

Universidade Federal de Santa Catarina
CURSO DE DIREITO

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL:
AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO COROLÁRIO DA EFETIVIDADE DO
DIREITO DE AÇÃO**

CAIO HENRIQUE VALE TOMAZONI

FLORIANÓPOLIS – SANTA CATARINA
2011

CAIO HENRIQUE VALE TOMAZONI

AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO COROLÁRIO DA EFETIVIDADE DA AÇÃO

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal do Estado de Santa Catarina**

Orientador:

PROF. SAMUEL MATTOS

FLORIANÓPOLIS – SANTA CATARINA

2011

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a o Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2011.

DEDICATÓRIA

DEDICO ESTE TRABALHO AO MEU PAI FRANCISCO E À MINHA MÃE RITA, QUE, ATRAVÉS DE SUA DEDICAÇÃO E TRABALHO POSSIBILITARAM MINHA FORMAÇÃO NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, ME APOIANDO E ME AJUDANDO EM TODOS OS ASPECTOS DA VIDA COTIDIANA, LONGE DE CASA, MAS PERTO DO CORAÇÃO; E À MINHA NAMORADA LÍGIA MACIEL, QUE COM SEU CARINHO E COMPREENSÃO TROUXE ALEGRIA INÉDITA À MINHA VIDA E MOTIVAÇÃO SUFICIENTE PARA ATRAVESSAR MAIS ESTA FASE EM MINHA VIDA.

RESUMO

A presente monografia trata sobre as tutelas de urgência como corolário da efetividade do direito de ação. As transformações ocorridas no contexto histórico-político nos Estados, especificamente, no brasileiro, com a passagem dos valores liberais aos sociais, influenciaram o advento e as características das Constituições Federais. Com isso, as normas constitucionais tiveram como norte os interesses da coletividade, e também emanaram tais interesses às regras processuais, retirando do processo suas características obstaculizantes ao direito material, consubstanciadas no formalismo excessivo, e passando a conter princípios que garantem a justa duração do trâmite jurisdicional, com o objetivo de não ver usurpada a utilidade do processo face a deterioração do direito ou do bem da vida *sub judice*. A efetividade de institutos como os das tutelas de urgência, implícito ao direito de ação, passou a ser preocupação imprescindível à aplicação do direito processual em conformidade com os ditames constitucionalmente garantidos.

Palavras-chave:

Tutelas de urgência, efetividade, processo constitucional.

ABSTRACT

This work is about the urgent tutelage as corollary of the right of action. The transformations that took place on the historical-political context among all States, specially in Brazil, with the turning point between liberal values to the social ones, has influenced the birth and the main characteristics of the Federal Constitutions of our nation. That way, the constitutional norms where guided by the collective interest of the people, and also emanated these interests to the procedural rules, cutting out the formal hindrances embodied as exasperated formalism, and furthermore containing principles that assure the fair duration of the jurisdictional course, with the sole objective of having the utility of the right of action not usurpated by the deterioration of the invoked right or even the legal asset requested. The efectivity of institutes like urgent tutelage, imbued in the right of action itself, has become the greatest worry when leading with the aplication of the procedural law accordingly with the principles wich have been assured to us by our constitution.

Key words: Urgent tutelage, right of action, effectiveness, constitutional process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1	11
DIREITO DE AÇÃO	
TEORIAS IMANENTISTA, CONCRETA, ABSTRATA E ECLÉTICA	
CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO	
CONDIÇÕES DA AÇÃO	
Interesse de agir	
Legitimidade das partes	
Possibilidade jurídica	
GARANTIAS FUNDAMENTAIS	
GARANTIAS PROCESSUAIS	
CAPÍTULO 2	30
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL	
A CONSTITUIÇÃO NO ESTADO	
DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL À SOCIAL	
BREVÍSSIMO HISTÓRICO EVOLUTIVO DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	
SOCIAIS DAS CONSTITUIÇÕES NO ESTADO BRASILEIRO	
Constituição de 1824	
Constituição de 1891	
Constituição de 1934	
Constituição de 1937	
Constituição de 1946	
Constituição de 1967	
Constituição de 1988	
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL PROPRIAMENTE DITA	

CAPÍTULO 3	47
TUTELAS DE URGÊNCIA COMO COROLÁRIO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DE AÇÃO	
AS TUTELAS DE URGÊNCIA E A DURAÇÃO DO PROCESSO	
AS TUTELAS DE URGÊNCIA E A EFETIVIDADE DO DIREITO DE AÇÃO	
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

Trata-se, nesta monografia, do processo de constitucionalização do direito processual civil e seus reflexos diante da aplicabilidade dos princípios constitucionais à efetividade das tutelas de urgência no contexto da ação. Nessa toada, surgem os seguintes problemas: o que é o processo de constitucionalização do direito processual civil? E qual o seu efeito perante a aplicação da tutela de urgência como consequência necessária à efetividade da ação?

Apresenta-se, pois, como cerne da pesquisa, a demonstração das características do direito de ação, bem como suas diferentes teorias em relação ao direito material, e sua aplicabilidade; bem como o surgimento do processo de constitucionalização do direito processual civil, que deu azo à aplicação dos princípios consagrados pela Constituição Federal ao processo, para garantir o melhor resultado possível da jurisdição, e como consequência direta, a aplicabilidade da tutela satisfativa a ser, necessariamente, relacionada à efetividade da ação.

Para alcançar respostas aos problemas propostos, a monografia baseia-se nas ilações do magistrado Hélio do Valle Pereira, bem como nas lições dos processualistas Francesco Carnelutti, Giuseppe Chiovenda e Enrico Tulio Liebmann, no que tange aos comentários iniciais sobre o direito de ação. Traz ainda, Humberto Theodoro Júnior, ao abordar o direito de ação e suas características. Compreendendo a transição entre o Estado Liberal ao Estado Social e suas consequências práticas no implemento da Constituição e seu conteúdo normativo ao direito processual, temos os doutrinadores Paulo Bonavides, Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho, e Willis Santiago Guerra Filho.

No capítulo específico sobre as tutelas de urgência como corolário da efetividade do direito de ação, Luiz Guilherme Marinoni, Cândido Rangel Dinamarco e Nélon Nery Júnior encabeçam os alicerces da fundamentação desta monografia. Sem olvidar, por absoluto, durante o decorrer de todo o trabalho, o estudo da lei constitucional, processual e civil, bem como todas as fontes baseadas no texto da Constituição Federal, no Código Civil e no Processo Civil.

A escolha do tema deu-se pela importância da utilização da Constituição como norte de toda a prestação jurisdicional, nisso abarcando, por óbvio, o direito

processual civil, com o fim de garantir as características formadoras do Estado Democrático de Direito.

Com seu inovador rol principiológico, a Constituição trouxe novo enfoque à ciência processual jurídica ao primar pela garantia da efetividade da ação, subsumida em sua utilidade, mais especificamente quanto à aplicabilidade das tutelas de urgência. Desta forma, a boa aplicação da lei processual é de indelével importância não só ao meio acadêmico-jurídico, mas também à toda a sociedade.

Utilizou-se, pois, o método dedutivo, partindo-se da gênese do direito de ação, bem como suas características; após, um esboço histórico-constitucional do Estado Brasileiro, e as alterações das Cartas Magnas que antecederam a atual, até chegar na análise específica das suas consequências na aplicação das tutelas satisfativas como corolário da efetividade do direito de ação. Para tanto, utiliza-se o procedimento monográfico aliado à técnica bibliográfica.

A estrutura do trabalho divide-se em três capítulos, além desta introdução e da conclusão. No primeiro capítulo, trata-se da origem do direito de ação, suas características, condições da ação, garantias constitucionais e processuais; no segundo capítulo, traz-se à tona a transformação política e a transição do Estado Liberal ao Social, e também a situação evolutiva das Constituições pátrias, suas principais características e o reflexo de suas normas, em especial, dos princípios e direitos fundamentais. Adentra-se ao processo de constitucionalização do direito processual civil, caracterizado pela imprescindível necessidade de concretização do direito aplicado pela jurisdição, à luz da Constituição, tendo como compromisso, inclusive, torná-la efetiva.

Ao final, estudam-se as diferenciadas tutelas, seus nascimentos, tipos, concentrando-se especificamente nas tutelas de urgência, que ao fim são a base para a justificação da garantia necessária da efetividade/utilidade do direito de ação através da concessão das tutelas satisfativas.

1 AÇÃO E DIREITO DE AÇÃO

Com o advento do Estado de Direito e, por consequência, do monopólio do uso da força na solução de conflitos, surge a necessidade de proporcionar ao súdito um mecanismo capaz de assegurar a solução de eventual conflito em que venha a se envolver, sem que precise recorrer à autotutela.

Este mecanismo é a ação judicial.

Para tanto, entra em cena o Poder Judiciário, que tem como função prestar a tutela jurisdicional ao cidadão que lhe procurar; pode-se dizer, portanto, que "o exercício da ação cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, direito que é um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional" (ROCHA, 1999, p. 31).

Dessa feita, foi na função estatal de solucionar os conflitos apresentados pelos súditos, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas, ou mesmo entes despersonalizados, que se começou a aplicar às lides a solução hipotética prevista no ordenamento jurídico vigente, mediante coação ou sanção, para com isto propiciar a paz social. Surge, então, a jurisdição.

Sabe-se que o direito pátrio adota a teoria da divisão da função estatal, na figura montesquiana dos Três Poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, cujas atribuições são, respectivamente, fazer a lei, executá-la, e dirimir eventuais conflitos provenientes de seu não cumprimento. Esta tripartição dos poderes é que propicia as condições necessárias para a existência do Estado de Direito.

Ao realizar suas funções jurisdicionais, portanto, o Estado deve perseverar nas garantias constitucionais, que são os axiomas do sistema processual. São estas garantias: o devido processo legal; o juiz natural; a indelegabilidade e indeclinabilidade da jurisdição; ampla defesa; contraditório; fundamentação das decisões judiciais; instrumentalidade das formas; celeridade processual; e muitas outras, que tem como fim a efetividade da jurisdição e garantir o próprio direito de ação (WAMBIER, 2002, pp. 39 e 40).

CHIOVENDA (1998, p. 39) é quem primeiro diferencia ação de direito de ação, utilizando os trabalhos de WINDSCHEID, MUTHER e WACH; e assim conceitua:

Estes estudos conduziram a diferenciar nitidamente o direito à prestação em sua direção pessoal determinada (Anspruch = razão ou pretensão) – que, segundo apuramos, equipara, no limiar do processo, direitos absolutos e relativos, reais e pessoais - do direito de ação, como direito autônomo, tendente à realização da lei via por via do processo. O reconhecimento dessa autonomia tornou-se completo com Adolfo Wach, que em seu Manual e na monografia fundamental sobre a ação declaratória (Der Festsellungsanspruch, 1888) demonstrou que a ação, tanto quando supre a falta de realização que, por lei, se deveria verificar mediante a prestação de um devedor, como, e principalmente, nos numerosíssimos casos em que colima a realização de uma vontade concreta da lei, tal que não deve nem pode realizar-se por outra via a não ser o processo, é um direito que se constitui por si e claramente se distingue do direito do autor tendente à prestação de seu réu devedor.”

LIEBMAN (1984, p. 151 e 152), por derradeiro, traz nova e decisiva luz ao tema, quando determina:

Como direito ao processo e ao julgamento, a ação importa nos meios necessários para a defesa das razões do autor, assim como o direito de defesa importa nos meios para defender as razões do réu; é preciso por ambas as partes do contraditório em condições de servir-se das armas disponíveis. Por isso, a Corte Constitucional extraiu do art. 24 uma série de garantias específicas, que se resumem na exigência de tornar efetivos os direitos reconhecidos nessa regra fundamental: devem ser afastados os impedimentos ou condições que tornariam o exercício da ação “impossível ou excessivamente difícil”, além disso, reconhece-se às partes o direito à prova.

O direito de ação adquire, com isso, uma fisionomia suficientemente precisa: é um direito subjetivo diferente daqueles do direito substancial, porque dirigido ao Estado, sem se destinar à obtenção de uma prestação deste. É, antes disso, um direito de iniciativa e de impulso, direito do particular de por em movimento o exercício de uma função pública, através da qual espera obter a tutela de suas pretensões, dispondo, para tanto, dos meios previstos pela lei para defendê-las (embora sabendo que o resultado poderá lhe ser-lhe desfavorável); é, pois, um direito fundamental do particular, a qualificar sua posição no ordenamento jurídico e perante o Estado, conferido e regulado pela lei processual mas reforçado por uma garantia constitucional em que encontramos esculpido os seus traços essenciais. A ação tem a sua disciplina, por isso, no direito em vigor no momento em que é proposta, mesmo que a relação substancial a que se refere seja regulada por lei anterior; analogamente, a admissibilidade da ação, bem como as suas condições de exercício, são reguladas pela *lex fori*, qualquer que seja a lei reguladora da relação substancial deduzida em juízo.

Dessa diferenciação entre a ação, como direito ao processo e ao julgamento, e o direito de ação, como direito subjetivo dirigido ao Estado sem se destinar a uma prestação deste, surgem as teorias do direito de ação, relativas justamente à autonomia do direito material em relação ao direito subjetivo.

1.1 TEORIAS IMANENTISTA, CONCRETA, ABSTRATA E ECLÉTICA

Conforme vimos no capítulo anterior, em sua origem, a ação era vista de forma diferente; não como um instrumento para alcançar a tutela jurisdicional, mas como uma consequência do próprio direito material cuja tutela se buscava. É a teoria Imanentista, e por ela, podia-se comparar o processo a um contrato, ou quase contrato. (BAPTISTA DA SILVA, 1997, p. 71).

