando a defesa apresentada possibilitar ao magistrado, de pronto, vislumbrar o espírito emulativo do Réu, implica dizer, quando a manifestação do Réu, ao invés de veicular tese defensiva bem estruturada, visar tão somente protelar a decisão sobre o litígio e a futura fase executiva, *in verbis*:

A 2ª hipótese [273, II do CPC], que não é exigível em conjunto com a 1ª, é o abuso de direito de defesa ou manifesto (sic) protelatório do réu. Quando a contestação for aduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se a hipótese do CPC 273, II, autorizando a antecipação de tutela.

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, já é mais contundente. Ao encampar a tese de Zavaski, afirma que o abuso a que se refere o inciso II do artigo 273 deve ser entendido inclusive ‘fora do processo’. Para ele o dispositivo se “consubstancia em circunstância de direito material, o que justifica a concessão dos efeitos da tutela por abuso de direito perpetrado antes mesmo do início do processo”. A antecipação, deste modo, não seria permitida tão somente por uma situação de abuso de direito dentro do processo, mas em relação “ao direito em jogo”¹⁹⁴.

Encarada deste modo, a antecipação de tutela fulcrada no inciso II do artigo 273 do Código Processual Cível passa a tomar contornos da denominada “tutela de evidência” ainda não regulada pelo atual código mais já encampada por alguns doutrinadores e contemplada pelo anteprojeto de novo Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional. Mais a frente abordar-se-á a temática.

¹⁹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.550.

¹⁹⁴ RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *Antecipação dos Efeitos da tutela e o abuso de Direito - Uma nova leitura do inciso II do artigo 273 do CPC*. In: COSTA, Hélio Rubens B. Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Helfeld Rezende e DINAMARCO, Pedro da Silva (org.). *Linhas mestras do Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2004, p.353.

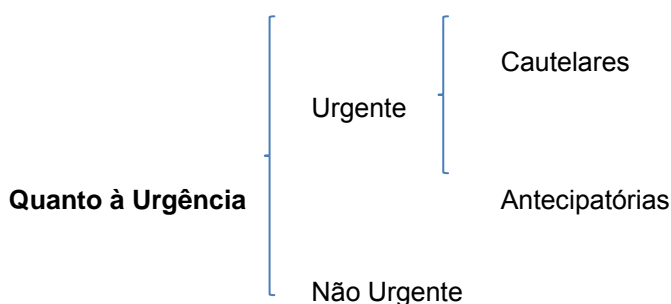
Celeumas à parte, fato é que, consoante leciona Figueira Junior¹⁹⁵ há uma unanimidade doutrinária pelo menos quanto à ideia de que são as tutelas de urgência, como modalidade de tutela diferenciada, forma de harmonização do trinômio segurança, rapidez e efetividade do processo na busca incessante de uma ordem jurídica justa.

Em linhas gerais compreende-se a tutela urgente como aquela que permite ao litigante a consecução de um provimento jurisdicional antes da formação de certeza pelo Estado-juiz. Estariam agrupadas, assim, sob o rótulo de tutelas urgentes as tutelas *cautelares* e as tutelas *antecipatórias*.

Como já se dedicou parte deste trabalho a conceituação das tutelas cautelares, cabe agora discorrer sobre as antecipatórias e, neste tocante, nova cizânia ocorre na doutrina.

2.6.1 Tutela de Urgência, Tutela Antecipada e Tutela Interinal

Majoritariamente entende-se por ‘antecipação de tutela’ toda providência jurisdicional de natureza não cautelar que seja apta a propiciar a parte o gozo prematuro dos efeitos da tutela pretendida.

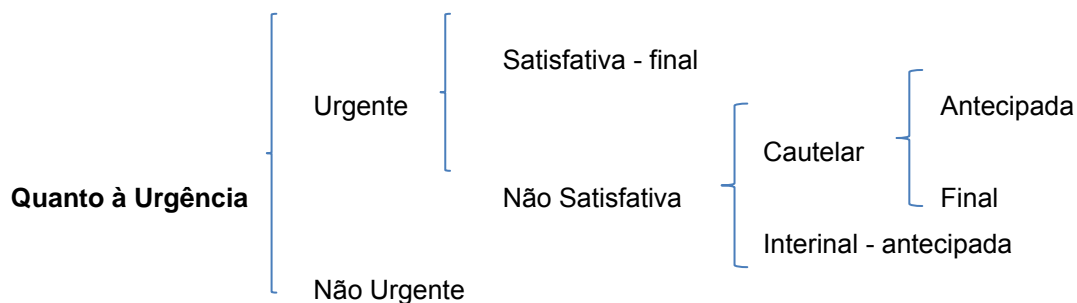


* *Classificação majoritária*

Para Bellinetti, porém, a expressão tutela antecipatória seria

¹⁹⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Tipologia das tutelas de urgência*. In Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – v.1. n.1/1995. Disponível em: <<http://daleth2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 16.10.2012.

designativa tão somente de um ‘momento’ processual, de modo que, toda vez que o judiciário permitisse à parte gozar dos efeitos da tutela pretendida antes da sentença haveria prestação de tutela antecipatória - inclusive nas liminares concedidas em processos cautelares. Com este raciocínio, o jurista paranaense expõe que a tutela urgente seria prestada, em verdade, pelas tutelas cautelares e pelas tutelas *interinais*. Segue seu esquema:



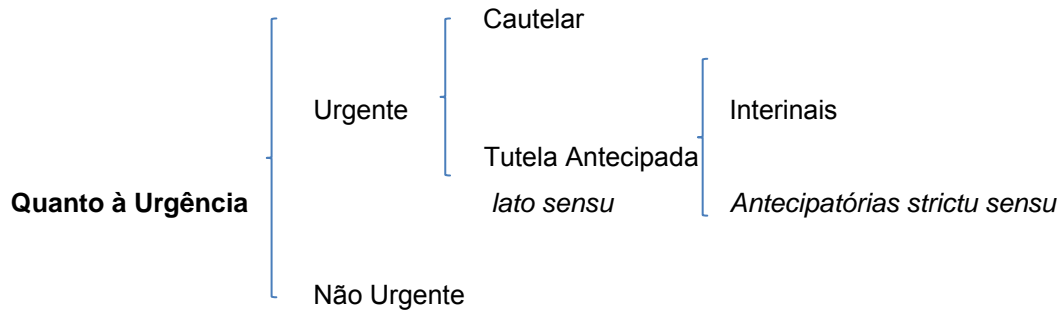
* Classificação de BELLINETTI

A tutela interinal, para Bellinetti que adota a satisfatividade em plano jurídico, seria modalidade de tutela jurisdicional não satisfativa - leia-se: não definitiva - tendente a regular de modo provisório uma relação jurídica litigiosa, *in verbis*:

A tutela interinal pode ser definida como aquela que não assegura o processo principal e tampouco satisfaz a pretensão, mas apenas regula provisoriamente uma situação ligada ao litígio, em face de sua urgência (ex.: 273,I) ou em hipóteses expressas em lei como merecedoras de uma antecipação total ou parcial da tutela pleiteada.(ex.273,II) [...] a tutela interinal atua para regular interinamente uma situação ligada ao litígio, que exige uma regulamentação provisória, fazendo-o através de uma antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela satisfativa pretendida.

