

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

GUILHERME CARDOSO ANTUNES DA CUNHA

**A HERMENÊUTICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A
SUPERAÇÃO DO PARADIGMA RACIONALISTA E A IMPLEMENTAÇÃO
DE TUTELAS DE URGÊNCIA SATISFATIVAS AUTÔNOMAS**

São Leopoldo

2012.

GUILHERME CARDOSO ANTUNES DA CUNHA

**A HERMENÊUTICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A
SUPERAÇÃO DO PARADIGMA RACIONALISTA E A IMPLEMENTAÇÃO
DE TUTELAS DE URGÊNCIA SATISFATIVAS AUTÔNOMAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2012

C366h Cunha, Guilherme Cardoso Antunes da
A hermenêutica como condição de possibilidade para a
superação do paradigma racionalista e a implementação de
tutelas de urgência satisfativas autônomas / Guilherme Cardoso
Antunes da Cunha. -- 2012.
129 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos
Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo,
RS, 2012.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

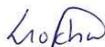
1. Estado - Direito. 2. Jurisdição. 3. Hermenêutica. 4. Tutela
- Urgência satisfativa autônoma. I. Título. II. Ribeiro, Darci
Guimarães.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **“A hermenêutica como condição de possibilidade para a superação do paradigma racionalista e a implementação de tutelas de urgência satisfativas autônomas”**, elaborada pelo mestrando **Guilherme Cardoso Antunes da Cunha**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 21 de junho de 2012.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha



AGRADECIMENTOS

Trabalhos como o presente só se concretizam com o amparo de pessoas queridas que, à nossa volta, nos ajudam a trilhar esse caminho longo e exigente. Por isso, não só quero, como preciso agradecer:

Ao Dr. Ney Fayet, por ter me ensinado um dos princípios mais importantes que uma pessoa poderia levar ao longo de uma vida (profissional, acadêmica, social, pessoal): “o maior inimigo do bom é o ótimo”. Esse ensinamento abriu minha perspectiva mundana, no sentido de que todas as coisas que fazemos podem e devem ser feitas com afinco, com perseverança e com o maior apreço. É assim agindo que nos tornamos diferenciados. A propósito: este agradecimento tem efeito de dedicatória.

Ao Dr. Paulo Fayet, pelos mais fervorosos ensinamentos de como se faz uma prática advocatícia qualificada e acima de tudo ética. Também, por ser o exemplo de como se trabalha em equipe e de como se cria um caldo de cultura para que essa equipe efetivamente atenda às ardorosas exigências da vida profissional. Ainda, por ser a confiança personificada, já que o Professor ora homenageado é a demonstração viva de que as relações interpessoais se dão fundamentalmente à luz da lealdade. Por fim, por sempre me receber com sorriso alegre e abraço festivo, em cada encontro brindando uma das maiores felicidades da vida: a de estar entre (melhores) amigos.

Ao Professor Fábio Fayet, por ter me introduzido no ambiente acadêmico, mesmo como ouvinte, quando eu ainda era estagiário, mostrando a magia da sala de aula. Igualmente, por ter me ensinado a enxergar cada uma das esferas da minha existência com olhos mais parcimoniosos e bondosos, mas também por ter estado sempre ao meu lado *no matter what* (na expressão dos americanos), tanto nas escolhas certas, como (e especialmente) naqueles momentos mais difíceis. Enfim, por representar e personificar os mais verdadeiros e sinceros atributos do conceito de amizade.

Ao Dr. Diego Marty, por ter me ensinado outro princípio dos mais fundamentais para a carreira de qualquer profissional: “todo o dia é dia de trabalho”. É através desse preceito que devemos pautar nossa carreira profissional, seja ela qual for. Sim, o trabalho enobrece o homem, e um dos exemplos disso certamente é o Dr. Diego. Aliás, é a partir do trabalho que o homem cria seus sonhos e, através do ensinamento ora colhido, que eles são realizados.

Aos meus colegas de Mestrado, principalmente ao Gustavo Santanna, ao Giovani Oliveira, ao Miguel Costa, ao Felipe Scalabrin e ao Igor Raatz, por terem sido as pessoas que não só me apoiaram em cada dia dentro do PPG, como eram os motivos que me faziam deslocar alegre e contente, nos finais de tarde, de Porto Alegre em direção à São Leopoldo, apesar de todas as complicações que envolvem largar o trabalho mais cedo e tomar o caminho da ardorosa BR-116, com a certeza de que os amigos queridos lá estariam para mais um dia de muito trabalho, mas, acima de tudo, de muitas risadas. E, claro, pelos ensinamentos e pelas críticas sempre formuladas, tão importantes para a construção desta pesquisa, fundamentalmente as direcionadas pelo Igor, que sempre esteve junto e embalando cada pesquisa.