Pode-se citar, portanto, o brocardo latino *nihil aliud est actio quam ius, qhōd sibi debeatur, in iudicio persecuendi* – “o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”.

Tais considerações, entretanto, são anteriores ao que chamamos hodiernamente de “direito processual”. Nesta corrente, existia apenas o Direito Civil – ou material; e o que conhecemos como direito processual era mero procedimento, ou seja: um outro vértice da relação de direito material, visando a satisfação do direito subjetivo cujo supedâneo era encontrado na lei civil.

Atualmente, tem-se a distinção completa entre o direito e a ação – diferenciando, portanto, processo de direito material. Tal mudança de posicionamento ocorreu em meados do séc. XIX, graças à polêmica entre os autores alemães WINDSCHEID e MUTHER. Seus trabalhos, aliados à obra de VON BÜLLOW, foram o estopim da concepção moderna de direito processual. Inovaram, pois, ao conceber a distinção entre o direito subjetivo que se procura a tutela e o direito à própria tutela jurisdicional, cujo caráter, eminentemente individual até então, foi admitido público, vez que movimentado em relação ao estado, pois detentor do monopólio do uso da força, como já citado alhures. (PEREIRA, 2007, p. 74)

Dessa forma, traz-se à baila a lição do eminente doutrinador THEODORO JUNIOR (2007, p. 7), que leciona:

Diante desse quadro, o Direito Processual Civil pode ser definindo como o ramo da ciência jurídica que trata do complexo das normas reguladoras do exercício da jurisdição civil.

Vê-se, logo, que não pode o direito processual civil confundir-se com uma simples parcela do direito material, devendo ser afastada a antiga denominação de direito adjetivo, por designadora de uma dependência que a ciência jurídica moderna repele peremptoriamente.

A autonomia do direito processual civil, frente ao direito substancial, é inegável e se caracteriza por total diversidade de natureza e de objetivos. Enquanto o direito material cuida de estabelecer as normas que regulam as relações jurídicas entre as pessoas, o processual visa a regulamentar uma função pública estatal. Seus princípios, todos ligados ao direito público a

que pertence, são totalmente diferentes, portanto, daqueles outros que inspiram o direito material, quase sempre de ordem privada.

(...)

Funciona o direito processual civil, então, como principal instrumento do Estado para o exercício do Poder Jurisdicional. Nele se encontram as normas e princípios básicos que subsidiam os diversos ramos do direito processual, como um todo, e sua aplicação faz-se, por exclusão, a todo e qualquer conflito não abrangido pelos demais processos, que podem ser considerados especiais, enquanto o civil seria o geral.

Essa diferenciação entre direito material e direito processual deu ensejo à teoria concreta do direito de ação, oriunda da obra de WACH. Conforme este paradigma, tem direito de ação quem tem razão, ou seja, quem consegue a tutela pretendida; entretanto, conforme já mencionado, não há falar em condicionamento do direito de ação ao direito material, por serem ciências autônomas; de fato, existe a possibilidade de se provocar a jurisdição estatal não para garantir um direito que a parte possui, mas para reconhecer a inexistência de relação jurídica entre autor e réu – à míngua, pois, de direito substantivo. Com este exemplo, vislumbra-se, pois, a possibilidade de exercer o direito de ação mesmo sem que exista um direito material respectivo. O grande perigo desta teoria, nesse contexto, é vincular o direito da ação ao seu efetivo resultado (PEREIRA, 2007, p. 85).

ASSIS já criticou, com a costumeira perspicácia:

Se, porventura, o autor somente satisfaz sua pretensão à tutela jurídica quando tem *razão*, em outras palavras, logra êxito, se conclui facilmente que, tirante a ação declaratória negativa, a satisfação da pretensão depende da existência do direito subjetivo material. Ter-se-ia, então, processo *com* ação, se houvesse sentença de procedência, e *sem* ação quando improcedente a demanda. E, neste último caso, existiria ou não processo? (ASSIS, 1991, p. 48-49).

Perante tal incongruência – a de condicionar a existência da ação ao seu sucesso – surgiu a necessidade de sofisticar a ciência processual, dando origem à teoria abstrata, na qual a ação é exercida mesmo por aqueles aos quais a razão não assiste, pouco importando se detentores ou não do direito substativo invocado.

Diferencia-se, pois, o poder de provocar a jurisdição estatal, e a análise da existência ou não do direito rogado. Seja o direito ausente por questões fáticas do caso específico, seja por efetiva inexistência, não há falar em inexistência da ação ante a sua improcedência.

Um terceiro passo foi dado quando Liebmann prelecionou a teoria eclética da ação, que, mesmo sendo abstrata, imprescinde de adequação entre o direito material aduzido e a ação intentada; ou seja, não é qualquer um que tem o direito de

exercitar qualquer ação, vez que certos casos é flagrante o abuso do direito de acionar o poder jurisdicional. Desta forma, surgem as *condições da ação*, pressupostos básicos que garantem o próprio direito de ação, possibilitando a análise merital da questão e a solução do conflito intersubjetivo. (PEREIRA, 2007).

Para o processualista italiano, o direito processual civil é dotado de natureza dinâmica, pois as forças jurídicas se chocam no âmbito de cada pretensão; e o que resulta dos posicionamentos subjetivos destes choques são diferentes dos ditos direitos subjetivos e das obrigações advindas do direito material.

Sobre tais posições subjetivas, explica:

Todas essas diferentes posições jurídicas subjetivas (autoridade, direitos subjetivos, sujeições, ônus) são agrupadas em um feixe na relação processual, representando a tessitura jurídica interna do processo. Também essa relação é uma unidade que, em paralelismo ao correspondente procedimento, perdura e progride do primeiro ao último ato do processo. A clara percepção dessa relação permite que se distinga o processo, com todo o seu conteúdo jurídico, da relação litigiosa que constitui o seu objetivo; ele é o *iudicium*, que não deve realmente ser confundido com a *res in iudicium deducta*. Assim, é estabelecida a base para se compreender a autonomia do processo perante a situação jurídica litigiosa e, conseqüentemente, também o caráter abstrato das posições subjetivas das partes no processo, posições essas que são conferidas pela lei com abstração da maior ou menor procedência das razões de mérito de cada uma delas. O processo faz-se para dar razão a quem tiver, mas justamente por isso, nele é garantida a ambas as partes a possibilidade de sustentar as suas respectivas razões e de lutar com armas iguais para fazê-las triunfar. (LIEBMAN, 1984, p. 41).

Este paradigma eclético, que nada mais é que o condicionamento do paradigma abstrato às condições da ação – que serão estudadas de forma mais profunda no item III deste capítulo – foi o adotado pelo ordenamento processual vigente no Brasil.

1.2 CARACATERÍSTICAS DA AÇÃO

Bastante o que já foi dito, conclui-se que o direito de ação é, por óbvio, abstrato. Mas busca a satisfação de um direito concreto. Nesse ínterim, aceita a petição inicial, ou seja, satisfeitas as condições da ação, esta já é existente; independentemente do resultado alcançado, seja o provimento, ou a rejeição da tese.

Para CHIOVENDA (1935, p. 48), a ação é um direito potestativo cujo condão é “*produzir determinados efeitos jurídicos (atuação da lei)*” sendo que a

única ação física exigida é a manifestação e a manutenção, durante o processo, da provocação jurisdicional para que se aplique a lei hipotética ao caso concreto.

Dando prosseguimento ao pensamento, conforme a ação vem a tutelar determinado interesse, ela adquire a natureza deste, podendo ser pública ou privada; patrimonial ou não; civil ou penal. Assim, "(...) o interesse mesmo a que se coordena, é, concomitantemente, o conteúdo de um outro direito correspondente àquele que age contra o adversário, assim também a ação assume a função de representar essoutro direito" (CHIOVENDA, p. 48).

Conforme PEREIRA (2007, p. 93), citando Cândido Rangel Dinamarco, Pontes de Miranda, Moacir Amaral dos Santos, e Moreira Alves, temos que:

Poderosa doutrina, bem verdade, define a ação (como antes já anotado) como um *poder*, pois o direito "*pressupõe, então, um conflito de interesses entre duas pessoas*". Só que o Estado "*tem interesse no resultado daquela mesma atividade jurisdicional que o particular lhe pede: buscando a paz social e sendo o responsável por ela, o Estado emite preceitos gerais e abstratos de ordem substancial e evidentemente a ele não convém que os preceitos fiquem inobservados ou que se generalizem conflitos de interesses no seio da sociedade. (...) Não há, pois, interesses contrapostos entre ele e este, mas uma cooperação em benefício do interesse comum*" (Cândido Rangel Dinamarco, *Execução Civil*, v. I, p. 192).

Na realidade, as noções de direito e poder não são excludentes: "*nos direitos estão contidos, quase sempre, poderes que os enchem, que os integram*" (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. V, p. 280). Ora, "*O estado é interessado no exercício da função provocada, mas isso não colide com o devedor de exercê-la. Porque ao Estado interessa a manutenção da ordem jurídica, não segue que não seja dever providenciar, quando provocado, para que ela se instaure, se perturbada.*" (Moacir Amaral dos Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. I, p. 161). Além disso, "*o direito subjetivo se caracteriza por ser um poder, correlato a um dever*" (Moreira Alves, *Direito subjetivo, pretensão e ação*, p. 115).

Outra característica da ação é a autonomia.

Para poder se aprofundar na matéria, indelével estudar a própria relação jurídica da obrigação e do direito subjetivo. CARNELUTTI (1940, p. 76) indica que quando um conflito de interesses vem a ser composto através de mandato jurídico, e daí nasce a relação jurídica, que nada mais é que a composição do conflito real, fático, aplicando-se as normas obrigacionais do direito. "*O conflito de interesses é seu elemento material; e o mandato jurídico, seu elemento formal*" (CARNELUTTI, 1940, p. 76).

Regredindo um pouco na lição do doutrinador, cumpre sempre lembrar que a regra, por si só, não é suficiente; havendo conflito, e mesmo que a regra seja justa, muitas vezes o homem é tentado a não acatá-la, tendo em vista a facilidade

de sermos dominados por nossos impulsos. Dessa forma, a regra deve ser completada com o mandato jurídico, ou seja, a imposição da regra por meio da força jurisdicional.

Continuando o pensamento, o jurista afirma que há a conversão da regra em Direito quando se traduz no supracitado mandato, que pode acontecer de duas maneiras: o mandato concreto e o mandato abstrato.

A diferença entre as duas hipóteses consiste, pois, em que enquanto o mandato concreto *é um verdadeiro mandato, que não contém uma regra, mesmo que a suponha*, o mandato abstrato *contém uma regra, mas exatamente por isso não é um verdadeiro mandato, ou, pelo menos, não o é de todo*. O mandato concreto é mais mandato que regra; o mandato abstrato, pelo contrário, é mais regra que mandato. Por isso, se se considera antes de tudo o benefício para que a ordenada convivência dos homens e para a imediata composição de seus conflitos de interesses representa o conhecimento da regra a que tenham de ajustar-se para resolvê-los, entende-se porque o segundo dos modos de reconhecimento jurídico da regra, ou seja, de sua assunção como motivo ou como conteúdo de um mandato, prevaleça sempre mais decisivamente. Como é natural, outras instituições (...) tentam remediar o defeito desta modalidade, consistente na menor eficácia do mandato abstrato.

A vantagem do mandato abstrato sobre o mandato concreto consiste em que proporciona ao cidadão o conhecimento preventivo da regra que deve uniformizar sua conduta. Esta vantagem é tão grande para a ordenada convivência, que o progresso na estrutura jurídica das nações mostra um predomínio decisivo do mandato abstrato sobre o mandato concreto.

(...)

Todavia, essa vantagem em, por infelicidade, sua contrapartida. Antes de tudo, a formulação preventiva da regra é tecnicamente difícil porque se trata de prever com uma fórmula todos os casos que em regra devem ser compreendidos, e apenas eles. Porém sucede com frequência, e inclusive é inevitável, que por um defeito da fórmula, ou se submete a ela algum caso ao qual corresponda uma regra distinta, ou, pelo contrário, se exclua da mesma algum suposto que a convenha a dita regra (CARNELUTTI, 1940, p. 68).

E é perante estas dificuldades técnicas que houve a necessidade de autonomia entre o direito subjetivo e o direito processual, dividindo este último, ainda, em processo declaratório e processo subjetivo (CARNELUTTI, 1940, p. 223).

Por fim, LIEBMAN (1984, pp. 149 e 150) distingue o direito substantivo da ação conforme sua natureza e contra quem é dirigido. O direito substancial almeja receber uma prestação da parte contrária, e possui natureza privada ou pública, o direito processual se dirige contra o Estado, tirando-o da inércia para que este solucione eventual conflito apresentado, e tem conteúdo uniforme, ou seja, vai sempre tutelar um direito subjetivo variável caso a caso (fl. 149 e 150).

1.3 CONDIÇÕES DA AÇÃO

Por influência da teoria eclética de Liebman (1984), pôde-se vislumbrar as condições da ação, vez que, afastada a inexistência da ação ante sua improcedência, existe outro problema a ser dirimido: qualquer ação que venha a acionar o judiciário é válida?

A resposta, obviamente, é não. Para que seja efetivamente existente uma ação, deve haver uma relação entre o direito material que se almeja e a ação intentada; ou seja, para coibir abusos de direito de ação, deve-se cingir as possibilidades de acionamento jurisdicional para que não haja perda de tempo pelo Estado, pois este deve resolver apenas os conflitos reais e jurídicos.