Outra corrente doutrinária minoritária, esta capitaneada por Marinoni, apregoa que, sob o gênero das tutelas de urgência, em verdade seriam três as espécies agrupadas: a tutela cautelar, a interinal e a antecipatória. Tal tese diferencia ‘tutelas antecipadas *lato sensu*’ das ‘tutelas antecipadas *strictu sensu*’.

Graficamente:



*Classificação de MARINONI

Marinoni sustenta tal classificação alegando que não se poderia antecipar as tutelas de natureza declaratórias nem constitutivas¹⁹⁶, havendo uma ‘zona de penumbra’ que se instalaria nos casos de urgência envolvendo estes tipos de litígios. A tutela urgente prestada nestes casos, que não tivesse natureza cautelar, mas que também, pela natureza da lide, não poderia ser antecipatória, receberia a denominação de interinal. Expõe o mestre:

A tutela antecipatória pode configurar antecipação *stricto sensu* da tutela perseguida no processo de conhecimento, ou somente antecipar tutela que suponha a declaração ou constituição. Neste último caso, segundo o legislador, a tutela antecipatória pode ser confundida com a tutela cautelar. [...] Existiria aí uma zona de penumbra capaz de embaralhar os operadores do direito¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Expõe MARINONI que “É impossível a antecipação da eficácia declaratória, ou mesmo conferir antecipadamente ao autor o bem da ‘certeza jurídica’, somente capaz de ser a ele atribuído pela sentença declaratória. A cognição inerente ao juízo antecipatório é por sua natureza completamente inidônea para atribuir ao autor a ‘declaração’ — ou a ‘certeza jurídica’ por ele objetivada. Deixando-se de lado a questão da tutela antecipatória do direito que ainda deve ser constituído e pensando-se na tutela urgente do direito potestativo à mudança jurídica, surgiria o óbice lembrado por Satta e reafirmado por Ovídio Baptista da Silva no sentido de que a constituição provisória de um direito é inconcebível e contraditória. Registre-se, nesse sentido, a seguinte passagem da doutrina de Ovídio: ‘Temos dito, mas é bom insistir: somente as eficácias declaratórias e constitutivas não podem ser antecipadas sob forma de liminares; e a eficácia condenatória, embora não passe de uma declaração, em virtude de sua potencialidade para gerar o título executivo, poderá permitir a antecipação, não do efeito condenatório, e sim do efeito executivo, como se dá nos alimentos provisionais e nas liminares do processo monitorio[...] A técnica antecipatória, em um sentido restrito, identifica a tutela antecipatória com a tutela que antecipa os efeitos próprios das tutelas condenatória, executiva e mandamental”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva*. In Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. v.1. n. 1/1995. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em: 17.10.2012.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar. op. cit.*, p.35.

Vê-se, pois, que empregada com a significação *strictu sensu* que lhe dá Marinoni, a antecipação de tutela deixa de aludir a um 'momento' processual como entende Bellinetti para expressar mais uma espécie de tutela provisória. Para melhor aclarar a questão vale trazer à baila os seguintes exemplos:

Ex.1: Irídio propõe ação pleiteando a cobertura de determinado tratamento médico por sua operadora de saúde, expõe uma situação premente que envolve risco de morte e roga por imediata tutela jurisdicional. O magistrado, então, reputando presentes os requisitos legais (art. 273, inciso I do CPC), presta a tutela urgente e determina a operadora que custeie a intervenção.

Ex.2: A empresa Titânio S/A impetrou mandado de segurança em face de ato administrativo que determinou a apreensão de suas mercadorias em determinado entreposto aduaneiro, alegou a ilegalidade do ato e o risco de perecimento das mercadorias caso não fosse deferida liminarmente sua pretensão de desembaraço. O magistrado, convencido das alegações e da presença de direito, ainda em sede de cognição sumária, presta a tutela urgente e suspende os efeitos do ato até final decisão, liberando a mercadoria apreendida.

Note-se que no primeiro exemplo - tratamento de saúde - a tutela urgente prestada pelo magistrado exaure, ainda que provisoriamente, a pretensão do jurisdicionado - se roga tratamento médico; é deferido o tratamento. No segundo caso, mandado de segurança, a tutela urgente não exaure a pretensão do autor - são tão somente suspensos os efeitos do ato administrativo, mas o objetivo da impetrante é vê-lo anulado e não suspenso. Embora 'na prática' os efeitos obtidos pelo jurisdicionados em ambos os casos sejam parecidos, semanticamente há uma relevante diferença.

Para a corrente majoritária ambos os casos consistiriam em prestação de tutela antecipatória, para Bellinetti ambos seriam típicos exemplos da prestação de tutela urgente de espécie interinal e, para Marinoni, tutela interinal haveria só no segundo exemplo - mandado de segurança - sendo que no primeiro - tratamento médico - haveria sido prestada antecipação de tutela *strictu sensu*.

Mesmo expressando a preferência do autor do trabalho sobre algumas definições e conceitos doutrinários, especificamente nos pontos em que ainda pairam divergências, é preciso que fique claro que o capítulo que ora se encerra não tem por fim inculir tais ideias no leitor.

Antes, o objetivo é contribuir com o aperfeiçoamento intelectual do intérprete jurídico trazendo de forma sucinta e agrupada diversas e divergentes concepções sobre a temática da tutela jurisdicional.

Lembre-se o que se disse no primeiro capítulo do trabalho acerca da prudência e da necessidade de um intérprete prudente para o correto manejo do arcabouço jurídico, visando a aplicação do Direito de um modo que se possibilite chegar o mais próximo possível da famigerada justiça, esta tão aclamada pela população que é obrigada a recorrer ao Judiciário para ver solucionados seus conflitos.

Feitas estas considerações, o próximo e derradeiro capítulo se dedicará a análise de como o projeto de novo Código de Processo Civil sistematiza as tutelas jurisdicionais diferenciadas e aumenta expressivamente a responsabilidade dos intérpretes, mormente do magistrado, na consecução dos objetivos adrede divisados.

3 TUTELAS DIFERENCIADAS E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 O PROJETO DE NOVO CÓDIGO CIVIL – CONTORNOS GERAIS

Tramitando no Congresso Nacional, já aprovado em primeira votação pelo Senado e agora em discussão na Câmara dos Deputados, lá sob o designativo de PL 8046/2010, encontra-se o projeto de Novo Código de Processo Civil.

Festejado por muitos, lastimado por outros tantos, o projeto de Novo Código de Processo Civil, em grande parte, cinge-se a tornar coesa e concisa a estrutura do atual código de processo, retalhado pelas inúmeras [necessárias] reformas empreendidas desde sua promulgação em 1973.

Ressalvadas algumas alterações muito bem vindas, mas que não merecem por si só o cunho de revolucionárias - por exemplo, a determinação de que a contagem dos prazos se dê computando-se somente dias úteis (art.186), as alterações mais sensíveis foram alocadas no Título VI, especificamente Capítulo I, e Título IX do projeto, estas alusivas às tutelas diferenciadas.