À Professora Angela Araújo da Silveira Espíndola, parte inafastável das ideias deste trabalho, desde os primeiros encontros na disciplina de Garantias Constitucionais do Processo. Ademais, por ter me concedido a grata oportunidade de acesso aos seus ensinamentos já desde o final de minha faculdade. E pela amizade, acima de tudo.

Aos meus colegas de faculdade, aos meus colegas de Especialização, aos demais colegas de trabalho, aos incontáveis amigos, cada um com sua devida participação na minha formação pessoal, indispensáveis a grande parte das alegrias que vivi e viverei ao lado de cada um.

Aos meus familiares, meus irmãos, primos, tios e avós, por tudo. Pela maravilha que é fazer parte de uma família em que cada um, bastante diferente do outro, agrega fatores importantíssimos no meu DNA (senão necessariamente biológico, certamente

social). Carregarei com orgulho os ensinamentos e as influências de cada um, certo da responsabilidade que advém de fazer parte dessa família.

Ao grande Professor Darci Guimarães Ribeiro, quem eu tive o prazer de conhecer já no curso de Especialização, pela acolhida, por ter me orientado com exemplar dedicação (a mesma, aliás, que coloca em cada aula lecionada) e, principalmente, pelo apoio emprestado durante todo o curso, independentemente de formalidades legais de orientação ou grupos de pesquisa. Também por estar sempre disponível ao diálogo e por provocar sempre um raciocínio crítico do Direito, sem jamais esquecer das questões práticas envolvidas.

À Caroline, por ter colorido meu dia-a-dia, pela paciência, e, mais do que tudo, por ter despertado em mim os sentimentos mais puros e incondicionais que raramente uma pessoa nutre por alguém durante toda uma vida. Por fazer com que eu viva cada dia como se fosse o último, mas, ao mesmo tempo, criando em mim a maravilhosa expectativa de planejar o futuro em família.

Por fim, o agradecimento mais importante. Aos meus pais, Fernando e Marília, por terem sido desde sempre as pessoas mais importantes da minha vida, por terem dito *sim* sempre que puderam e por terem dito *não* sempre que acharam necessário. Enfim, pela bagagem educacional e social que me forneceram para enfrentar o mundo e pelos enormes esforços que fizeram para me apoiar em todos os momentos. E, em vista disso tudo o que foram pra mim, concluo com o que eu já disse alhures: nem que eu largasse tudo e passasse o resto de minha vida vivendo cada minuto tão somente por eles seria possível retribuir metade do que eles fizeram e ainda fazem por mim.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da evolução da jurisdição no Estado de Direito Moderno e Contemporâneo e, particularmente, da necessidade, dentro do processo civil, de uma tutela de urgência satisfativa autônoma. Mais especificamente, esta pesquisa terá por objeto apresentar a transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Contemporâneo e, em especial, o impacto que esta transição operou no modelo de produção do direito e da jurisdição. Em seguida, analisar-se-á o surgimento do neoconstitucionalismo e os seus reflexos na jurisdição atualmente praticada no Brasil, aportando a hermenêutica como condição de possibilidade para a superação do paradigma racionalista e, no que tange ao processo civil, para o acontecer de uma jurisdição produtiva e não mais refém das amarras do procedimento ordinário. Por fim, e a partir dessas premissas, investigar-se-á a viabilidade de uma tutela de urgência satisfativa autônoma no processo civil brasileiro. Em vista de tudo o que se viu na presente pesquisa, começando pela imperativa superação do paradigma racionalista pela hermenêutica, passando pelas necessidades processuais do Estado Contemporâneo e analisando as questões advindas da prática forense, conclui-se que precisa-se de uma tutela de urgência satisfativa autônoma genérica, mais ou menos nos moldes propostos pelo Projeto do novo CPC e da doutrina nacional e estrangeira sobre o assunto, que venha a tutelar situações de urgência, tenham estas natureza satisfativa ou cautelar, cujos requisitos sejam *(i)* a plausibilidade do direito alegado e *(ii)* o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o perigo na demora, sem a necessidade obrigatória da propositura de uma “ação principal” de rito ordinário e com cognição exauriente, o que passa, indispensavelmente, por um novo modo-de-fazer-Direito, pela ruptura definitiva do paradigma racionalista pela hermenêutica.

Palavras-Chave: Estado de Direito – Jurisdição – Hermenêutica – Tutela de Urgência Satisfativa Autônoma.