Desta forma, distinguiu *direito de ação* e *direito de demanda*:

Já vimos que o poder de agir em juízo é reconhecido a *todos* e vimos também a razão dessa ilimitada abertura: uma garantia constitucionalmente instituída, que é o reflexo *ex parte subiecti* da instituição dos tribunais pelo Estado; eles tem a tarefa de dar justiça a quem a pedir e por isso uma das regras fundamentais do nosso ordenamento constitucional assegura a todos a possibilidade de levar-lhes a sua pretensão a obtê-la, com isso fazendo que o juiz venha a examinar o seu caso. Segundo uma opinião muito conhecida, esse poder pertence à categoria dos *direitos cívicos*; ele é absolutamente genérico e indeterminado, inexaurível e inconsumível, não se ligando a qualquer situação concreta.

Coisa diferente é a ação, o direito subjetivo sobre o qual está construído todo o sistema do processo (...): o direito de agir em juízo é realmente atribuído para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos e isso significa que não pertenceria a quem postulasse tutela para direitos alheios. Eis uma primeira indicação que serve para individualizar a pessoa que, caso por caso, pode efetivamente agir em juízo: é o que se chama *interesse de agir*.

(...).

Esse é o direito precisamente da ação, que tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular e identifica-se por três elementos bem precisos: *os sujeitos* (autor e réu), *a causa petendi* (i.é., o direito ou relação jurídica indicada como fundamento do pedido) e finalmente o *petitum* (que é o concreto provimento judicial postulado para a tutela do direito lesado ou ameaçado) (LIEBMAN, 1984, pp. 43/47)

Desenvolveu, pois, as seguintes condições da ação, sendo que a ausência de quaisquer uma delas impossibilita o conhecimento da ação por inexistência, chamada de carência da ação, sendo ela julgada extinta e sem decisão de mérito: o interesse de agir, a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido.

O mestre DINAMARCO (2000, p. 329) traz, com contumaz acuidade inerente à sua obra, que as condições da ação “são pontos de estreitamento ou de estrangulamento entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico, onde a instrumentalidade do processo ao direito substancial exige a particularização das regras processuais em vista de situações jurídico-substanciais particulares”.

PEREIRA (2007, p. 78) vai mais longe, e critica a teoria, afirmando que:

Mais acertado, todavia, dizer que as condições da ação são tentativas mal disfarçadas de reavivar a suplantada teoria do direito concreto de ação. Não se vê como distinguir o direito de demandar (art. 5.º, inc. XXXV da CF) do direito de ação (regulamentado pelo CPC). São coisa única. Afinal, se o juiz reconhece a carência de alção, extinguindo o processo, seria caso, na doutrina tradicional, de não exercício da ação. Então, qual a natureza desse provimento? Não houve exercício de jurisdição? Não houve sentença? Não houve processo? O juiz, na hipótese, exercitou atividade meramente administrativa? Não se consegue negar, que na hipótese, se tenha praticado ação. Afinal, ela é o direito de provocar a jurisdição”.

Entretanto, adota-se a teoria eclética pois a discussão entra em mérito dogmático, que não é o cerne deste estudo.

1.3.1 Interesse de agir

Inicialmente, cumpre abordar uma característica imprescindível da ação, qual seja, o interesse do Estado na solução do conflito.

Nas palavras de CARNELUTTI:

Dissemos que a composição jurídica do conflito de interesses se produz por meio de uma regra, que se traduz em um mandato, geral e especial, e se impõe por meio da força. Ou seja, que afinal de contas, o meio de que se vale o Direito para fazer reinar a paz entre os homens é o mesmo do que se servem os homens para fazer a guerra: este meio é a força. Quando o bandido enfrenta um guarda, ambos procedem de igual modo; o que diferencia a conduta de um com relação ao outro, não é o lado *material*, e sim, *causal*. Violência e *autoridade* são feitas do mesmo metal, mas a diferença ou melhor dizendo, a antítese consiste na finalidade: o bandido erve seu interesse contra o do interesse social, enquanto o guarda tutela este último contra o interesse de um indivíduo.

Por conseguinte, o caráter jurídico do mandato tem sua raiz na *causa* do ato. Um mandato é jurídico quando tenha sido pronunciado para compor um conflito de interesses, ou seja, para atingir o interesse relativo à sua composição, com preferência a um dos interesses em conflito. Por outro lado, a existência ou não dessa causa não pode resultar a não ser da valoração que dela passam os co-associados, pelo que cabe dizer que o caráter jurídico do mandato se fundamenta na *persuasão geral que se tenha pronunciado com aquela finalidade*. Assim, a primeira condição do regime jurídico de uma sociedade pode-se reconhecer no conhecimento comum da necessidade de compor os conflitos de interesses que a agitem, ou seja, no reconhecimento comum do interesse quanto à composição dos

conflitos e por isso, na progressiva distinção, ou melhor dizendo, contraposição frente à consciência comum, da violência e da autoridade (1940, pp. 107 e 108).

Mas não é só este viés que abarca o conceito de interesse jurídico. O interesse de agir do Estado provém da necessidade de manutenção da paz social; enquanto o interesse de agir da parte vem da necessidade de acionar a jurisdição através do instrumento processual adequado para que se alcance a tutela ao direito material que, de alguma forma, não foi cumprido espontaneamente. Assim, pode-se dizer que “o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito”, ou, em outras palavras, “a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional do pedido” (LIEBMANN, 1984, pp. 155 e 156).

Para PEREIRA, o interesse de agir surge com a necessidade do ingresso da ação; ou seja, quando o autor não possui o condão de auferir o resultado almejado pela ação por qualquer modo extrajudicial; não há interesse de agir, por exemplo, ao aforar execução contra credor que queira cumprir o débito espontaneamente; ou ação de indenização por prejuízos materiais decorrentes de acidente de trânsito se o causador assumir a responsabilidade e cumpri-la sem necessidade de coação judicial (2007, p. 85).

Por derradeiro, cito seus pertinentes comentários acerca da diferenciação entre o interesse processual e o interesse substancial:

A doutrina tradicional procura frisar que o interesse a que se refere é de natureza *processual*; não é *interesse substancial*. Por exemplo, alguém se afirma credor de certa quantia pecuniária; haverá interesse processual se a dívida estiver vencida, não for paga e for escolhido o correto caminho procedimental. Já o interesse substancial corresponde àquilo que virá como resultado jurídico da demanda: o aumento patrimonial. Para definição do interesse processual, o interesse substancial (na visão doutrinária tradicional) é irrelevante. Pode ser que, no caso imaginado, a real intenção não seja o ganho pecuniário (o autor é suficientemente rico para desprezar o resultado da ação); quer, isto sim, causa gravame financeiro ao réu, pessoa de poucas posses e que ficará abalado economicamente com a procedência do pedido condenatório. Nesse caso, o *interesse substancial* é simplesmente prejudicar o devedor. O importante, no entanto, é a existência de interesse processual, independentemente dos anseios de índole subjetiva (PEREIRA, 2007, p. 86)

1.3.2 Legitimidade das partes

É da redação do art. 6.º, do Código de Processo Civil que “[...] ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Dessa forma, entende-se que, em que pese todos tenham o direito de provocar a jurisdição estatal, somente aqueles vinculados com a realidade fática invocada na ação poderão exercê-la e, por consequência, obter um pronunciamento quanto ao mérito de sua necessidade. A satisfação desta condição é verificada quando há legitimidade ativa – ou seja, quem afirma ser titular de um direito efetivamente possa o ser; e legitimidade passiva – a parte contrária acionada é quem deve suportar os efeitos do pronunciamento jurisdicional.

LIEBMAN, sobre o tema, resume e propõe que a legitimação para agir nada mais é do que “a *pertinência subjetiva da ação*, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo” (1984, p. 159).

Nas palavras de PEREIRA:

A legitimidade, na estruturação do CPC (do CPC!), não se confunde com o mérito. Se o banco cobra o empréstimo da pessoa jurídica, as partes são legítimas. Essa condição da ação está preenchida. Coisa diversa será saber se o pedido de cobrança será procedente (mérito). Suponha-se que, adaptando o exemplo dado, a pessoa jurídica, uma vez demandada, provasse que já tivesse ocorrido o pagamento. O juiz, reconhecendo a legitimidade para a ação, analisaria o mérito da causa e julgaria improcedente o pedido. Por isso que as condições da ação são consideradas relacionadas à teoria abstrata da ação.

Diga-se que a legitimidade para a causa também é conhecida como *legitimatío ad causam*. São expressões sinônimas. Outra coisa, contudo, é a *legitimidade para o processo (ad processum)*, que representa a definição das pessoas que podem residir em juízo (pessoas físicas, jurídicas, etc.). (...)

Na falta de regra específica, é parte legítima quem, em tese, participa da relação jurídica de direito material debatida em juízo. Fala-se, veja bem, *em tese*, pois pode acontecer que a relação de direito material nem sequer exista. Por exemplo, se pedida indenização em razão de acidente automobilístico, afirmando-se que o réu foi o responsável pelo evento, as partes são legítimas: *em tese*, autor e réu formam a relação jurídica advinda da ofensa ao princípio exposto no art. 186 do Código Civil. Contudo, se no curso do processo ficar provado que o único culpado pelo sinistro foi o próprio autor, a decisão de mérito será a ele desfavorável – ainda que legitimidade *ad causam* houvesse. (2007, pp. 80 e 81).

1.3.3 Possibilidade Jurídica

Dentre as condições da ação, a que mais gera dificuldade em sua análise é a possibilidade jurídica do pedido, pois pode se confundir com a análise merital da lide. Tanto que Liebman a retirou de seu manual quando do lançamento de sua terceira edição, depois que entrou em vigor na Itália a Lei do Divórcio, em 1970, que era exemplo principal da impossibilidade jurídica da demanda. Dessa forma, ao tratar de provimento jurisdicional “não admitido por lei”, Liebman passou a enquadrá-los como falta de interesse de agir. Isto foi esclarecido por DINAMARCO, em Nota do Tradutor, quando da primeira tradução oficial da obra de LIEBMAN para o português em 1984 (LIEBMAN, p. 161).

Entretanto, como a possibilidade jurídica foi positivada pelo Código Buzaid de 1973 como condição da ação, a figura ainda é aceita largamente na doutrina pátria.

THEODORO JUNIOR explica a possibilidade jurídica como a existência abstrata de previsão legal da providência pleiteada na ação, e consiste numa análise vestibular e perfunctória sobre a viabilidade jurídica dos pedidos entabulados na ação frente ao direito substantivo invocado. Ainda, salienta que conforme o entendimento dominante na doutrina, “juridicamente impossível seria, assim, o pedido que não encontrasse amparo no direito material positivo” (2007, p. 63).

Continuando, o mestre completa:

Allorio, no entanto, demonstrou o equívoco desse posicionamento, pois o cotejo do pedido com o direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua *improcedência*, caso conflite com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão, *prima facie*, se revele temerária ou absurda. Diante dessa aguda objeção, impõe-se restringir a possibilidade jurídica do pedido ao seu aspecto processual, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira *condição da ação*, como requisito prévio de admissibilidade do exame da questão de mérito.

Com efeito, o pedido que o autor formula ao propor a ação é duplice: 1.º, o pedido *imediato*, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e 2.º, o pedido *mediato*, contra o réu, que se refere à providência de direito material. A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido *imediato*, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor. Assim, um caso de impossibilidade jurídica do pedido poderia ser encontrado no dispositivo legal que não admite a cobrança em juízo de dívida de jogo, embora seja válido o pagamento voluntário feito extrajudicialmente (Código Civil, art. 814)

Como se vê, o tratamento jurídico da mesma questão nos dois planos (material e processual) é completamente diverso, porque apenas perante a justiça o credor não poderá exercer a pretensão a pagamento do débito oriundo de jogo ou aposta. A restrição, portanto, é endereçada ao conteúdo

do pedido *imediato*, isto é, a instauração de processo. Não haverá impedimento algum à satisfação da pretensão (objeto do pedido mediato), desde que operada no relacionamento direto entre as partes.

Essa distinção entre a impossibilidade jurídica do pedido *imediato* e a do pedido *mediato* foi, aliás, expressamente agasalhada pelo Código no art. 295, parágrafo único (THEODORO JÚNIOR, 2007, pp. 63 e 64).

Demonstradas as condições de existência da ação, cuja falta de qualquer uma delas enseja a extinção do feito sem julgamento do mérito por carência da ação, prosseguimos agora com o estudo das garantias constitucionais forte na Constituição Federal de 1988.

1.4 GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Para que uma Constituição tenha legitimidade, não basta apenas que reconheça e positive direitos; deve proporcionar mecanismos de eficácia, para que não seja apenas um “texto morto”, posto que por diversas vezes, e por razão salutar, a letra da lei é posta à prova, na eterna busca da melhor lei possível.

Isto por que o poder concedido pelo povo aos seus representantes não deve ser amplo e irrestrito, face ao perigo de implosão da ordem constitucional e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, para algum tipo de governo totalitarista ou ditatorial.

Devem ser diferenciados, pois, os direitos das garantias fundamentais; e a diferenciação não é meramente didática, como pode parecer, mas sim prática.

Para MORAES (2006, p. 32):

Diversos doutrinadores diferenciam os direitos de garantias fundamentais. A distinção entre *direitos* e *garantias fundamentais*, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

Para Canotilho, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (...). A mesma diferenciação faz Jorge Miranda afirmando que “clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição

desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.