Em referidos Títulos, que cuidam dos poderes e responsabilidades do magistrado na condução do feito e disciplinam a sistemática procedimental para prestação das tutelas de urgência e evidência, transparece a ideologia da comissão encarregada da elaboração do anteprojeto, formada por juristas comprometidos com um processo civil moderno, que não se olvida de seus objetivos - *servir a realização do direito material*. Tal assertiva pode ser confirmada pela leitura das primeiras linhas da 'Exposição de Motivos' do anteprojeto apresentado ao Senado:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito

material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo¹⁹⁸.

No mais, a aproximação do processo à Constituição e seus princípios, que tanto têm pregado doutrina e jurisprudência desde o final do século passado, é definitivamente positivada pelo projeto, que logo em seu artigo primeiro determina a regência do diploma pelos princípios constitucionais:

PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

A despeito das críticas daqueles que defendem a prescindibilidade de elaboração de um novo código, sustentando que as alterações poderiam se dar por intermédio de reformas pontuais tais como as empreendidas em 1994 e 2005, tem-se que a elaboração do novo diploma processual tem caráter emblemático: a ruptura com um sistema extremamente formalista, fruto de pensamento liberal e pseudocientífico¹⁹⁹ que pautou a confecção do código vigente.

Já afirmada e unanimemente reconhecida a autonomia do processo frente ao direito material, desnecessária a manutenção do solipsismo do atual Código de Processo. Já era, pois, tempo de adequar os extremos empreendidos pela doutrina e legislador de outrora, realocando o processo ao seu papel de instrumento.

3.2 O ANTEPROJETO E O PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE – A TENTATIVA DE REFORMA E O CONSERVADORISMO LEGAL

O Capítulo I do Título VI do anteprojeto apresentado ao Senado trata dos poderes e deveres do magistrado na condução do processo.

¹⁹⁸ Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível no sítio eletrônico do Senado Federal <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> acesso em 20.10.2012.

¹⁹⁹ Toma-se o termo emprestado de Fábio Machado em seu já citado artigo ‘Ações’ e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material’.

Como já advertia Amendoeira Junior²⁰⁰, tendo-se como norte que ‘*poderes e faculdades*’ são posições jurídicas positivas, correspondendo à permissão de certas atividades - sendo que enquanto ‘*faculdade*’ a conduta se exaure na esfera jurídica do próprio agente, e o ‘*poder*’ implica numa atividade que virá a determinar modificações na esfera jurídica alheia; e que ‘*deveres e ônus*’ são posições jurídicas negativas, correspondendo o ‘*dever*’ a exigência de uma conduta e o ônus à atividade cujo não exercício implica em prejuízos - “para o juiz não há faculdades e ônus, senão poderes e deveres [pois] o processo constitui a disciplina do exercício do poder e um sistema de limitações a ele”.

Assim, justamente por ter em mente tal peculiaridade, de que na condução do processo o magistrado detém o poder e o dever de garantir o equilíbrio do sistema e velar pela obtenção dos resultados vislumbrados por tal instrumento, não permitindo que a garantia constitucional do acesso à Justiça se converta em promessa inconsequente do legislador constituinte, o anteprojeto apresentado ao Senado dava a seguinte redação ao artigo 107 do futuro diploma legal:

ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

- I – promover o andamento célere da causa;
- II – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei;
- III – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
- IV – tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
- V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;

²⁰⁰ AMENDOEIRA JUNIOR, 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.174.

- VI – determinar o pagamento ou o depósito da multa cominada liminarmente, desde o dia em que se configure o descumprimento de ordem judicial;
- VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais.

Especial atenção merece o inciso V do artigo em comento já que nele o princípio da adaptabilidade adrede examinado ganha novos contornos. Enquanto fez-se a ressalva que para Bellinetti e Didier Junior a adaptabilidade do procedimento tinha os contornos adstritos a limites normativos, o anteprojeto tal como apresentado permitia ao magistrado amplo poder discricionário na condução do feito, ressaltando apenas a garantia ao contraditório. Era a adaptabilidade em grau máximo²⁰¹.

Identifica-se neste ponto franca ruptura do anteprojeto com a ideologia do código vigente, ampliando-se expressivamente os poderes do magistrado para desgosto de parcela significativa dos juristas ainda comprometidos com o paradigma liberal.

A resistência ao novo sistema foi tamanha que a Ordem dos Advogados do Brasil divulgou inclusive manifesto contra tal redação, asseverando que:

Parece-nos uma grande ilusão achar que será possível mudar a realidade da nossa Justiça Civil, do dia para a noite, apenas com alterações da disciplina processual, sem que enfrentemos decisivamente as grandes questões administrativas subjacentes, salvo, é claro, se partirmos para a criação de um processo do tipo autoritário como o que vem sendo desenhado e que permite ao órgão jurisdicional a adaptação do procedimento, retira o efeito suspensivo das apelações e admite a concessão de cautelares sem a ferramenta do processo cautelar. Tais propostas, ao lado de tantas outras de caráter autoritário, ferem garantias do cidadão e, como conseqüência, a própria DEMOCRACIA BRASILEIRA ESTARÁ EM PERIGO se o preço da rapidez e da agilidade processual for a CRIAÇÃO DE UM JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA COM PODERES TAO AMPLOS. [...] Nossa preocupação com o Projeto do Senado se

²⁰¹ Tal possibilidade, registre-se, já é encampada pelo direito alienígena. O Código de Processo Civil Português desde 1996 já prevê tal sistema: Artigo 265.º- O Princípio da adequação formal - Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

funda em, pelo menos, treze pontos que apontam para o surgimento de um novo processo civil autoritário: 1. A possibilidade de o juiz "adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito" (art. 107, V). "Quando o procedimento ou os atos, a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o Juiz, ouvidas as partes e observado o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste." (art. 151, § 2º)²⁰². (grifou-se)

Discorda-se de tal postura encampada pela OAB. Assegurado o contraditório, leia-se, desde que científicas as partes previamente, da maneira com que o magistrado conduzirá o feito, a adequação do procedimento, antes de ferir garantias dos cidadãos, estará preservando-as, i.e., possibilitando o exercício pelo jurisdicionado do direito a tutela qualificada.

Acredita-se, veementemente, que os tempos são outros. Hodiernamente há mecanismos de controle passíveis de obstar a famigerada "ditadura dos magistrados" a que aludem os resistentes à reforma. Desde que mantidos os mecanismos recursais e preservado o contraditório, ampliar os poderes do juiz com o fito de tutelar o direito material em litígio não implica cerceamento de garantias fundamentais, mas realização destas.

Deve ser tida como inexorável, no século XXI, a marcha do processo no sentido de internalização de normas abertas. Como assevera Marinoni²⁰³:

As novas técnicas processuais, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo."