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo el estudio de la evolución de la jurisdicción del Estado de Derecho moderno y contemporáneo, y, sobretodo, de la necesidad y viabilidad, en el Proceso Civil, de medidas autosatisfactivas. Específicamente se estudia la transición del Estado liberal clásico para el contemporáneo y el impacto de esta transición en el modelo de producción del Derecho y de la Jurisdicción. Entonces, se examinará el surgimiento del neoconstitucionalismo y sus reflejos en la jurisdicción actualmente practicada en Brasil, trayendo la hermenéutica como condición de posibilidad para la superación del paradigma racionalista y pertinente al Proceso Civil para el acontecer de una jurisdicción productiva y no más rehén de las amarras del procedimiento ordinario. Por último, y partiendo de estas premisas, se investigará la viabilidad de una medida autosatisfactiva en el Proceso Civil brasileño. A la vista de todo lo que se ve en este estudio, partiendo de la imperativa superación del paradigma racionalista por la hermenéutica, pasando por las necesidades procesales del Estado contemporáneo y examinando las cuestiones surgidas en la practica forense se concluye que se necesita de una medida autosatisfactiva genérica, aproximadamente a los parámetros propuestos por el proyecto del nuevo Código Procesal Civil y de la doctrina nacional y extranjera sobre el tema, que venga a tutelar situaciones de urgencia, tengan naturaleza satisfactoria o de precaución, cuyos requisitos sean (i) la plausibilidad del derecho afirmado y (ii) el riesgo de daño irreparable o de difícil reparación o el peligro en la tardanza, sin la necesidad obligatoria de la ponencia de una acción principal del rito ordinario y con cognición exhaustiva, lo que pasa indispensablemente por un nuevo modo de hacer el Derecho por la ruptura definitiva del paradigma racionalista por la hermenéutica.

Palabras-llave: Estado de Derecho – Jurisdicción – Hermenéutica – Medidas Autosatisfactivas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
PARTE I – A JURISDIÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A SUPREMACIA JUDICIÁRIA.....	15
1.1 A edificação do direito processual e seu paradigma dominante no Estado Liberal Clássico: um ponto de partida.....	15
1.2 A erosão paradigmática do direito processual a partir do século XX: um momento de questionamento.....	30
1.3 O neoconstitucionalismo, a nova concepção de direito e a jurisdição em xeque: uma questão de democracia.....	46
PARTE II – DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO E A TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA AUTÔNOMA.....	63
2.1 Das cautelares satisfativas à proposta de procedimento satisfativo sumário pelo Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro.....	63
2.2 A verdade hermenêutica e o “novo” processo civil: a quebra do paradigma racionalista e o acontecimento das tutelas sumárias satisfativas autônomas.....	78
2.3 Perspectivas para uma tutela de urgência satisfativa autônoma.....	92
2.3.1 Dos problemas práticos (da jurisdição) advindos da falta de uma tutela de urgência satisfativa autônoma.....	96
2.3.2 Da imperatividade e da possibilidade de implementação de uma tutela de urgência satisfativa autônoma no processo civil brasileiro.....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119

INTRODUÇÃO

Como é cediço, grande parte das reformas processuais dos últimos anos ocorridas no Brasil (e noutros países de *civil law*) tem como fundo a celeridade, a efetividade do processo. Trata-se de imperativo acontecer jurisdicional dos anseios dos Direitos provenientes do Estado Contemporâneo. A partir das mudanças implementadas nos últimos vinte anos, aproximadamente, os diplomas processuais preocuparam-se em dar efetividade aos provimentos jurisdicionais, até então carentes em virtude do ainda então presente ranço ideológico dos institutos processuais herdados do Estado Liberal Clássico. Na modernidade, os Direitos tinham caráter patrimonialista, bastando uma tutela jurisdicional repressiva e ordinária; na contemporaneidade, os novos direitos fundamentais (sociais e individuais) exigem do Poder Judiciário, muitas vezes, uma atuação urgente, preventiva e/ou satisfativa.

No Estado Liberal Clássico, de caráter não intervencionista e onde o Parlamento era o poder “central”, por assim dizer, a prestação jurisdicional dos Direitos ocorria apenas repressivamente e mediante um procedimento de cognição exauriente, fruto das políticas filosóficas da época, instituidoras do paradigma racionalista. Em razão deste paradigma e dos compromissos históricos liberais, não era possível a prática de tutelas satisfativas sumárias por parte do Poder Judiciário. Até mesmo tutelas provisórias, preventivas e antecipatórias de mérito, especialmente as que dependiam da coação da vontade do devedor. O juiz era, pois, mera “boca da lei” (papel reprodutivo), sendo-lhe vedado posicionar-se acerca de elementos da lide antes do desfecho final do processo.

Aos poucos, em especial após as Grandes Guerras, ocorridas na primeira metade do século XX, tornou-se imperativo que a prestação jurisdicional concretizasse de fato os direitos materiais, para ir ao encontro das necessidades dos direitos do Estado Contemporâneo (Social e, posteriormente, Democrático de Direito). No particular do Social, o Estado passou a ter caráter assistencial, fato que refletiu diretamente nos Direitos dos cidadãos que passaram a conviver em um Estado que tinha, além dos deveres negativos do Estado Liberal Clássico, a obrigação de promover prestações positivas, e, mais à frente, no Democrático de Direito, o Estado, além de ordenador

(liberal) e promovedor (social), assume a feição de transformar as estruturas sociais, com o objetivo de erradicar a pobreza e promover a justiça social, mediante intervenção na economia e promoção de políticas públicas.