Já BONAVIDES (2001, p. 481) estabelece que o direito e a garantia não devem se confundir. A garantia é meio de defesa do direito; e todos giram ao redor de três pólos: o indivíduo, a liberdade e a instituição, este último recentemente acrescentado. Bonavides cita, ainda, Viamonte, traçando o caráter instrumental das garantias para alcançar a efetividade merecida de qualquer direito individual. (VIAMONTE apud BONAVIDES, 2001, 482).

Mas a distinção dos direitos e das garantias, em meio ao texto constitucional, é atividade que demanda conhecimento e paciência, vez que não são tão visíveis; e mesmo ao contrário do que foi estudado, algumas garantias são estabelecidas sob a forma declaratória e alguns direitos, declarados de modo assecuratório. A Constituição não se prende a estas nomenclaturas.

José Afonso da Silva critica:

Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou talvez melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos garantindo-os. (...). Outras vezes, garantias são enunciadas pela inviolabilidade do elemento assecuratório. Assim, 'a casa é o asilo inviolável do indivíduo' (art. 5º, XI), 'é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas [...] (art. 5º, XII); ora, nesses casos, a inviolabilidade do lar e do sigilo constitui garantia do direito à intimidade pessoal e familiar e da liberdade de transmissão pessoal do pensamento, mas a Constituição mesma fala em direitos de sigilo de correspondência e de sigilo de comunicação (art. 136, §1º, I, b e c). Já noutro dispositivo está que 'são invioláveis a intimidade, vida privada, honra, imagem pessoal = direito privacidade. Temos ainda garantias expressas neste artigo (art. 5º, §2º), garantias da magistratura (art. 95). O art. 138 menciona garantias constitucionais. Fica difícil distinguir as diferenças ou semelhanças entre o que sejam garantias fundamentais, garantias individuais e garantias constitucionais.' (2008, p. 187).

As garantias constitucionais, pois, são definíveis como determinações, positivas ou negativas, cuja função é a limitação dos poderes conferidos aos órgãos dos Poderes Públicos, fazendo valer a palavra constitucional e a reintegração dos preceitos que emanam da Lei Maior quando houver violação destes.

São encontradas três acepções doutrinárias para o conceito de garantia constitucional: i) limites às possibilidades de atuação do poder público, ou positivamente da conduta esperada, para coibir afrontas aos direitos da personalidade

individual; ii) mecanismos processuais que colimam pela plena eficácia dos direitos fundamentais que tangenciam; e iii) a recepção e positivação dos direitos naturais, que transcendem a ordem jurídica pois inerentes à consciência humana.

Nas palavras de ALVIM:

O direito subjetivo supõe o direito objetivo. Se este, num de seus aspectos, representa a atribuição de bens da vida a diversos sujeitos, desde que nestes sujeitos se reúnam as respectivos pressupostos da atribuição de tais bens, o direito subjetivo, a seu turno, significa a titularidade de uma situação jurídica. Ou, se se quiser, o direito subjetivo é a própria individualização ou subjetivação concreta de um direito, atribuído a alguém, que é o seu titular. O direito objetivo, como já o dissemos, é geral e abstrato: atinge a todos e nele se formulam e descrevem hipóteses ideais. O direito subjetivo, ao contrário, é particular e concreto; pertence a indivíduos determinados e a estes é atribuído concretamente, em virtude da ocorrência de um ou mais fatos descritos pelo direito objetivo ou que por ele sejam considerados relevantes para esse fim." (2008, p. 426).

Assim, chega-se ao ponto nevrálgico deste primeiro capítulo, que é o reconhecimento dos princípios processuais atribuídos pela constituição como verdadeiras garantias fundamentais de eficácia do direito de ação e de busca da tutela jurisdicional dos conflitos, que, embora tenham regras processuais, servem ao bem maior da ordem e da paz social, pois se eficazes os institutos processuais, desnecessária a busca pela autotutela e possível a manutenção do monopólio da força pelo Estado, que como já estudamos, constitui o cerne do Estado de Direito.

1.5 DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

Há grande dificuldade no estudo das garantias processuais constitucionais pois diferentemente do que a didática gostaria, estão espalhados dentro do texto constitucional juntamente com todas as garantias constitucionais. Entretanto, o cerne deste estudo está mais perto da origem e da necessidade destas garantias processuais do que da individualização de cada uma destas, vez que é trabalho meramente classificatório.

Entretanto, não há dúvidas que a Constituição Federal é o maior norte da legislação processual, em que pese a ciência inspirar-se e buscar substrato na processualística internacional. Eis a mensagem enviada ao Congresso e transcrita na conclusão da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, 'in verbis':

Na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se, por isso, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito. Cogita-se, pois, de racionalizar o procedimento, assim na ordem civil como na penal, simplificando-lhe os termos de tal sorte que os trâmites processuais levem à prestação da sentença com economia de tempo e despesas para os litigantes. Evitar-se-à, assim, o retardamento na decisão das causas ou na execução dos direitos já conhecidos em juízo. No tutelar-se por essa forma o interesse das partes e a dignidade da justiça, seguir-se-á, aliás, o caminho facultado pela Constituição vigente, quando no art. 112, parágrafo único, dispõe: 'Para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processos e julgamentos de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes'" (Diário do Congresso Nacional, ano XXVII, n. 1, p. 5)

Nas palavras de PEREIRA, em que pese o caráter formalista do código buzaidiano, não é dotado de formalismo exacerbado, vez que vê o processo sob a ótica instrumentalista, e ainda, é dotado de grande esmero científico; e encontra grande harmonia com a ordem constitucional brasileira e, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha sido extremamente liberal, conseguiu homenagear com louvor o devido processo legal. O grande problema é a visão do código buzaidiano como um mero 'limpa-gabinetes', à procura de meios processuais de formalismo aviltante para declarar nulidades e dificuldades aos litigantes (PEREIRA, 2007, p. 48).

Conclui-se, pois, que o código preocupa-se verdadeiramente com a manutenção do devido processo legal à luz da constituição federal, mas, se mal utilizado, deixa de ser instrumento, mas fim 'per se'.

E é este paradigma que se tenta quebrar com a presente obra: o fim da utilização do texto legal hipotético em situações flagrantemente combatidas pelos princípios constitucionais processuais, quais sejam: o direito à igualdade perante a lei; da resposta ou réplica; acesso ao judiciário; ao juiz natural à segurança jurídica; e, dentre vários outros, principalmente, o devido processo legal, ou 'due process of law' que pode ser visto como um princípio axiomático do qual reverberam vários outros princípios, a seguir estudados, porém não taxativamente.

O termo 'devido processo legal' advém do conceito americano de 'due process of law', que, como conceito, extrai-se da "Law Library":

A fundamental, constitutional guarantee that all legal proceedings will be fair and that one will be given notice of the proceedings and an opportunity to be heard before the government acts to take away one's life, liberty, or property.

Also, a constitutional guarantee that a law shall not be unreasonable, arbitrary, or capricious.

(...)

The concept of due process originated in English Common Law. The rule that individuals shall not be deprived of life, liberty, or property without notice and an opportunity to defend themselves predates written constitutions and was widely accepted in England. The Magna Charta, an agreement signed in 1215 that defined the rights of English subjects against the king, is an early example of a constitutional guarantee of due process. That document includes a clause that declares, "No free man shall be seized, or imprisoned ... except by the lawful judgment of his peers, or by the law of the land" (ch. 39). This concept of the law of the land was later transformed into the phrase "due process of law." By the seventeenth century, England's North American colonies were using the phrase "due process of law" in their statutes.

The application of constitutional due process is traditionally divided into the two categories of Substantive Due Process and procedural due process. These categories are derived from a distinction that is made between two types of law. Substantive Law creates, defines, and regulates rights, whereas procedural law enforces those rights or seeks redress for their violation. Thus, in the United States, substantive due process is concerned with such issues as Freedom of Speech and privacy, whereas procedural due process is concerned with provisions such as the right to adequate notice of a lawsuit, the right to be present during testimony, and the right to an attorney.¹

Este conceito delimita que o devido processo legal é dividido em duas vertentes: o Substantive Due Process (Processo Legal Substantivo) e o Procedural Due Process (Devido Procedimento Legal), que é o cerne da discussão ora proposta.

1 "Uma garantia fundamental e constitucional de que todos os procedimentos legais serão justos e que qualquer um que seja parte de um processo que derive em atos governamentais que lhe tirem o direito à vida, liberdade ou propriedade terá ciência do procedimento e a oportunidade de ser ouvido antes que as medidas coativas sejam tomadas.

O conceito do devido processo legal originou-se na Common Law inglesa, sendo que esta regra, que diz que cada indivíduo não pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem conhecimento disto e sem a oportunidade de se defender, já era largamente aceita na Inglaterra antes mesmos das constituições escritas (positivadas). A Carta Magna, um acordo assinado em 1215 que definiu o direito dos Ingleses perante o rei, é um dos mais antigos exemplos da garantia constitucional ao devido processo legal. O documento inclui uma cláusula que declara: "Nenhum homem livre deve ser preso ou mantido em custódia ... a não ser por um julgamento justo por seus iguais, ou pela lei de sua terra (N.T.: local, país onde se encontra)" (cap. 39). Este conceito de lei de sua terra foi, posteriormente, transformado no conceito de 'due process of law'. Por volta do século dezessete, as colônias inglesas na América do Norte já estavam utilizando o termo 'devido processo legal' nos seus estatutos.

A aplicação do devido processo legal constitucional é tradicionalmente dividida em duas categorias, a saber, o Processo Legal Substantivo e o devido procedimento legal. Estas categorias derivam de uma distinção que é feita entre dois tipos de leis diferentes: as leis substantivas criam, definem e regulam direitos, enquanto as leis procedimentais trazem regras que impõe a observação destes direitos ou a reparação à eventual violação destes. Assim, nos Estados Unidos, o devido processo substantivo se preocupa com questões como a liberdade de imprensa e a privacidade, enquanto o devido procedimento legal se preocupa com as provisões referentes à adequada intimação ao processo, o direito de estar presente durante a produção de prova testemunhal, e o direito a um advogado, entre outros. (Tradução livre. Disponível em: <<http://law.jrank.org/pages/6315/Due-Process-Law.html>>. Acessado em: 3 de jun de 2011.)

Já são sedimentados os princípios do juiz natural, do direito ao contraditório, do acesso à justiça, da inércia, do impulso oficial, da oralidade, da eventualidade, do duplo grau de jurisdição, da proporcionalidade, dentre outros tantos que não vêm à baila especificar taxativamente.

O que falta, no direito pátrio hodierno, é a valorização da celeridade e da efetividade como corolários do devido processo legal; não há falar em justiça se o processo se arrasta durante anos, ou até mesmo décadas; de que serve um direito processual e um direito material herméticos, perfeitos, mas cujos direitos, quando tutelados, não podem ser exercidos devido ao decurso temporal exacerbado.

Dessa forma, o processo galgou uma função muito mais abrangente do que meramente assegurar a tutela ao direito substantivo; conforme CHIOVENDA (1940, p. 69), tem-se o processo como fonte autônoma de bens, senão, vejamos:

Temos, até agora, observado repetidas vezes que o processo civil, a par de sua função primitiva e rude de instrumento de coação usado para compelir o devedor a prestar o que deve, assumiu pouco a pouco outras funções mais altas e redefinidas: em primeiro lugar, a de criar a certeza jurídica nas relações correntes entre os homens (ações declaratórias); depois, a de assegurar a conservação do estado de fato correspondente a determinada pretensão jurídica, enquanto se aguarda que o juiz a declare (ações preventivas); e ainda a de modificar as relações jurídicas (sentença constitutiva).

Agora, advirtamos, enquanto se trata de conseguir com o processo um bem da vida que se teria podido conseguir fora do processo, mediante a prestação do devedor, o processo apresenta-se como um instituto paralelo à relação jurídica substancial, e em certo sentido como sucedâneo da prestação do devedor.

A “certeza jurídica”, todavia, apesar de ser um grande bem porque assegura o gozo e a disponibilidade dos outros bens, e apesar de introduzir a confiança, a exatidão e a tranquilidade nas relações humanas, não se pode conseguir senão com o processo. Nada pode substituir a certeza jurídica proveniente da coisa julgada. Nenhuma declaração extrajudicial, por mais formal e solene, da parte do devedor (posta de lado a questão de saber se ele estaria obrigado a fazê-la), poderia equivaler em seus efeitos à certeza jurídica expressa pela sentença.

Assim, CHIOVENDA (1940, p. 69), ao demonstrar o processo como fonte autônoma dos bens, e de justificar a imutabilidade da coisa julgada por meio da segurança jurídica, dá azo também à conclusão de que esta coisa julgada deve ser dotada de conteúdo, de efetividade, não devendo ser vista como mera formalidade, mas como bem da vida autônomo; o direito à uma coisa julgada efetiva, portanto, traz consigo a necessidade de um processo que transcende a formalidade, e busca a efetividade do acionamento estatal, para que não haja desperdício de forças.

É sob este norte que se traz à baila o conceito da efetividade como corolário da ciência processual civil vigente, pois bem se sabe que no direito pátrio uma das maiores críticas é a morosidade do judiciário, tanto por causa da lei quanto por causa da instituição, e é desta demora que emana grande parte da insegurança jurídica pátria.