Infortunadamente, porém, o denominado 'conservadorismo legal' parece ter prevalecido. No apagar das luzes da tramitação do já então projeto de lei pelo Senado, o relatório final teve incorporadas determinadas emendas, dentre elas algumas atinentes justamente ao inciso V do artigo 107. Agora, no projeto em trâmite

²⁰² MANIFESTO CONTRA O NOVO CPC do XXXIII Colégio de Presidentes de Subseções da OAB. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2010/11/03/6540/>. Acesso em 22.10.2012.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. op. cit., p.285.

perante a Câmara dos Deputados, o conteúdo do artigo 107 do anteprojeto habita o artigo 118, e o inciso V passou a ter a seguinte redação:

PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

Lamentável tal emenda que restringiu, em muito, a amplitude da reforma que se pretendia empreender quanto à adaptabilidade do procedimento. A dilatação de prazos já era possível pelo texto do Código de Processo em vigência e a ordem da produção de meios de prova também. Ora, desde a inclusão do parágrafo 7º no artigo 273 já era possível formular incidentalmente a cautelar de ‘antecipação de provas’.

A alteração do inciso V do anteprojeto tornou praticamente inócua a reforma empreendida, tolheu grande parte do avanço que se pretendia dar ao sistema processual no concernente ao exercício de cognição adequada e prestação de tutela qualificada, as quais, relembre-se, são garantias fundamentais do cidadão.

Resta a esperança de que até a aprovação final do projeto seja reanalisada a matéria e reinserida a possibilidade de adaptabilidade do procedimento pelo magistrado, esta que era uma das mais nodais alterações procedimentais do código.

3.3 O NOVO CPC E AS TUTELAS DIFERENCIADAS

No que toca especificamente as tutelas diferenciadas, o projeto de novo CPC inova ao positivar aquilo que a doutrina mais moderna denomina ‘estabilização dos efeitos da tutela antecipada’. Trata-se, nos dizeres de Gustavo Gonçalves Gomes ²⁰⁴, da “situação jurídica que torna possível a conservação da

²⁰⁴ GOMES, Gustavo Gonçalves. *A estabilização da tutela antecedente: eficiência e maior adequação da prestação jurisdicional*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 set. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/>>. Acesso em: 10.11.2012.

eficácia da medida antecipada concedida, mesmo diante da inexistência de decisão posterior de mérito que a confirme”.

O instituto reside nos artigos 280 a 282 do projeto em trâmite na Câmara:

PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 280. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

§ 1º Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor.

Art. 281. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§ 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Art. 282. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais quanto ao objeto da medida requerida em caráter antecedente.

§ 2º A parte será intimada para se manifestar sobre o pedido principal, por seu advogado ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação.

§ 3º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.

§ 4º Na hipótese prevista no § 3º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados. (grifou-se)

Vê-se, pois, que pela nova sistemática procedimental, uma vez deferida a medida antecipatória, se esta não for impugnada pelo Réu, a tutela se pereniza, tornando desnecessária a propositura da famigerada ação principal (medidas cautelares) ou mesmo da continuação do feito (medidas satisfativas). Agora é dado as partes, autor e réu, avaliarem a necessidade e a oportunidade de fazê-lo.

Lucon²⁰⁵ em monografia sobre o tema da estabilização da tutela antecipada leciona que são três as vertentes doutrinárias sobre o instituto. A primeira prega que a estabilização seria fenômeno processual que tomaria lugar quando a contestação apresentada pelo Réu demonstrasse incontrovérsia sobre parcela dos pedidos exordiais. Neste caso, poderia o magistrado antecipar a tutela em decisão interlocutória com natureza de sentença, cuja não impugnação pelo recurso cabível - agravo de instrumento - geraria preclusão *pro iudicato*, possibilitante de execução definitiva.

A segunda vertente doutrinária trabalha com a teoria do *juízo de mérito eventual*. Deferida a antecipação de tutela pelo magistrado - fosse pelo inciso I, fosse pelo inciso II do artigo 273 do CPC, o julgamento meritório da demanda estaria sujeito à iniciativa da parte interessada. Somente havendo requerimento do interessado o feito prosseguiria à decisão com cognição exauriente. Explica Lucon²⁰⁶:

A partir dessas sugestões, a tutela antecipada aproximar-se-ia dos *référés* previstos nos ordenamentos jurídicos belga, francês e luxemburguês e da tutela antecipada do direito italiano, ao deixar de impor, em todos os casos, o exame definitivo na sentença de mérito; em certa medida, ainda por esse enfoque, pode-se afirmar que a tutela antecipada se aproximaria também do sistema germânico, pois nas cautelares (e, dentre elas, aquelas de caráter satisfativo), o início do juízo de mérito depende do requerimento da parte interessada ou pode ser exigido pelo juiz, dentro dos poderes discricionários que lhe são conferidos (ZPO, § 926).

A terceira vertente seria a mais extremista. Para esta parcela da doutrina, havendo antecipação dos efeitos da tutela e ausente pronta impugnação - i.e., não interposto tempestivo agravo de instrumento - a decisão passaria de interlocutória para definitiva de mérito, com natureza de verdadeira sentença transitada em julgado.

Vê-se, então, que o projeto de novo CPC, tal como redigido, se filiou a segunda corrente supra aludida - do julgamento de mérito eventual. O parágrafo

²⁰⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito*. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 10.11. 2012.

²⁰⁶ Idem, *Ibidem*.

quarto do artigo 282 deixa claro que a decisão antecipatória, caso não impugnada tempestivamente, tem estabilizados seus efeitos, porém, pode vir a ser modificada, eventualmente, por pedido específico ou ação autônoma manejada posteriormente pela parte prejudicada.

Compare-se isto com a doutrina de Bellinetti publicada em 1997 e se vê o brilhantismo do professor paranaense, que já há 16 anos defendia a sistematização deste tipo de tutela jurisdicional, à época por ele denominada de ‘tutela urgente satisfativa’²⁰⁷:

Parece-nos que uma distinção fundamental entre a tutela cautelar e a urgente satisfativa reside no fato de que na primeira pode haver antecipação no plano fático para assegurar o resultado útil de um processo de tutela satisfativa, onde há um direito material que necessariamente será (ou está sendo) discutido, enquanto que na segunda há a emissão de uma norma concreta que satisfaz um pedido de proteção de determinado direito material, norma essa passível de rescisão em outro processo de cognição exauriente, que poderá ou não ser proposto. A nosso ver esse entendimento não fere a garantia constitucional do direito à cognição adequada, pois o cerne desse direito não reside na necessidade da presença de cognição exauriente em todo processo de tutela satisfativa, mas apenas na sua possibilidade, ainda que em outro processo. Tal conclusão nos parece necessária a fim de se promover o equilíbrio entre o direito à cognição adequada e o direito à adequada tutela jurisdicional.

Por tudo isto, a opção eleita pela Comissão elaboradora parece ter sido acertada. É preciso lembrar que o projeto continua prevendo antecipações de tutela em situações de urgência, cujo elemento característico é a sumariedade da cognição e, assim sendo, temerário seria acobertar tais decisões com o manto da coisa julgada.

No mais, o anteprojeto destaca duas modalidades nodais de tutela diferenciada: a tutela de evidência e a tutela de urgência, as quais serão apreciadas logo em seguida.

²⁰⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. *op. cit.*, p.134.

3.3.1 A Tutela de Evidência

A Tutela de Evidência é mais uma inovação relevante introduzida pelo anteprojeto, e que diferentemente do procedimento de adaptabilidade, conseguiu sobreviver sem grandes alterações durante a passagem pelo Senado.