Mesmo por que, a lentidão processual leva ao descrédito do povo perante o ordenamento jurídico, cuja consequência imediata é a maior busca pela autotutela, antijurídica e mediata, o que se traduz em grande perigo à paz social, que é, no final das contas, o maior objetivo de um estado democrático de Direito.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Este capítulo trará a análise dos princípios norteadores das Constituições Nacionais ao longo do tempo, que progressivamente formaram o Estado Democrático de Direito brasileiro, sob a influência da valorização de aspectos sociais e não apenas as questões formais, graças aos acontecimentos históricos e a transição das estruturas governamentais.

O direito natural respaldava as monarquias divinas dos sistemas absolutistas de governo. Tal doutrina justificava o poder ilimitado do monarca por força divina, sendo portanto dotado de forte sentimento religioso, que influenciava não só na moral e nos costumes, mas na política e no direito. Entretanto, este tipo de governo permitia que o monarca governasse de forma abusiva na maioria das vezes, ocasionando o movimento revolucionário e a luta entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca. Daí nasce a noção de Estado de Direito. Inspirando os revolucionários com o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, a Revolução Francesa conseguiu atualizar as instituições e proporcionar o aparecimento do primeiro Estado Jurídico que salvaguardou as liberdades individuais (FREITAS, 2005).

A Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791 dispõe, na Declaração dos Direitos do Homem, art. 16, que “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2008).

BONAVIDES (2001, pp. 42/44) leciona sobre essa transformação:

Em suma, o primeiro estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa. E tanto ele quanto a sociedade, qual a idearam os teóricos desse mesmo embate, entendendo-a como uma soma de átomos, correspondem, segundo alguns pensadores, entre os quais, Schmitt, tão-somente à concepção burguesa da ordem política.

[...] Estado burguês de Direito da primeira fase, por conseguinte, plenamente vitorioso. E os resultados de seu formalismo e de seu êxito, se traduzem numa técnica fundamental, que resguarda os direitos da liberdade, compreendida esta, consoante já dissemos, como liberdade da burguesia.

Amparado, pois, na separação dos poderes, o alicerce da liberdade do homem perante o Estado surgiu graças ao Estado Liberal, do qual era correspondente o Estado de Direito.

Favorecido pelo capitalismo, o Estado Liberal, por suas desigualdades, causou revoltas influenciadas pelas pressões sociais e ideológicas do marxismo, no que tange à divisão dos trabalhos e dos lucros, ocorrendo sua transformação no Estado Social. O advento do Estado Social representa, portanto, transformação super-estrutural do Estado liberal e, como tal denominação do Estado só poderia ser adotada se explícitos determinados direitos no Estado em questão, essa transformação deve buscar superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social. (BONAVIDES, 2001, p. 46).

Dispõe MIRANDA (2002, p. 23):

I – O Estado deve ser encarado como processo histórico a par de outros. Quer como idéia ou concepção jurídica ou política, quer como sistema institucional, o Estado não se cristaliza nunca numa formula acabada; está em continua mutação, através de varias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo); os fins que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão-se modificando e, o mais das vezes, ampliando.

Conforme o autor, o contexto histórico do Estado foi:

I – Século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos.

É, portanto, um século em que o Direito Público sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social.

II – São quatro as linhas de força dominantes, na seqüência imediata das duas guerras mundiais:

- As transformações do Estado num sentido democrático intervencionista, social, bem contraposto ao *laissez faire* liberal;
- O aparecimento e, depois, o desaparecimento de regimes autoritários e totalitários de diversas inspirações;
- A emancipação dos povos coloniais, com a distribuição agora de toda a Humanidade por Estados – por Estados moldados pelo tipo europeu, embora com sistemas político-constitucionais bem diferentes;
- A organização da comunidade internacional e a proteção internacional dos direitos do homem (MIRANDA, 2002, p. 26).

Neste viés, surge a idéia basilar de um Estado constituído por três elementos originários e indissociáveis: território, a sua base física; povo, o componente humano do Estado; e governo soberano como elemento condutor do Estado, detentor do poder absoluto de autodeterminação e auto-organização

emanado do povo. Embasou-se, pois, em ideais de governo representativo, subordinação do poder à lei, proteção da propriedade e da liberdade dos cidadãos, e divisão dos poderes, em clara evolução comparado aos parâmetros absolutistas. (DALLARI, 2003, p. 127).

Desta forma, acompanhando as mudanças que ocorrem no cenário político social, “o Direito materializa-se em uma Constituição a qual é, por assim dizer, a miniatura política da fisionomia de uma nacionalidade, tendo de esboçar, em grandes traços, o sentimento geral” (BARBOSA, 2004, p. 121).

2.1 A CONSTITUIÇÃO NO ESTADO

Das omissões verificadas pela população quanto aos direitos individuais em prol das classes financeiramente mais poderosas da sociedade, resultaram movimentos revolucionários contra os governantes, que propiciaram o surgimento e a evolução dos Estados e o conseqüente sistema normativo fundamental. (DALLARI, 2003, p. 198).

E esse sistema normativo fundamental é justamente o constitucionalismo, ou seja, conjunto de regras jurídicas dotadas de máxima eficácia e concernentes ao funcionamento e organização do Estado; e, portanto, a fixação das relações recíprocas entre governantes e governados, conforme o contexto histórico-social, econômico e cultural, que são elementos essenciais à elaboração da Constituição (DALLARI, 2003, p. 199).

TAVARES afirma (2002, p. 942):

O conjunto de normas constitucionais forma um sistema, que no caso é, necessariamente, harmônico, ordenado, coeso, por força da supremacia constitucional, que impede o intérprete de admitir qualquer contradição interna.

Intrínseco, pois, ao nascimento e evolução dos Estados é o surgimento das Constituições, sendo estas o meio e o objeto formal do constitucionalismo, cujos princípios axiomáticos são a afirmação da supremacia do indivíduo, a busca da racionalização do poder e a necessidade de limitação do poder dos governantes. (MIRANDA, 2002, p. 30).

Nessa senda, o estabelecimento das tarefas estatais e a cooperação entre os detentores de parcelas autônomas de poder é, sucintamente, a função da

Constituição no Estado, para com isso evitar a injustiça da sobreposição de determinada classe sobre outra. Protege, ainda, os direitos individuais contra interferências indiscriminadas seja por detentores do Poder Público, seja por detentores do poder privado. Isto, obviamente, caso expressamente reconhecidas determinadas esferas de autodeterminação individual. (MIRANDA, 2002, p. 35).

DALLARI (2003, p. 202-203) comenta:

Na verdade, entretanto, não desapareceu a necessidade de impor limitações ao poder para proteção dos valores fundamentais do indivíduo. Ainda que se considere superada, como de fato se deve considerar, a concepção ultra-individualista de direito e liberdade, criada pelo liberalismo e utilizada para sustentar privilégios, o indivíduo continua a ser a base da vida social, devendo-se proceder à conjugação dos valores individuais e sociais e promovê-los adequadamente. E para a proteção e a promoção dos valores fundamentais de convivência é indispensável o Estado Democrático, que impõe a observância de padrões jurídicos básicos, nascidos da própria realidade.

Na visão de BONAVIDES (2004, p. 43), podemos ainda vislumbrar a Constituição como instrumento em que se expressam as vertentes e características do Estado, suas regras gerais e fontes, e ainda, a maneira de seus representantes instruírem o governo.

2.2 DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL À SOCIAL

Demonstrado o contexto em que evoluiu o constitucionalismo estatal e a evolução de suas diretrizes, falta relacionar com o fenômeno histórico do liberalismo até a organização política e o valor maior.

Tangente aos ideais liberais, o constitucionalismo tinha como premissas a garantia da liberdade, zelo nas tarefas de ordem pública e de polícia, com separação entre o Estado e a sociedade, bem como participação política reservada à burguesia (BONAVIDES, 2001, p. 33).

Segundo CANOTILHO (2003, p. 57), os princípios sociais que influenciaram as diretrizes das Constituições de modo a prezar a soberania popular e seus direitos, bem como a participação do Estado como regulador e protetor dos interesses da sociedade foram fortemente influenciados pela Revolução Francesa, e

começaram a se consubstanciar com o conceito de estruturação do Estado que germinou nesta época.

Na obra *O Futuro da Constituição* (GUERRA FILHO; GRAU, 2001, p. 315)

VITAL MOREIRA diz:

O direito constitucional liberal era essencialmente organizatório e procedimental. Aceitando implicitamente a ordem estabelecida, não tinha necessidade de a garantir explicitamente na Constituição. Foi preciso esperar pelo século XX para se verificar uma transformação deste paradigma constitucional. A primeira e mais original expressão do novo entendimento constitucional é a Constituição de Weimar, de 1919. Nela a sociedade e o trabalho entram na Constituição. A economia tornou-se também uma questão do Estado e conseqüentemente uma questão constitucional (“Constituição económica”). E ao lado dos direitos de liberdade individuais, típicos do primeiro Constitucionalismo, entraram na Constituição os direitos colectivos e os direitos a prestação do Estado (direitos económicos, sociais e culturais). A par do cidadão individual paradigmático do Constitucionalismo liberal, o proprietário independente, entraram na Constituição também os trabalhadores dependentes.

Começou a era do “Estado pluriclassista” (Giannini, de novo), conseqüência do alargamento do sufrágio (“sufrágio universal”), do reconhecimento dos sindicatos operários, da emergência dos partidos de trabalhadores e da sua entrada na arena política. E com ele inicia-se a fase do *Constitucionalismo conformador da ordem económica e social*, através de normas e princípios orientadores da acção estadual, de programas de acção e políticas públicas (“Constituição programática”, “Constituição dirigente”). O Estado deixa de ser o único elemento referencial da Constituição, que incorpora agora também a economia e a sociedade.

Evidencia-se, pois, a convergência entre os princípios e fundamentos dos Estados e das Constituições, tendo em mente que a modernidade constitucional evoluiu ao deixar de lado a concepção voltada somente ao controle estatal para se transformar em ferramenta reguladora da sociedade, que é a detentora dos interesses resguardados pelo plano constitucional, mas não só para limitar os interesses, mas principalmente para defendê-los.

Evidenciar a distinção entre a função estatal para com a sociedade e o papel constitucional é, portanto, característica básica do constitucionalismo moderno, fixando limites ao poder político.

Segundo CANOTILHA (2003, p. 56, sem destaque no original):

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *Constituição moderna*. Por Constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política atrás de um documento escrito no qual se declara as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento* escrito; (2) declaração, nesta carta escrita, de um

conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.

Sabendo disso, cada Estado Soberano tem uma Carta Magna estruturada conforme sua cultura e de acordo com seu sistema de governo, aos quais adapta princípios e normas acompanhando a evolução e as transformações da sociedade.

2.3 BREVÍSSIMO HISTÓRICO EVOLUTIVO DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS SOCIAIS DAS CONSTITUIÇÕES NO ESTADO BRASILEIRO

São fatos geradores das Constituições a independência, o nascimento ou o rompimento institucional que provoque mudança de regime de um país. (SILVA, 2006, p. 21).

O fato político que gerou a primeira Constituição brasileira foi a declaração de independência em 1822 (nascimento), sendo outorgada em 1824 por Dom Pedro I, depois de dissolvida a Constituinte em 1823.

2.3.1 Constituição de 1824

Regida pelo regime monárquico e contando com poder moderador acima dos outros poderes, a Constituição de 1824 estabeleceu o voto censitário para as eleições legislativas, contra o desejo de parte dos constituintes, que almejavam um regime monárquico liberal. Sua vigência foi de 65 anos, junto com o império, sendo que por todo este tempo manteve em vigor a escravidão (BRASIL, 2011b).

No que se refere à relação entre o Estado e a sociedade, teve como pontos principais: a) Religião Católica como oficial do império, relegando às outras religiões o culto doméstico ou particular em casas a isso destinadas (art. 5º); b) separação entre os poderes fundamentadas nas teorias de Benjamin Constant, a saber: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judicial; c) formas unitária e monárquica de governo (art. 3º); e c) Tribunal do Júri com competências penais e civis (art. 10). (BRASIL, 2011b).

Silva (2006, p. 74-75) leciona:

Os estadistas do Império e construtores da nacionalidade tinham pela frente uma tarefa ingente e difícil; conseguir construir a unidade do poder segundo esses princípios que não toleravam o absolutismo. E conseguiram-no dentro dos limites permitidos pela realidade vigente, montando, através da Constituição de 1824, um mecanismo centralizador capaz de propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos, como provou a história do Império. “É [como nota Oliveira Vianna] uma edificação possante, sólida, maciça, magnificamente estruturada, constringendo rijamente nas suas malhas resistentes todos os centros provinciais e todos os nódulos de atividade política do país: *nada escapa, nem o mais povoado do interior, à sua compressão poderosa*”.

[...] O sistema foi estruturado pela Constituição Política do Império do Brasil de 25.3.1824. Declara, de início, que o Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros, que formam uma nação livre e independente que não admite, com qualquer outro, laço de união ou federação, que se oponha à sua independência (art. 1º).

Mesmo sendo o primeiro conjunto de normas e matrizes do Brasil, inegável que a Constituição Imperial ateve-se a princípios e normas vinculadas ao Estado (e portanto à sociedade) de Portugal, devido à forte influência exercida pelo país colonizador.

2.3.2 Constituição de 1891

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, houve a necessidade da elaboração de uma nova Constituição para um novo País, haja vista o novo poder constituinte. A constituição foi promulgada em 1891, inaugurando o princípio democrático-liberal e o federalismo, inspirado pelo modelo estadunidense (BRASIL, 2011c).