Não que a comissão tenha encampado o conceito de urgência de Zavaski, que se recorde, vê como urgente toda situação em que a prestação jurisdicional pode sofrer injustificado atraso, mas houve inequívoco reconhecimento da necessidade de se tutelar o direito material cuja existência seja possível aferir inequivocamente desde logo - e aqui se vê a assinatura do relator da comissão, Luiz Fux, que desde sua tese de doutoramento já defendia a necessidade de prestação jurisdicional diferenciada nestas circunstâncias²⁰⁸.

Como explica a própria exposição de motivos do anteprojeto:

Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de ineficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do ano.

Evidente²⁰⁹ é aquilo que é claro, manifesto, cuja compreensão se dá sem necessidade de esforço. A tutela de evidência, destarte, seria aquela prestada no bojo de processo em que os fatos levados à cognição do magistrado permitem pronta prestação de tutela jurisdicional.

O Direito evidente, portanto, “é aquele considerado líquido e certo na sua essência e sob o prisma probatório, denotando-se indevido para a sua tutela o procedimento ordinário, ditado historicamente para os estados de incerteza jurídica²¹⁰”.

Enquanto a doutrina atual - e minoritária - se esforça para sustentar

²⁰⁸ Cf. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

²⁰⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *op. cit.*..

²¹⁰ FUX, Luiz. *op. cit.*, p.371.

a previsão de tutela de evidência no atual inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil e tem de conviver com as críticas daqueles que a negam peremptoriamente - doutrina majoritária -, o projeto em trâmite positiva sua previsão, pacificando definitivamente a cizânia existente:

PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar. (grifou-se)

De fato, já era tempo. Avultam exemplos na prática forense em que a situação de lesão ou ameaça de lesão a direito trazidas ao conhecimento do judiciário via demanda estão claras. Nestes casos não há por que se negar ao jurisdicionado a prestação de tutela de maneira célere avocando como justificativa o dogma da necessidade de 'certeza', que só poderia advir de cognição exauriente.

Aliás, Fux esclarece que, a peculiaridade da tutela de evidência é que, diferentemente da tutela de urgência em que há antecipação dos efeitos da tutela em sede de cognição sumária, o que só é permitido pela existência de *periculum in mora*, na tutela de evidência a cognição empreendida permite resultado muito semelhante à cognição exauriente, portanto, a tutela é prestada independentemente da existência de *periculum*:

Observa-se, por oportuno, que a evidência do direito exclui a cognição sumário, porque é o próprio objeto litigioso que se oferece completo ao Juízo. A margem de erro é aquela que se verifica em todo provimento, mesmo de cognição dita exauriente, e como consectária da humanidade do julgador. Mas, em contrapartida, a prontidão ora preconizada se ajusta à moderna exegese do princípio da 'justiça adequada', porque ao preceito constitucional de que 'nenhuma lesão escapará à apreciação do judiciário' deve encaixar-se a tutela célere do direito material. O decurso de tempo diante do direito evidente sem resposta, por si só, representa uma 'lesão'. Ademais, a fórmula constitucional foi ditada para 'entrar em ação' tão logo descumprido o direito objetivo. Assim, desrespeitado o direito evidente, incide a garantia judicial, que variará na sua efetivação conforme a demonstração da lesão seja evidente ou duvidosa²¹¹.

²¹¹ FUX, Luiz. *op. cit.*, p.309.

Simplificando-se os conceitos: a tutela de evidência segue o mesmo rito procedimental da tutela de urgência, mas carece da demonstração da existência do *periculum in mora* do provimento. De igual sorte, não há que se falar em *fumus boni juris* ou verossimilhança das alegações, mas sim de um *status* de certeza acerca do Direito que se apresenta ao Estado-juiz.

Seriam, assim, exemplos de situações que permitiriam a prestação de tutela à evidência os processos em que se discute direito advindo de fatos notórios, incontroversos, provados por intermédio de provas emprestadas de outro processo, ou ainda, direito que afluí de atos de ilegalidade manifesta. Também não se pode olvidar das questões meramente interpretativas acerca de dispositivo legal, bem como os dissídios acerca da prescrição e decadência de direito, conflitos que por não necessitarem de maior dilação probatória, permitem a prestação de tutela, desde logo, com cognição exauriente.

E para aqueles que levantam à bandeira da inconstitucionalidade, alegando que a prestação de tutela por tal procedimento feriria o ditame constitucional do *devido processo legal*, vale a brilhante lição de Fux que, em compasso com o que se afirmou até aqui neste trabalho, esclarece que:

A tutela imediata dos direitos evidente, antes de infirmar o dogma do *due process of law*, confirma-o, por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que seduz. O Acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige 'efetividade', que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o 'indevido processo'²¹².

Reitere-se: não é que o projeto de lei tenha por urgente toda situação de litígio em que o direito seja claro, o que houve foi o reconhecimento de que a máxima de Rui Barbosa²¹³ - para quem justiça atrasada se trata, em verdade, de injustiça manifesta - se encontra, mais do que nunca, atualizada e contextualizada ao que determina o diploma constitucional.

Sendo, então, possível *prima facie* ter certeza acerca da existência

²¹² Idem, ibidem, p.319.

²¹³ *Oração aos moços. Op. cit.* p.40.

dos fatos trazidos aos autos e, conseqüentemente, da presença do direito invocado pela parte, nada deve impedir que a prestação jurisdicional seja imediatamente entregue.

3.3.2 A Tutela de Urgência

A Tutela de Urgência também teve a sistemática procedimental alterada pelo projeto de novo código. Aliás, as alterações, mais do que procedimentais, foram conceituais, e isto era necessário.

Como muito bem aponta o italiano Edoardo Ricci²¹⁴:

A experiência demonstra que o procedimento sumário predeterminado para a tutela antecipatória tende a suplantar o processo de cognição ordinário como instrumento para a tutela dos direitos subjetivos, a tal ponto que, em França, a maioria das controvérsias cíveis não vai além do puro e simples procedimento de *référé*. Assiste-se assim a uma inafastável tendência à sumarização da justiça civil, a ensejar que as garantias ínsitas ao processo de conhecimento ordinário sejam reputadas inúteis; e no mesmo momento em que se continua a estudar o processo civil ordinário como principal instrumento para a tutela dos direitos, a prática limita-se a uma tutela totalmente diversa e menor. Pode-se falar aqui de uma verdadeira derrota da tutela jurisdicional dos direitos segundo os seus modelos mais adequados.

Além da alteração alusiva à *estabilização da tutela antecipada* que já foi alvo de apontamentos, o PL 8046/2010 traz outra modificação interessantíssima no que toca à tutela de urgência, e por ela se tem por definitivamente sepultada a discussão acerca da possibilidade ou não de se deferir em sede antecipatória medidas cautelares²¹⁵. O projeto é claro: as tutelas de urgência, que podem ser solicitadas logo no início ou incidentalmente, podem ter natureza cautelar ou

²¹⁴ *A Tutela Antecipatória Brasileira Vista Por Um Italiano*. Tradução de José Rogério Cruz e Tucci. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 10.11. 2012.

²¹⁵ Desde 1994, com a reforma que introduziu a tutela antecipada no ordenamento pátrio por intermédio do artigo 273 do CPC, a doutrina debate acerca da possibilidade da concessão de medidas cautelares em sede antecipatória. Em 2002 com a inclusão do §7º no referido dispositivo acreditava-se que tal discussão seria enfim superada, mas isto não ocorreu. Mesmo nomes de peso da doutrina nacional como, v.g. MARINONI, continuam a defender a impossibilidade de tal ocorrer salvo em casos excepcionalíssimos.

satisfativa²¹⁶.

Aliás, o projeto aboliu um capítulo próprio para as cautelares, tal qual o uso das expressões *cautelares nominadas e inominadas*. O que se tem agora são medidas de urgência que se diferenciam por suas especificidades, ora são medidas de cunho cautelar ora de cunho satisfativo. O projeto adota, portanto, a doutrina da 'satisfatividade jurídica' encapada por Donaldo Armelin e já anteriormente abordada neste trabalho.

No mais, o projeto simplificou os requisitos necessários ao deferimento deste tipo de tutela. Não se diferenciam mais verossimilhança, prova inequívoca e *fumus boni juris*, tudo o que se tem agora é a necessidade de demonstrar plausibilidade de existência do direito invocado, tornando superada mais uma insolúvel discussão doutrinária²¹⁷, *in verbis*:

PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Outra disposição que merece relevo foi a preocupação do legislador com a plena reversibilidade dos efeitos da medida de urgência. A possibilidade de que a medida se revele posteriormente descabida não foi olvidada, antes foi conciliada com o princípio constitucional do irrestrito acesso à justiça. Da conjugação dos artigos 274 e 276 do projeto há que os interesses patrimoniais daquele que está sofrendo a constrição devem ser preservados pelo julgador, mas não a ponto de impedir o gozo da medida de urgência pela parte requerente²¹⁸.

²¹⁶ Projeto de CPC Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.

²¹⁷ A diferenciação entre verossimilhança, prova inequívoca e *fumus boni juris* é outra questão que até hodiernamente serve de palco para intermináveis e inconciliáveis discussões doutrinárias. Diz-se que a prova inequívoca seria aquela capaz de, por si só, possibilitar ao magistrado ter como muito provável a ocorrência do fato alegado - verossimilhança. O *fumus boni juris*, por sua vez, possibilitaria o deferimento de medidas liminares, ainda que os documentos coligidos aos autos não possibilitassem o mesmo grau de convencimento proporcionado pelas provas inequívocas. O conceito de plausibilidade encamparia, de uma só vez, os dois conceitos. Pelo conceito de plausibilidade basta ser *crível* ao Juízo que os fatos narrados sucederam da forma como alegado. Cf. Bueno, Cassio Sarcapinella, *Tutela Antecipada*. *Op. cit.* p.39.

²¹⁸ PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Art. 274. Independentemente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se: I - a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

3.3.3 Impressões Finais Sobre o Projeto e as Tutelas Diferenciadas

Feitos estes apontamentos, tem-se que o projeto de novo CPC em trâmite anda bem no que tange as tutelas diferenciadas. Com ressalva à emenda legislativa que cerceou os auspícios mais inovadores da adaptabilidade procedimental, a positivação das Tutelas de Evidência e a nova sistematização das Tutelas de Urgência vão de encontro aos anseios sociais e permitem ao projeto bem cumprir o seu mister instrumental.

É, outrossim, justamente na resignação quanto ao seu papel instrumental que reside a maior das virtudes do projeto. Como assevera Artur César De Souza²¹⁹ em lúcida observação, o grande problema das alterações processuais que ocorrem no Brasil é que, em breve tempo, elas acabam por obnubilar seus próprios fundamentos:

O problema é que as soluções de caráter nitidamente instrumental, postas e impostas no sistema jurídico brasileiro, frequentemente tendem a individualizar as regras procedimentais de tal forma que no passar do tempo estas não mais são consideradas instrumentos para atuação dos direitos individuais, mas como fim em si mesmo. Uma vez estabelecidas essas regras, a sua razão de ser tende a ser esquecida, e começam a ser consideradas intrinsecamente justas, perdendo a sua função instrumental. Frequentemente são elevadas às condições de direito constitucional, garantindo assim que toda decisão que decorra de um processo conforme tal regra é considerada por si só justa. Não se deve jamais esquecer que a função de tal garantia reside no fato de que elas são instrumentos que permitem a atuação do Direito material dos indivíduos que participam do processo e que não podem ser consideradas justas em si mesma, devendo encontrar justificação no respeito aos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico aos indivíduos.

II - obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais; IV - o juiz acolher a alegação de decadência, ou da prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida.
Art. 276. [...] Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

²¹⁹ SOUZA, Artur César de. *Processo Justo ou Solução Justa*. in Revista de Processo. v. 36 n. 195. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011 *op. cit.* p.39.

Respeitam-se as críticas que sustentam a desnecessidade da elaboração de um novo código processual, mas, como adrede exposto, a confecção de um novo Diploma representa mais do que a simples elaboração ou reelaboração de normas processuais. Antes, tem-se um marco divisório de efeitos psicopedagógicos: o processo civil vive uma nova fase em que devem imperar novos postulados, principiando pelo retorno do arcabouço processual às origens instrumentalistas e findando com o mandado de interpretação normativa vinculada a Constituição e ao Estado Democrático por ela estabelecido.

CONCLUSÕES

1. O homem é ser gregário, necessita viver em coletividade, seja para suprir suas necessidades mais comezinhas de subsistência, seja para aprimorar sua realização cultural, mas nem por isto está a salvo de situações conflituosas.

2. Os conflitos se impõe como óbice à consecução dos objetivos visados pela formação do grupo social e, justamente por isto, o homem sempre esteve preocupado com a elaboração de formas para sua solução.

3. Visando ordenar a vida em coletividade a sociedade estabeleceu padrões de conduta inspirados em diversas fontes - costume, moral, religião etc. - mas logo percebeu que tais comandos eram estéreis se desprovidos de um mecanismo que pudesse fazer obrigatória sua observância.

4. Como modalidades de solução de conflitos, a autotutela e a autocomposição implicam em pacificação parcial dos litígios, eis que vinculadas aos interesses e à força bruta dos contendores. Esta foi a razão pela qual a centralização de poder e o conseqüente monopólio da violência nas mãos do Estado culminaram com a superação de tais institutos pela jurisdição.

5. A jurisdição representa, ao mesmo tempo, expressão de poder, função e atividade estatais. Como poder reflete a capacidade do Estado de impor coercitivamente condutas aos cidadãos, como função exprime o dever do Estado de solucionar os conflitos que lhe são levados a apreço, mantendo um contexto social pacífico e apto ao desenvolvimento social e, como atividade, reflete o conjunto de atos desempenhados pelo Estado-juiz para conhecimento do conflito e entrega de sua solução.

6. Alguns dos 'padrões de conduta' estabelecidos pela sociedade - as denominadas normas sociais - foram providas de observância obrigatória e possibilidade de exigibilidade - galgaram assim degrau e tornaram-se normas jurídicas. Norma jurídica, destarte, é gênero do qual são espécies regras e princípios que visam impor condutas aos membros da sociedade e/ou organizar a estrutura do Estado, tendo como escopo a pacificação social.