Mas, ao contrário do disposto no papel constitucional, o poder era exercido por uma coalizão oligárquica de militares e líderes regionais, ocasionando sua contestação em muitas lutas sociais, a exemplo da Guerra de Canudos, do movimento Tenentista e a Coluna Prestes. (SILVA, 2006, p. 32)

Inovando, trouxe, entre outros: a) a adoção da forma federativa de estado e a forma republicana de governo (art. 1º); b) a extinção do Poder Moderador, culminando na tripartição dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário – art. 15); c) previsão expressa do *Habeas Corpus* como remédio disponível aos que fossem alvo de iminente perigo de violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder (art. 72, § 22); e d) o estabelecimento do direito de culto externo a todas as religiões

ao separar a Igreja e o Estado, retirando da religião católica o *status* de religião oficial do País (art. 11, § 2º). (BRASIL, 2011c).

Conforme Mendes, Coelho e Branco (2008, pp. 164 e 165):

Fruto dessa influência alienígena, que o clássico João Barbalho reputou séria e proveitosa, mas que outros consideraram equivocada, porque não se fez acompanhar de uma necessária e cautelosa redução sociológica, acabamos adotando o modelo norte-americano – não por acaso passamos a nos chamar República dos Estados Unidos do Brasil –, em que pesem as profundas diferenças nos processos de construção das suas soluções federativas: “lá o centripetismo, os Estados, separados, buscando a união, integrando-se; aqui o centrifugismo, as províncias fundidas, diferenciando-se, de qualquer sorte se separando”.

[...] É que, acentuam esses historiadores do direito constitucional brasileiro, apesar de inexecutável na fórmula de distribuição de competência dos poderes políticos, guiada pela finalidade de neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e distanciar, quanto possível, o Estado da sociedade, como era axioma do liberalismo, de que a Primeira República fora o coroamento no Brasil, apesar disso aquela Constituição não logrou desconcentrar, efetivamente, o poder político, a ponto converter o Presidente da República numa espécie de “rei do trono” ou de “monarca sem coroa”, o que, tudo somado, evidenciava que “as instituições mesmas se mostravam impotentes para romper a tradição, o costume, a menoridade cívica, os vícios sociais ingênitos, que faziam a República padecer a desforra do passado”.

2.3.3 Constituição de 1934

Possibilitada pela revolução de 1930, foi a Constituição de 1934 que deu ouvidos às reivindicações democráticas da sociedade brasileira, com a previsão dos direitos sociais e o estabelecimento de um Título referente à ordem econômica e social, inspirados na ideologia social-democrata europeia (Título IV). (BONAVIDES, 2004, p. 59).

Criou, a partir do art. 113, a ação de mandado de segurança e a ação popular no capítulo dos direitos e garantias individuais; estabeleceu, ainda, a revisão e a emenda como mecanismos de reforma constitucional, delimitando as possibilidades de emenda àquelas que não modificassem a estrutura política do Estado, e estabelecendo que o processo de revisão seria mais rígido do que o processo de emenda (art. 178). (BRASIL, 2011d).

2.3.4 Constituição de 1937

Apenas três anos depois, com o nascimento do Estado Novo, surgiu a “polaca”, como foi chamada a Constituição daquele ano, visivelmente autoritária e restringindo direitos fundamentais, com a conseqüente redução dos direitos individuais. Desconstitucionalizou, portanto, os principais avanços, nestas searas, da Constituição de 1934: o mandado de segurança e a ação popular. (TAVARES, 2002, p. 63)

Em seu parágrafo único do artigo 9º pode ser claramente percebido o autoritarismo, ao possibilitar que o Presidente da República interferisse nas decisões do Poder Judiciário, ao lhe conferir a possibilidade de submeter ao Parlamento a apreciação das leis declaradas inconstitucionais pelo poder Judiciário, cabendo àquele desconstituir a declaração de inconstitucionalidade por meio de dois terços de seus membros, *in verbis*:

Art. 9º. O Governo federal intervirá nos Estados, mediante a nomeação pelo Presidente da República de um interventor, que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhe forem atribuídas pelo Presidente da República:

- a) para impedir invasão iminente de um país estrangeiro no território nacional, ou de um Estado em outro, bem como para repelir uma ou outra invasão;
- b) para restabelecer a ordem gravemente alterada, nos casos em que o Estado não queira ou não possa fazê-lo;
- c) para administrar o Estado, quando, por qualquer motivo, um dos seus Poderes estiver impedido de funcionar;
- d) para reorganizar as finanças do Estado que suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço de sua dívida fundada, ou que, passado um ano do vencimento, não houver resgatado empréstimo contraído com a União;
- e) para assegurar a execução dos seguintes princípios constitucionais:
 - 1) forma republicana e representativa de governo;
 - 2) governo presidencial;
 - 3) direitos e garantias assegurados na Constituição;
- f) para assegurar a execução das leis e sentenças federais.

Parágrafo único. A competência para decretar a intervenção será do Presidente da República, nos casos, das letras *a*, *b* e *c*; da Câmara dos Deputados, no caso das letras *d* e *e*; do Presidente da República, mediante requisição do supremo Tribunal Federal, no caso da letra *f*. (BRASIL, 2011e).

Mesmo mantendo o sistema presidencialista, não há como esconder que a *polaca* foi evidentemente ditatorial, em claro retrocesso dos ideais democráticos.

2.3.5 Constituição de 1946

Com o término da ditadura em 1945 e conseqüente outra mudança no poder constituinte, houve necessidade da promulgação de mais uma Constituição em 1946, e quando da sua vigência permaneciam ainda sérias restrições no que tange à democracia, como a proibição do Partido Comunista Brasileiro. Porém, as mudanças originadas pelas conquistas sociais do Estado Novo foram incorporadas (BRANCO, COELHO, MENDES, 2008, p. 174).

Foi acertada a divisão em Três Poderes, e o Senado e a Câmara foram reestabelecidos; definiu o direito de livre pensamento e opinião pois estabelecida a censura para espetáculos e diversões públicas. Manteve o regime republicano, federativo, presidencial e representativo, e preservou a estrutura da propriedade da terra sob a forma de latifúndios, conforme sua inspiração liberal.

Entretanto, algumas características autoritárias e cooperativistas restavam ainda naquela Constituição, a saber: preservação do Poder Executivo forte, através da nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal; e a organização cooperativista dos sindicatos, com o consentimento de liberais e comunistas. (BRASIL, 2011f).

2.3.6 Constituição de 1967

O fim da República de 1846 ocorreu com a última ditadura brasileira, iniciada pelo golpe militar de 1964, cuja Constituição equivalente foi outorgada em 1967; exacerbando seu autoritarismo com a emenda de 1969, que por muitos foi considerada, de fato, como nova Constituição, esta concentrou poderes na União e privilegiou o Poder Executivo à expensa dos outros poderes (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 175-177)

Até mesmo estabeleceu a nomeação dos Prefeitos de alguns municípios pelo Governador do respectivo Estado, diminuindo a autonomia municipal, conforme previsto no art. 16, § 1º. Inaugurou, ainda, uma polêmica ação de suspensão de direitos políticos e individuais, insculpida em seu art. 151:

Art .151. Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23. 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa. (BRASIL, 2011g)

Profundas alterações foram inculcadas na Constituição Brasileira de 1969, através da emenda constitucional n. 1. As mudanças foram tão fortes que muitos a consideraram uma nova Constituição, conforme verificamos com a lição de SILVA (2006, p. 87):

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

Nessa toada, teve como principais características a utilização de eleições indiretas para Governador de Estado, ter extinto as imunidades parlamentares e a ampliação do mandato do presidente para cinco anos.

2.3.7 Constituição de 1988

Enfim, no ano de 1988 foi instituída a chamada Constituição Cidadã, que vige até os dias de hoje, regulando novo período político-jurídico ao restaurar o Estado Democrático de Direito, ampliando as liberdades civis, bem como os direitos e garantias fundamentais, assegurando os princípios e objetivos fundamentais que possibilitam o integral desenvolvimento do ser humano em sua individualidade, e baseada no princípio da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2006, p. 66)

Já em seu preâmbulo notam-se as intenções e os elementos interpretativos, claramente em ruptura com a legislação constitucional precedente, e o surgimento de um novo Estado através do sistema jurídico.

Eis o aludido preâmbulo da Constituição Federal:

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. (BRASIL, 2011a).

Nesse mister, o preâmbulo retrata as características do momento histórico, político e cultural de nossa Nação, que serviu de contexto para a efetivação da Constituição Federal.

Foram devidamente sedimentados, sob a ideologia da democracia e do Estado Social, os direitos individuais, da liberdade, da segurança, do bem estar, do desenvolvimento, da justiça, da igualdade, da sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, da paz na ordem interna e internacional. Tais fundamentos, pelos quais se embasa a República Federativa do Brasil estão presentes nos diversos âmbitos de aplicação da Constituição (BONAVIDES, 2004, p. 61-63).

No artigo 1º, é delimitado o Estado Democrático de Direito, marcando como características próprias a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. (MORAIS, 2005, p. 16):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2011a).

Após, no extenso e nevrálgico 5º, arrola direitos e deveres individuais e coletivos, provenientes dos fundamentos do Estado brasileiro, bem como assegurando certos direitos fundamentais e respectiva aplicabilidade e predominância sobre institutos jurídicos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, para melhor regular as relações jurídicas entre o Estado e seus súditos:

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: [...] (BRASIL, 2011a)

Representam, portanto, os maiores avanços do direito constitucional, duas questões: a de que é a Constituição o ordenamento no qual são fixadas as normas asseguradoras das pretensões; e de que os direitos fundamentais são

verdadeiros alicerces da proteção da dignidade da pessoa humana. São estes elementos, portanto, que ditam a modernização das relações jurídicas (COELHO, 2003, p. 54).

Os principais direitos fundamentais são: o direito à vida e à privacidade, de igualdade, de liberdade, o direito à propriedade, os direitos sociais e os direitos adquiridos, bem como o ato jurídico perfeito, coisa julgada e segurança jurídica e as garantias constitucionais do processo. (MORAIS, 2005, p. 25).

Sobre os tópicos abordados nestes dois últimos parágrafos (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, p. 231):

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

A relevância dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembléia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Esse objetivo há de erigir-se como o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional.

Consagrando um novo rol axiológico, a Constituição de 1988 enraizou o fundamento de validade dos institutos jurídico-políticos, inclusive do Direito Civil, bem como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade como fundamentos da República, trazendo ao coração do ordenamento os valores inerentes à pessoa humana juntamente com um conjunto de direitos sociais (SILVA 2006, p. 77).

2.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL PROPRIAMENTE DITA

Face a todas estas transformações democráticas que ocorreram no Brasil, uma série de prerrogativas chamadas de direitos fundamentais foram trazidos ao plano constitucional, com o objetivo de garantir a supremacia da Constituição,

que, assim, passou a influenciar no ordenamento jurídico em diferentes graus de concreção.

De fato, já há previsão constitucional do processo como direito fundamental (Brasil, 1988f), apontando uma série de prerrogativas e características processuais pois é o meio de dar consecução prática aos direitos materiais. Mas isto não significa que é acessório ao direito material, pois pode e deve ser vislumbrado de forma autônoma; sem que, com isso, afaste-se de seu objetivo-mor, que como já foi dito, é garantir o alcance do direito material. Assim, de forma alguma a técnica processual pode servir de pretexto para um distanciamento quanto ao fim almejado, e deve equilibrar a primazia técnica, albergada, basicamente, por ônus e preclusões. O equilíbrio é de importância ímpar pois dá segurança jurídica e ampara requisitos de previsibilidade. Pode-se falar, então, que o processo é o contorno do envolvimento dialético das partes, fazendo valer princípios basilares para a possibilidade de se considerar um estado como Estado de Direito, como a previsão do contraditório e do devido processo legal (FAZZALARI, 1986, pp. 819/836).

Em suma, tem-se que o fim do processo é alcançar a adequação dos resultados harmônicos dos valores oriundos da Constituição, contidos nos princípios, que derivam nas regras, concretizando a hipótese de previsão legal em diapasão com os preceitos constitucionais. Os direitos fundamentais assim são chamados pelas peculiaridades com que se lhes dá, por assim dizer, mais importância, por tratar de questões essenciais da sociedade. Num esforço histórico, os direitos fundamentais representaram o ponto de equilíbrio entre os reclames da sociedade em contraponto com o Estado Absolutista (GRAU, 2005, p. 174).

Para Willis S. Guerra Filho (1997, p.12), os direitos do homem que são positivados em determinada ordem jurídica são, de fato, os direitos fundamentais, que diferenciam-se dos direitos do homem pois apresentam-se como “pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas. Pode-se dizer, em linhas gerais, que os direitos humanos encontram-se fundamentados nas necessidades do homem. Portanto, os direitos fundamentais (direitos do homem positivados) trazem novas luzes para compreensão do Estado, no qual, há uma constante preocupação com o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 369).

Os direitos fundamentais, portanto, servem a diferentes objetivos na ordem jurídica, mas primordialmente são direitos de defesa, garantindo “a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público” (CANOTILHO, 2003, pp. 383/385), apresentando garantias positivas do exercício das liberdades, bem como normas de proteção de institutos jurídicos e tendo deveres de proteção pelos quais o Estado deverá a todo custo fazer respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos, caso sejam agredidos por terceiros.

Willis Santiago Guerra Filho continua (1997, pp. 20/21), afirmando que o direito processual de forma alguma está contido tão-somente na legislação infra-constitucional. Não só suas raízes são facilmente perceptíveis na Constituição, esta mesma também possui a natureza de lei processual, agasalhando “a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, onde se vai encontrar a orientação para saber a que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento”.