7. No paradigma do Estado Democrático de Direito a jurisdição deixa de ser validada pela mera previsão normativa. Na revolução copernicana do Direito,

o homem é transportado da periferia para o centro do sistema normativo, passando o povo, então, a ser a entidade legitimante e o objeto finalístico da jurisdição.

8. A jurisdição ganha legitimidade, no paradigma democrático, por intermédio de um processo cíclico, pois ao efetivar o ideal de justiça almejado pela coletividade, atinge o escopo de pacificação social, mantendo a ordem e propiciando condições favoráveis ao respeito à dignidade humana e o conseqüente desenvolvimento da sociedade.

9. Valores estabelecidos pela Constituição e pelo Estado Democrático de Direito são dados objetivos que implicam estabelecer um critério de valoração ou desvalorização de condutas. O conflito submetido à apreciação do Estado-Juiz representa, em última análise, uma disputa acirrada por valores.

10. O magistrado, como representante do Estado no exercício da jurisdição, deve ser imparcial, mas jamais neutro, não podendo se olvidar que detém poderes para o desempenho de uma função eminentemente interpretativa e valorativa. Deve o julgador, portanto, estar culturalmente contextualizado ao meio social em que ocorrem os conflitos que lhe são dados decidir e, ainda, fundamentar suas decisões nos valores desta sociedade.

11. No Estado Democrático de Direito os valores fundamentais da sociedade estão contidos expressa ou implicitamente no texto Constitucional e, por isto, este sempre deve pautar a solução dos conflitos.

12. A justiça é modalidade do valor bem, de maneira que norma jurídica justa é aquela que cumpre seu objetivo de pacificação social ao mesmo tempo em que respeita a dignidade da pessoa humana e possibilita ao jurisdicionado sua plena realização pessoal.

13. Há um embate conceitual sobre residir a justiça da norma jurídica em sua forma ou em seu conteúdo. Para os formalistas, cujo pensamento marcou a escola do 'positivismo jurídico', não existem celeumas valorativas no Direito. A análise sobre a justiça da lei fica restrita a verificação de sua pertinência a hierarquia normativa e à validade de sua inserção no ordenamento. Já para os adeptos da justiça material, faz-se imprescindível que o conteúdo da norma jurídica corresponda a realização da natureza humana. Para tal corrente, é indispensável que a essência do comando normativo possibilite ao jurisdicionado a satisfação de seu direito subjetivo.

14. O pós-positivismo representa um esforço de superação do assético legalismo positivista ao impor ao intérprete jurídico que equilibre a imperatividade abstrata da norma jurídica com a aplicação materialmente justa do ordenamento jurídico, implicando, em última análise, no dever do magistrado de deliberar adequadamente sobre as consequências de sua decisão no mundo fenomênico.

15. Proceder a uma análise multifacetária do conflito que lhe é dado conhecer, sopesando detidamente as alegações e provas colacionadas aos autos, de maneira a aplicar o Direito preservando a justiça material sem descuidar da justiça formal, são tarefas que demandam um intérprete prudente, que se abre ao conhecimento, ponderando o problema que lhe é dado solucionar não de forma isolada, mas também no contexto paradigmático no qual este está inserido.

16. A hermenêutica jurídica toma lugar de destaque na era do pós-positivismo justamente por permitir ao intérprete analisar de modo multidimensional o ordenamento jurídico. O manejo dos métodos hermenêuticos possibilita encontrar, dentre os vários sentidos possíveis de um texto jurídico-normativo, aquele que melhor corresponda aos critérios de razoabilidade e justiça necessários à solução do caso concreto.

17. Dentre as recentes contribuições da hermenêutica jurídica podem-se citar a nova retórica de Chain Perelman, a tópica de Theodor Viehweg e a lógica do razoável de Luis Recaséns Siches, que ponderam sobre a importância do diálogo no Direito, da análise multifacetária do objeto cognoscente e da insuficiência da lógica formal para a prolação de decisões justas.

18. Por tutela jurídica se tem a proteção que o ordenamento jurídico dá aos direitos subjetivos dos jurisdicionados, já por tutela jurisdicional deve se compreender a proteção que o Estado confere a estes direitos. Deve, portanto, a tutela jurisdicional, concretizar a tutela jurídica no mundo fenomênico.

19. No paradigma do Estado Democrático de Direito, a norma insculpida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal deve ser interpretada de forma a se compreender o exercício da jurisdição não só como mera atividade de reconhecimento estatal de que sobre determinados fatos havidos no mundo fenomênico se aplicam consequências jurídicas, mas sim como o exercício de um poder-dever do Estado-juiz de velar para que, subsumidos os fatos à normas jurídicas, as consequências por estas previstas devem efetivamente ser operadas no

mundo fenomênico. A tutela jurisdicional no Estado Democrático deve, portanto, ser compreendida como tutela jurisdicional qualificada, ou seja, aquela prestada de modo efetivo e tempestivo.

20. Denomina-se cognição a atividade desempenhada pelo magistrado de conhecer das razões que lhe são levadas a apreço pelos jurisdicionados por intermédio do processo. Tal atividade, de natureza pensante, se contrapõe a prática de atos automáticos, requerendo para obtenção de resultado satisfatório extrema capacidade intelectual e técnica do julgador.

21. Para prestar a tutela jurisdicional qualificada, é fundamental que o Estado-juiz conheça adequadamente dos fatos que lhe são levados a conhecimento, daí o ponto de contato entre a tutela jurisdicional qualificada e a temática da cognição.

22. É conceituada de 'cognição adequada' a atividade de manejo das técnicas cognitivas com o objetivo de compatibilizar as questões de tempo, satisfatividade e efetividade do processo com o conflito nele veiculado.

23. No contexto do Estado Democrático de Direito, em que a garantia de acesso à Justiça deve ser tida por coincidente com o direito a obtenção de uma tutela jurisdicional qualificada, a cognição adequada galga o *status* de garantia fundamental do cidadão.

24. A técnica de cognição adequada implica em variabilidade procedimental para prestação de tutela jurisdicional qualificada. Supera-se a clássica e estanque divisão de tutelas em cautelar, cognitiva e executiva e forja-se o conceito de tutela diferenciada, que implica, em última análise, na adaptabilidade e adequação do rito procedimental padrão - ordinário - às especificidades de situações atípicas com que se depara o julgador no desempenho de seu mister.

25. Afiguram-se como expressões de tutelas diferenciada as 'Tutelas de Urgência e as Tutelas de Evidência, estas últimas positivadas pelo projeto de Novo Código de Processo Civil. Tais técnicas procedimentais propiciam ao magistrado melhor manejo do processo e permitem avanço na prestação de tutela jurisdicional qualificada, já que possibilitam melhor equilibrar as questões do tempo, satisfatividade e efetividade do processo.