Assim, o direito de acesso ao Judiciário (BRASIL, 2011a) consubstancia-se pelo processo como verdadeira garantia constitucional, uma vez que seriam vazios os direitos ou declarações à mingua de maneiras efetivas de salvaguardá-los. A idéia de garantia, nessa seara, está ligada diretamente com o conceito de efetividade, ao “fazer reais e efetivos esses direitos” (BONAVIDES, 2004, p. 532), atuando como meio de realização destes direitos.

Sob esta ótica, pode-se afirmar que há uma linha tênue entre o processo, como gênero, e a efetividade, como espécie. Portanto, uma das maiores preocupações do sistema jurídico é fazer aplicáveis os direitos materiais através do processo. Canotilho anota que tal desiderato de efetividade pressupõe também “dimensões de natureza prestacional na medida que o estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações [...], tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de pagamento de meios económicos.” (CANOTILHO, 2003, p. 468).

Coadunando, pois, o processo com os valores sociais, tem-se o desenrolar da constitucionalização do processo no caminho de uma orientação democrática, sob a égide do bem comum e do ideal de que as decisões judiciais sejam orientadas para o ideal de justiça.

Da releitura, pois, dos postulados da ciência processual até então postos pela *via* hermenêutica, caminha-se para o depósito na função jurisdicional dos almejos constitucionais, sempre sob o mesmo norte : a busca constante pela efetividade dos direitos garantidos (SANTIAGO, 2011).

Assim, os valores apregoados pela Constituição de 1988 não pode ter sua efetividade relegada à boa vontade legislativa, pois já se sabe que a realidade da evolução cultural e social é muito mais dinâmica do que poderia ser o processo legislativo, sendo de suma importância a intermediação do Judiciário, para que o cidadão premido de seu direito, mas proibido de exercer a sua própria justiça, pois monopolizada pelo Estado, restando ao súdito apenas a invocação do próprio Estado para que manifeste seu poder e atenda o reclamo. Para justificar este monopólio, portanto, a ação estatal e o resultado a ser alcançado devem ser úteis, ou seja, mesmo quem pede direito inexistente (direito de ação abstrato) deve ter aparato à sua disposição, sendo a agilidade, a efetividade e outras qualidades constitucionais do processo concernentes a uma atuação digna.

Portanto, todos os desdobramentos decorrentes dos diversos valores e princípios contidos na Constituição devem ser dados à luz, pela normatividade que possuem, sendo sua concretização e efetivação verdadeiro dever assumido pelo Estado ao decretar seu monopólio da força. Pois ao proibir o cidadão de exercer sua própria justiça, deve o estado garantir o exercício pelo menos da justiça legal, sob pena do enterro da paz social.

Dessa senda, cada um dos direitos e princípios advindos da Carta Magna propõem um estado ideal de coisas, como objetivo maior a ser albergado pelos Poderes, e passando necessariamente pela escolha já feita pelo legislador, que já fez determinadas ponderações, incorrendo em limitação ao intérprete, de modo que os princípios constitucionais tem função de complementariedade/integratividade a outros dispositivos e às famosas lacunas do direito positivo, podendo ocorrer inclusive colisões principiológicas. As regras, portanto, devem ser aplicadas, somente sendo lícito deixar de lado a sua aplicação por razões extraordinárias que demandam alta carga argumentativa, a ser avaliada pelos postulados normativos.

Para ser efetivo, portanto, como instrumento a serviço do direito material, o processo deve munir-se de maneira que tenha o maior potencial o possível para conseguir satisfazer os direitos invocados pelos cidadãos caso providos os pedidos atravessados ao Judiciário, e a satisfação dos direitos não decorre de meras

declarações do Poder Judiciário, mas da concessão da efetiva medida em tempo hábil, com acesso facilitado ao Estado através do Judiciário, e sem óbices que dificultem ou impossibilitem o ingresso – o que sói ocorre se fraca a ciência processual do sistema jurídico.

Daí surge o tema abordado no terceiro e último capítulo do trabalho, desvelando o tema central do estudo, qual seja, a aplicabilidade das tutelas de urgência como necessárias ao próprio exercício do direito de ação de maneira efetiva, seja no transcorrer do processo, seja para garantir o bom transcorrer do processo.

TUTELAS DE URGÊNCIA COMO COROLÁRIO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DE AÇÃO

Para a proteção de um direito certo do demandante, ou seja, evitar-se a perda ou a deterioração deste direito pelo decurso do tempo ou por qualquer outro meio lesivo, foram incorporadas ao ordenamento pátrio jurídico as denominadas tutelas de urgência, motivo pelo qual se pode dizer que o nascimento destas tutelas se confunde com as próprias causas de seu aparecimento.

Quando o cidadão percebe algum conflito que periclite sua situação, obstando sua paz individual, deve abster-se de praticar a justiça com as próprias mãos face o monopólio da força pelo Estado. Assim, conforme já exposto no capítulo passado, sua melhor alternativa é a instauração do processo cognitivo para que o Poder Judiciário pacifique o conflito posto a julgamento. E é pela invocação do processo pelo detentor do direito lesado que se exerce o direito de ação.

Entretanto, a grande quantidade de recursos, a utilização da ciência processual como fim em si próprio ocasionando o formalismo exacerbado, a falta de funcionários, a dilação procedimental de alguns ritos, entre outros, são alguns fatores que muitas vezes deterioram o próprio direito guerreado, e obstam o próprio direito de ação que envolve necessariamente a triangularização das partes e do juízo.

Tal morosidade vislumbrada no processo comum pode vir a acarretar danos irreversíveis ao demandante, que vê seu direito reconhecido de forma tardia e, em muitos casos, mesmo inútil, tendo em vista a deterioração prática do bem da vida sobre o qual buscou a tutela jurisdicional.

CARNELUTTI assim dispôs no que tange à relação tempo X processo:

El valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en grand parte desconocido. No sería demasiado atrevido parangonar el tiempo a un enemigo contra el cual el juez lucha sin descanso". (1971, p.412).

E justamente daí surgem as tutelas de urgência, providas de ritos diferenciados dotados de maior celeridade, com o fim de garantir ou acautelar o objeto da ação em sua integridade até a manifestação final do Judiciário sobre a lide. Na legislação brasileira, tais tutelas urgenciais são divididas em duas

modalidades: a clássica tutela cautelar e inovadora tutela antecipatória (THEODOROO JÚNIOR, 2007, P. 44).

O tempo reclamado pelo processo, até que ocorra a efetiva entrega da prestação jurisdicional, é, portanto, fator de incomensurável importância, pois a demora pode e provavelmente vai causar gravame à esfera jurídica das partes litigantes, tornando até mesmo inútil, por vezes, a atuação estatal, e dando azo à perpetuação do conflito posto *sub judice*.

Assim, não só as coisas podem sofrer deterioração em função da excessiva demora no rito processual, mas também as pessoas e as relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, a saber: a deteriorização, o desvio, a alienação do bem ou mesmo a morte do titular do direito (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 22).

3.1 AS TUTELAS DE URGÊNCIA E A DURAÇÃO DO PROCESSO

CRUZ E TUCCI afirmam que a justiça tardia representa verdadeira denegação da justiça, ao vulnerar o direito a um processo livre de atrasos injustificados; bem como a excessiva dilação das lides através do tempo traz gravíssimos inconvenientes a todos os integrantes da relação jurídica (1997, p. 120).

Deixa-se claro, entretanto, que o objetivo não é uma tutela jurisdicional instantânea, aos tropeços, que alcance o direito material em detrimento do direito processual; mas de uma possibilidade de se garantir, ao menos, que o decurso temporal excessivo não venha a causar danos que comprometam a efetividade ou a própria utilidade do processo, ou mesmo a perda do direito material por ele buscado por impossibilidade de satisfação face a deterioração do bem da vida.

Nesse viés, CALMON (2004, p.37), ensina:

Ao tempo em que garante o Estado o acesso ao aparelhamento destinado a aplicar autoritariamente a garantia, também há de preservar a efetividade e a qualidade da sua atuação. A efetividade está ligada ao tempo de entrega da garantia do direito reclamado. Com frequência, a celeridade na prestação jurisdicional é exigida para a sobrevivência do Direito. São os chamados direitos instantâneos que, quando agredidos, exigem imediata recomposição via instrumentos de urgência – antecipação de tutela ou liminares, sob pena de perecimento. Sem as tutelas de urgência de nada valeriam os direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, se o tempo, com o seu poder inexorável, consolidasse situação fática que os tornasse inócuos. Sem valor o aparato estatal, se a demora na mobilização do aparelho judicial levar à irreversibilidade o conflito. A solução efetiva deve ser oferecida em velocidade compatível com a realidade geradora do conflito.

Para combater os efeitos prejudiciais da dilação excessiva do tempo, foram criados institutos jurídicos voltados ao combate da deterioração ou perecimento do direito material das partes. De fato, o legislador não podia restar silente ante a eminente possibilidade de esvaziamento da utilidade do processo. Assim, a Ministra dispõe sobre os mecanismos processuais voltados ao objetivo de atenuar os efeitos prejudiciais que eventualmente decorrem da exagerada duração processual, a saber: as tutelas de urgência.

Dessa forma, surgem no cenário jurídico institutos emergenciais com o objetivo máximo de sanar os malefícios causados pelo decurso do tempo durante a relação processual, para evitar que se culmine na própria ineficácia da medida pleiteada ou mesmo na perda injusta do direito postulado. Tais institutos, as tutelas de urgência, contribuem para a justa distribuição entre as partes do ônus decorrente do tempo processual, ao passo que antes da existência destes artifícios o tempo criava situação vantajosa ao réu, favorecendo-o em detrimento do autor, o que, por óbvio, ameaça não só a segurança jurídica como a ampla defesa.

CRUZ E TUCCI (1997, p.122-123) ensina:

Partindo-se do pressuposto de que o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a técnica de cognição sumária delinea-se de crucial importância para a idéia de um processo que espelhe a realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.

Para acabar com os efeitos deletérios advindos da intempestividade da tutela jurisdicional, ou pelo menos minimizá-los, o autor continua, defendendo a existência de três frentes, que podem ser classificadas em: a) mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana; b) mecanismos de aceleração do processo; e c) mecanismos jurisdicionais de controle externo da lentidão.

Tem-se, pois, que as tutelas emergenciais estão inseridas na categoria “b”, ou seja, são vislumbradas como mecanismos de aceleração do processo, com o fito de assegurar a tutela jurisdicional que, por sua natureza exclusiva ou prevalentemente não patrimonial, sofreriam dano irreparável com a dilação temporal necessária ao desfecho da lide.

Assim, a própria falta de aptidão do processo sob o rito ordinário, no sentido de que não atende a todas as espécies de direito material que

instrumentaliza, é que engatilham a necessidade das tutelas de urgência, quando o direito material necessita, para sua efetivação, procedimentos mais adequados às situações urgentes.

Conforme a processualista GRINNOVER, (2005, pp.11-37) a necessidade da utilização de tutelas diferenciadas ou tutelas sumárias *lato sensu* é evidente pois:

O procedimento ordinário de cognição, tradicionalmente tomado como base e ponto central do ordenamento processual, foi sendo corroído por novas posturas, preocupadas com a efetividade da tutela jurisdicional e com um processo de resultados. [...] observou-se que o modelo tradicional de procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem. O procedimento ordinário de cognição não pode mais ser considerado técnica universal de solução de controvérsia, sendo necessário substituí-lo, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado e capazes de fazer face às situações de urgência.

ASSIS (2000, pp. 33-60), por sua vez, situa as tutelas de urgência à luz da litisregulação, o que significa a necessidade de se regular a passagem do direito litigioso da lide à satisfação, por ato judicial. Portanto, “o veto à autotutela, acrescido da obrigatória intervenção da autoridade judiciária para resolver a lide” traz como consequência indelével a pertinência das medidas de urgência que autorizam a mudança do *status quo*, quer por ato privado (obviamente em hipóteses restritas), quer por provimento judicial.

Continuando em sua lição, ASSIS (2000, pp.33-60), inspirado nos ensinamentos de Ovídio A. Batista da Silva, atenta para o fato de que as diversas tutelas preventivas ora satisfazem o pleito, ora asseguram-no. Senão, vejamos:

[...] satisfazer é realizar certo direito, concretamente, no plano das relações humanas. O enunciado corresponde ao senso comum e se debruça sobre acontecimento sucedido no mundo dos fatos. Deste modo, os alimentos provisionais (art.852) satisfazem as necessidades do alimentário e, portanto, a pretensão deduzida em juízo, embora o órgão não declare a existência da obrigação alimentar. Ao invés, o seqüestro da coisa litigiosa, fundado no fato de que o réu da ação reintegratória passou a danificá-la, apenas assegura, porque a coloca além da disposição de qualquer das partes e na posse de depositário (art.824, caput, 1ª parte), somente assegura o bem, ainda que concedido no curso daquela demanda, distinguindo-se, neste particular, da liminar que reintegrasse o autor na posse (art.928), realizando o seu direito à posse do bem, por hipótese indeferida porque o juiz não se convenceu do esbulho. Em qualquer caso, o juiz atuará a função litisreguladora, mas de modo bem diverso: seqüestrando, a nenhum dos litigantes satisfaz, no mundo dos fatos; reintegrando, satisfaz o autor, conquanto temporariamente, porque poderá restituir a coisa ao réu, no curso do processo ou através da sentença. Enquanto o autor se mantiver reintegrado na posse da coisa litigiosa, desfrutando-a livremente, vai satisfazendo seu direito. Nada tem a ver com a essência de

pronunciamentos tão discrepantes o elemento comum antecipatório, provocado pela urgência.

Assim, podemos vislumbrar no gênero “tutelas de urgência” as suas duas principais espécies: a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela, sendo característica daquela ser eminentemente assecuratória e, desta, satisfativa.

Enquanto a medida cautelar almeja garantir o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor, não há confundir tais prerrogativas com o provimento antecipado da tutela. Este não é limitado a assegurar a utilidade do processo, ou a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor. Seu objetivo é, em verdade, conceder de forma antecipada e satisfativa, o próprio provimento jurisdicional requerido ou seus efeitos. Mesmo que a antecipação de tutela seja possibilitada pela urgência, sua natureza não é e nem pode ser considerada cautelar, pois sua finalidade é adiantar os efeitos do provimento final da lide e admitir sua imediata execução (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2003, p. 646).

Exceto a antecipação dos efeitos da tutela em razão de ocorrência de abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu, ambas as medidas, de tutela cautelar e antecipação da tutela, tem como fato gerador a urgência, bem como são fundadas em juízo de cognição perfunctório, em detrimento da cognição exauriente característica do procedimento ordinário. Desta forma, o magistrado troca o juízo de certeza por juízo de probabilidade e verossimilhança das ações, quando da análise de alguma tutela urgencial.

Portanto, é através desta cognição superficial que se diferenciam as tutelas de urgência das tutelas de cognição. As tutelas emergenciais, portanto, atuam contra a dilação excessiva do tempo processual no procedimento ordinário, ao simplificar a forma de cognição do problema.

MARINONI (1993, pp.105-110) traz lume ao assunto:

A técnica de cognição destina-se à construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas, isto é, tutelas adequadas às diversas pretensões de direito material. Visa, em outras palavras, a permitir a adequação da ação processual à ação de direito material. É que, levando-se em conta a pretensão de direito material, torna-se possível concluir, através da adequação da cognição que lhe é própria, qual a forma de tutela que lhe é mais compatível. A cognição pode ser referida a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito à amplitude de conhecimento do juiz, e vertical, que pertine à profundidade da cognição do julgador acerca da afirmação dos fatos. A cognição no plano horizontal pode ser plena ou parcial, enquanto que no plano vertical classificase em exauriente, sumária e

superficial. A cognição no sentido vertical, que aqui nos interessa, é umbilicalmente ligada à produção das provas necessárias ao conhecimento aprofundado (exauriente) do objeto litigioso. Em alguns casos, com efeito, para a efetividade da tutela do direito, é necessário permitir ao juiz decidir com base e um conhecimento menos aprofundado (cognição sumária ou superficial). Nos casos de urgência, efetivamente, a efetividade da tutela jurisdicional não se concilia com o tempo necessário à produção de determinadas provas. Da mesma forma, quando o direito pode ser evidenciado de pronto, embora não presente a nota de urgência, o tempo necessário para o reconhecimento definitivo (coisa julgada material) da existência do direito afirmado em Juízo pode não se conciliar com a “efetividade do processo”.

A par dessa simplificação material, albergada pelo juízo de probabilidade em detrimento da certeza, no que tange à existência do direito postulado, temos também a descomplicação processual. Ou seja: a urgência é satisfeita não só pela sumarização da verificação do direito material, mas também pela abreviação procedimental, pois seria vazia a cognição sumária acerca da matéria *sub judice* se o procedimento utilizado não fosse, de fato, simplificado em proveito da celeridade.

Nesse sentido, SOARES (2000, pp.147-156):

[...] a sumarização pode ser resultado tanto de abreviações de rito como de cognição, isto no plano do processo. [...] sumarizar o processo é comprimir o espectro de cognição judicial ou o iterprocedimental, na tentativa de conformar-se o instrumento à demanda nele contida, ou de aparelhá-lo às eventuais necessidades de urgência que ocorram, podendo tal urgência ser desde logo valorada pelo legislador, como ocorre na tutela possessória, ou ser deixada à apreciação judicial, como no processo cautelar ou na antecipação de tutela em que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Resumindo, garante-se a efetividade do processo, refletida na prestação jurisdicional realizada em tempo hábil, através da utilização de tutelas diferenciadas, em especial as tutelas de urgência, cuja viga mestra é o modo de cognição sumária, tanto no aspecto material, quanto no aspecto processual.

3.2 AS TUTELAS DE URGÊNCIA E A EFETIVIDADE DA AÇÃO

Enfrentamos atualmente a famosa “crise do Poder Judiciário”, cujos fatores que obstaculizam a boa administração da justiça são amplamente conhecidos pela maioria dos profissionais que atuam na esfera Jurídica. Mas não são somente os juristas que percebem tal situação; a própria população brasileira também sente, no seu dia a dia, os problemas inerentes à ineficácia do judiciário, trazendo a sensação de insegurança jurídica ou social, pois o direito parece que

“funciona melhor” para aqueles que detém algum tipo de poderio, seja econômico, político ou qualquer outro.

A falta de efetividade é ocasionada, principalmente: pelo formalismo exacerbado; pelo número excessivo de recursos – muitos com intuito meramente protelatório, e causando o “represamento” dos Tribunais Superiores, usurpando o justo processo; a prolongada demora na entrega da prestação jurisdicional; quantidade de juízes e cartórios que não atendem a demanda popular; a falta de pessoal qualificado ou mesmo de estruturas físicas para o perfeito funcionamento cartorial; a falta de qualificação dos profissionais no âmbito jurídico face a proliferação de cursos de Direito mais preocupados com o lucro gerado do que com a qualidade de ensino.

Dessa forma, evidente a infinidade de fatores que obstam a entrega de um bom serviço pelo Poder Judiciário, sendo que nenhum dos fatores pode ser classificado como preponderante, determinante, ou mesmo como mais importante ou menos importante, pois o espectro geral da questão pode ser vislumbrado ao somar todos os problemas que atravancam a prestação jurisdicional, causando a crise e desaguando na ineficácia. Por isto, as soluções são conjunturais, mas sua exposição detalhada não é objeto do presente trabalho, dedicado ao estudo genérico das tutelas urgenciais.

Em verdade, na esmagadora maioria das comarcas brasileiras, a contribuição da iniciativa privada ou de outros segmentos da sociedade tem sido de suma importância para uma melhor adequação das instalações judiciárias à real necessidade.

Tal emperramento no sistema jurídico, via de regra, dá-se pela confluência de fatores internos e externos à ciência processual. Tal situação, ao contrário do que imaginamos, não é exclusiva do Brasil, muito pelo contrário: é uma realidade mundial, pois acontece também na Itália, Alemanha e Argentina. MOREIRA chama a atenção, desde a década de 80, para a falta de efetividade jurisdicional como gravíssimo problema na distribuição da justiça:

Pusemos em relevo, antes de tudo, o deslocamento da tônica, nas preocupações da doutrina, da elaboração conceptual e da construção sistemática – predominantes ao longo de um século, desde os albores do movimento de afirmação científica do direito processual como disciplina autônoma, em meados do centúrio anterior-, até há uma ou duas décadas-, para os problemas relacionados com a melhor realização prática da função prática do processo, ou se se preferir, com a ‘efetividade’ deste. (1989, p. 1).

Em consequência destes aspectos, o direito processual desenvolveu determinadas soluções legislativas bastante criativas para enfrentar este tipo de situação. MOREIRA explica:

A crescente pressão 'social' no mundo do processo impele-o ao reajuste dos instrumentos de tutela, ou ao fabrico de novos, para atender de modo conveniente a interesses de relevância cada vez maior, que ultrapassam o nível individual para atender com a vida de comunidades às vezes amplíssimas. (1989, p. 2).

Como visto no capítulo anterior, após várias reformas constitucionais ocorridas no século XX, buscou-se não só a efetividade do processo civil, mas também sua conformidade com o *due process of law*.

Dessa forma, a análise dos institutos das tutelas de urgência e sua aplicabilidade está calcada nos princípios constitucionais inerentes ao processo civil, este tendo sua própria base também na Constituição Federal.

Por derradeiro, face a todos os problemas encontrados no sistema judiciário brasileiro e, ousa-se dizer, mundial, não há falar em duração devida do processo, princípio insculpido no art. 6º, da Constituição Federal Brasileira, sem a devida utilização das tutelas estudadas neste trabalho, a saber, as tutelas de urgência, como requisito básico da própria garantia da efetividade do direito de ação, assunto polêmico e raramente aplicado no direito pátrio atual.

CONCLUSÃO

Estudando a origem e as características do direito de ação, passando por aspectos pontuais do momento histórico onde prevalecia o pensamento individualista, e lembrando que o ordenamento jurídico fazia parte deste contexto, vemos a raiz do direito processual civil. Bem se sabe que o bom direito se aperfeiçoa e se transforma acompanhando a dinâmica social, chegamos a um estado de evolução que, atualmente, aborda as questões essenciais da sociedade como um todo, um verdadeiro organismo, priorizando o interesse coletivo da mesquinhez individual, principalmente quando se trata da efetividade do direito de ação.

Sob a luz das normas constitucionais, portanto, fulgura a necessidade de aplicação dos princípios constitucionais também ao processo civil, para satisfazer o anseio social de resolução dos conflitos cuja aplicação da força foi monopolizada pelo Estado.

Em meio a estas transições, tem-se que por meio de princípios, alguns institutos foram relativizados para que a conotação social coletiva da Constituição prevaleça às demais fontes do direito pátrio. Dentre eles, por óbvio, a aplicação das tutelas de urgência como meio idôneo e peculiar para conferir efetividade ao exercício do direito de ação, e da própria jurisdição consequente.

O processo é verdadeiro meio de realização do direito material, e, portanto, nunca deve obstá-lo. O direito material, portanto, apresenta-se com o fim de ser alcançado, dando escopo às figuras processuais das tutelas de urgência. Tal relação entre meio e fim é oriunda de uma estrutura aplicacional de normas, ou seja, de postulados normativos. Dentre os mais importantes figura a proporcionalidade, com seus exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Finalmente, verificou-se que os direitos fundamentais previstos na constituição emanam ao processo civil para garantir o bom desenvolvimento do processo de forma a tornar a jurisdição o mais concreta o possível, através da aplicação do direito material hipotético aos casos individuais, utilizando-se, para tanto, além das outras tutelas, as urgenciais, em caso de periclitación do bem da vida ou do próprio direito.

Assim, os resultados obtidos na presente pesquisa foram no sentido de que, ao mesmo tempo que exista uma enorme dicotomia entre as normas garantidoras do direito de ação, sua efetividade esbarra em alguns aspectos legais, que acabam por trazer morosidade ao que devia, por direito, ser célere. Nessa toada, o formalismo processual exacerbado traz verdadeiro óbice à efetividade do direito de ação, e consequências nefastas na relação entre os Súditos e o Poder Judiciário, via de acesso do cidadão à força estatal dirimidora de conflitos.

Para contornar tal situação, a saber, a deterioração do bem da vida ou a perda do direito em motivo da morosidade judiciária, entram em cena os princípios constitucionais, utilizados como substrato das tutelas de urgência, visando garantir ou satisfazer o direito invocado desde os primeiros atos processuais, surtindo efeito direto na efetividade do direito de ação, e, portanto, trabalhando em prol da paz social.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de processo civil**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMARAL, Roberto (Cib.); BARBOSA, Samuel Rodrigues; GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ASSIS, Araken de. **Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas**. Revista de Processo. Repró 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 2000.

_____. (Org). **Cumulação de Ações**. São Paulo: RT, 1991.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. **O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação. Reforma do Poder Judiciário de acordo com a EC 45.2004**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil - quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA, Rui. **Discurso no Colégio Anchieta**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. (Org.) **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 abr. 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao88.htm>. Acesso em:
19 abr. 2011a

BRASIL. **Constituição (1824)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em:
19 abr. 2011b.

BRASIL. **Constituição (1891)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em:
19 abr. 2011c.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em:
19 abr. 2011d.

BRASIL. **Constituição (1937)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em:
19 abr. 2011e.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em:
19 abr. 2011f.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em:
19 abr. 2011g.

CALMON, Eliana. **Concessão de liminares**. Revista Jurídica Consulex, jan, 2004, número 168, p.37, São Paulo: Editora Consulex, 2004.

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

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1971.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil. Tradução por Paolo Capitanio**. Campinas: Editora Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed. Saraiva, São Paulo: 2003.

FAZZALARI, Elio. **Procedimento e processo (teoria generale)**. *Enciclopedia del diritto*. **Guiuffrè**, 1986.

FREITAS, Newton. **Do Estado liberal ao Estado social**. De 29 agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=215>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005..

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização**. Revista de Processo. Repro 121. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.11-37, mar., 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade in Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p 12

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil, tradução de Cândido Rangel Dinamarco**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novidades sobre a tutela antecipatória**. Revista de Processo, n 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.105-110, jan.-mar., 1993.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. vol.IV. São Paulo: Saraiva, 1976.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 1. ed. Forense: São Paulo, 2002, p. 23;

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 183.

ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de Direito Processual Civil – Roteiros de aula – Processos de conhecimento**, São José: Conceito, 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTIAGO, Marcus Firmino. **Constitucionalização do processo civil in Página de Direito do Prof. Tesheiner**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2005/constitucionalizacao_do_processo_claudio_firmino.htm>. Acesso em: 30 abr. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio de Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 942.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 22.ed.rev.e atual.São Paulo: Liv. e. Ed. Universitária de Direito, 2005.

_____. (Org.). **Curso de Direito Processual Civil**, v. I – 46ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração dos Direito do Homem e do Cidadão, 1789, França**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>. Acesso em: Acesso em: 19 abr. 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais.