26. O projeto de Novo Código de Processo Civil em trâmite perante o Congresso Nacional representa considerável avanço na sistematização das tutelas diferenciadas - inclusive, dê-se ênfase ao instituto da estabilização dos efeitos da

tutela antecipada - mas, pecou ao modificar o anteprojeto em seu avanço mais relevante, que possibilitava ao magistrado construir o procedimento de acordo com o litígio que lhe era dado solucionar.

27.A despeito da discussão sobre a desnecessidade da criação de um novo diploma processual, a promulgação de novo código tem efeitos psicopedagógicos: tornar claro que já se tem por superada a fase solipsista do processo civil, em que imperava o extremismo formalista. Já reconhecida a autonomia do arcabouço processual frente ao ordenamento jurídico material, deve-se retomar a natureza instrumental do processo, esta comprometida com a realização do direito material e, no contexto de uma Estado Democrático de Direito, com a concretização dos valores insertos no texto constitucional.

Espera-se que o trabalho que ora se finaliza, ao possibilitar contato com diversas e divergentes concepções sobre a temática da tutela jurisdicional e fomentar discussão sobre a necessidade de um intérprete prudente para manejo e aplicação do Direito, mais do que servir de requisito para conclusão ao curso de mestrado, sirva de contribuição para a formação do intérprete jurídico.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica em torno da “ação de direito material”*. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 15.10.2012.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela Antecipada*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *Os princípios dominantes no processo civil e o sincretismo processual com vistas ao 3º milênio*. Disponível em: <<http://processoemdebate.files.wordpress.com>> Acesso em: 29.08.2012.

AMENDOEIRA JUNIOR, 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.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pierres. *Filosofando: Introdução a Filosofia*. São Paulo: Moderna, 1986.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

_____. *Ética à Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009
ARNAUD, André-Jean. *O Direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Caéller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

ARMELLIN, Donaldo. *A Tutela Jurisdicional Cautelar*. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1985, v.23.

AUSTIN, Jhon. *El objeto de la Jurisprudencia*. Tradução de Juan Ramón de Páramo Arguedes. Madri: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BALLESTEROS, Jesus. *Sobre el Sentido del Derecho: Introduccion a la Filosofia Juridica*. 3. ed. Madri: Tecnos, 2007.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARZOTTO, *Filosofia do Direito: Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas*

sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança Coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro*. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigue. São Paulo: Ícone, 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. v.1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v.3.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v.1.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas: Servanda, 1999., v.1.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico semântico*. São Paulo: Noeses, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2002, v.1.

_____. São Paulo: Saraiva, 1995. v.2.

COELHO, Luis Fernando. *Lógica Jurídica e interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas Preventivas, medidas preparatórias e*

medidas de conservação. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1981.

COUSTRIN, Gilberto. *Instituições de Direito Público Privado*. Curitiba: Bookseller, 2008.

CUENCA, Humberto. *Processo Civil Romano*. Buenos Aires: Europa-America, 1957.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. In: Revista Diálogo Jurídico. CAJ - Centro de Atualização Jurídica. Salvador. v.1. n.7. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23.10.2012.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.3.

_____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v.4.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*; tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível no sítio eletrônico do Senado Federal <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> acesso em 20.10.2012.

Fazzalari, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Tipologia das tutelas de urgência*. In Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – v.1. n.1/1995. Disponível em: <<http://daleth2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 16.10.2012.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GEORGEN, Pedro. *Educação e valores no mundo contemporâneo*. Texto disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/es/v26n92/v26n92a13.pdf>> Acesso em 20.10.2012.

GIACÓIA, Gilberto – *Justiça e dignidade in Em Tempo*, Revista de Direito da Univem. Marília: Univem, 2004, v.6.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: Um contributo ao Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Os poderes do juiz na Direção e instrução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado De Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Gustavo Gonçalves. *A estabilização da tutela antecedente: eficiência e maior adequação da prestação jurisdicional*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 19 set. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

GÓES, Ricardo Tinoco. *Efetividade do Processo e Cognição Adequada*. Natal: MP, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. [S.I.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Almedina: Coimbra, 2001.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico político)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HOMERO, *Ilíada*. Tradução de Manuel Odorico Mendes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org>> Acesso em: 24.09.2012.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. Lisboa: Arménio Amado, 1984.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v.3. Tomo I.

LARENZ, Karl, *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Lacouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v.1.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito*. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em

<<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 10.11. 2012.

MACHADO, Fábio Cardoso. 'Ações' e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS, Vicente. *Dos Valores*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com>>. Acesso em: 11.09.2012.

MANIFESTO CONTRA O NOVO CPC do XXXIII Colégio de Presidentes de Subseções da OAB. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2010/11/03/6540/>. Acesso em 22.10.2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

_____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva*. In Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. v.1. n. 1/1995. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>> Acesso em: 17.10.2012.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Processo Cautelar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, Jacy de Souza, *Curso de Filosofia do Direito – O homem e o Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MESQUITA, Eduardo Melo. *As tutelas Cautelar e Antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Franciso Calvanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Tomo V.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Polêmica Sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual)*: Uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 15.10.2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MORENTE, Manuel García. *Fundamentos de filosofia: lições preliminares*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1966.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *O problema da eficácia da sentença*. In: Revista de Processo n. 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *O formalismo valorativo no confronto com o formalismo Excessivo*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em: 20.10.2012.

PALMA, Rodrigo Freitas. *A História do Direito*. 2. ed. Brasília: Fortium, 2008.

PARGA, Milagros Otero. *Valores Constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica*. Espanha: Universidade de Santiago de Compostela, 1999.

PERELMAN, Chain. *La logica jurídica y la nueva retorica*. Madri: Civitas, 1988.

PORTANOVA, *Princípios do Processo Civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: www.fortium.edu.br/. Acesso em: 20.10.2012

RACHELS, James - *Elementos de Filosofia Moral*. Lisboa: Gradiva, 2004.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Fundamentos do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. *Antecipação dos Efeitos da tutela e o abuso de Direito - Uma nova leitura do inciso II do artigo 273 do CPC*. in COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Helfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (org.). *Linhas mestras do Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2004.

RICCI, Edoardo. *A Tutela Antecipatória Brasileira Vista Por Um Italiano. Tradução de José Rogério Cruz e Tucci*. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 10.11. 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: Fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México: Porrúa, 1970.

_____. *Introducción al Estudio Del Derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1985

_____. *Nueva Filosofia de la interpretación del Derecho*. México: Porrúa, 1973.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Tutela cautelar inominada no direito brasileiro de acordo com a constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, v.3.

SOARES, Evanna. *A norma jurídica em Kelsen*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

SÓFOCLES, *Antígona*. Tradução e versão do grego de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

SOUZA, Artur César de. *Processo Justo ou Solução Justa*. in Revista de Processo. v. 36 n. 195. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho*. México: Porrúa, 1974.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Lições Fundamentais de Direito: Negócios Jurídicos*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006, v.2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. 47. ed Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.2.

_____. *Processo Cautelar*. 16.. ed. São Paulo: Leud, 1995.

VARELLA, Marcelo Pinto. *Princípios norteadores da atividade jurisdicional em seu contexto político social*. São Paulo: Lex, 2001.

VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do Direito*. Tradução de Antônio José Brandão. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1959.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dale Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*.

11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

WATANABE, kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2000.