Entretanto, de nada adianta(ria) que novos direitos sociais e individuais surgissem no Estado Contemporâneo sem que o Poder Judiciário tivesse condições de promover uma tutela jurisdicional adequada e efetiva a esses novos Direitos sociais e individuais, sendo, muitos deles, difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Daí a necessidade de alteração na atuação do Poder Judiciário (papel produtivo), o que perpassa(ria) certamente pela mudança no paradigma até então dominante (racionalista). Contudo, tal superação paradigmática não ocorreu e, ainda, os diplomas processuais civis brasileiros de 1939 e de 1973 não lograram êxito em tutelar adequadamente tais novas necessidades do direito material, o que, apesar da evolução do Estado de Direito (como se viu no parágrafo anterior), impediu a efetivação de todas essas evoluções no campo prático da esfera de cada indivíduo.

Apenas a partir da década de 1990, mudanças na legislação processual foram realizadas, acompanhando as inovações do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial com o advento da tutela antecipada e da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (1994). Surgia, enfim, a possibilidade de o juiz conceder tutelas satisfativas antes da sentença, apesar da já existência de algumas ações especiais e da utilização (inadequada) da ação cautelar inominada para preencher esse vácuo. Quer dizer, o caráter do Estado havia evoluído substancialmente, a partir de meados do século XX, mas apenas no final deste começaram a aparecer as reformas processuais cabíveis.

Mesmo assim, o instituto da tutela antecipada, trazido em 1995, até hoje apresenta limitações estruturais. Nesse sentido, a tutela jurisdicional nem sempre concretiza materialmente o direito posto em causa, deixando a desejar em virtude da necessidade de se propor uma ação de conhecimento de rito ordinário para possibilitar um pleito liminar satisfativo. Ademais, as “cautelares-satisfativas” ainda ocupam espaço na prática forense, ante a confusão na utilização das medidas de urgência pelos operadores do direito (fundamentalmente pela falta de um necessário procedimento de urgência satisfativo e autônomo). Assim, o procedimento ordinário atual ainda está a travancar a efetividade da tutela jurisdicional. Em vista disso, o Projeto do Código de

Processo Civil traz um procedimento que visa promover tutelas de urgência satisfativas de forma autônoma.

Nosso sistema processual brasileiro foi idealizado (e ainda está imerso) no paradigma racionalista (Estado Liberal Clássico), motivo pelo qual renunciou à busca da efetividade, priorizando o valor segurança. Com efeito, a efetividade não era um objetivo desejado pelo sistema, fazendo com que a jurisdição resistisse à quaisquer tutelas satisfativas antecipatórias, criando forte embargo à quaisquer Juízos de conhecimento mais brandos do que a certeza. Não por acaso o instituto da tutela antecipada foi posto dentro do emperrado rito do processo de conhecimento. Assim sendo, os problemas da jurisdição são estruturais e não funcionais. Daí a necessidade de uma mudança paradigmática (e não somente legislativa), o que ocorrerá a partir da hermenêutica.

Por essas razões, a premissa redutora do conceito de jurisdição como simples declaração de direitos, que é o alicerce do procedimento ordinário, deve ser revista. E trata-se de um fator estrutural do sistema. O pressuposto político de processo como ciência aspira, como todas as leis científicas, o *status* de “verdades eternas”, no dizer do Professor Ovídio Baptista da Silva. Esse outro fator estrutural, juntamente com o fator da jurisdição como simples declaração de direitos, emperra a tutela de urgência satisfativa autônoma no processo civil brasileiro. Em decorrência dessas irresignações, decidiu-se investigar as reais necessidades de melhorias no sistema processual atual no que tange às tutelas de urgência satisfativas sumárias, verificando as condições de possibilidade e as ferramentas disponíveis a promover o efetivo rompimento com o paradigma racionalista, principalmente pelo fato de estar a comunidade jurídica brasileira passando, neste exato momento, por uma grande fase de reflexão do processo civil e de efetividade das tutelas jurisdicionais.

Paralelamente a essas questões derivadas da evolução do Estado de Direito e da teoria e da prática do processo civil brasileiro, o presente trabalho está embasado na Crítica Hermenêutica do Direito¹, proposta de forma pioneira no Brasil por Lenio Luiz

¹ “A tarefa dessa crítica é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do direito. O resultado disso é o

Streck, demonstrando como o direito processual civil (especialmente as questões relativas às tutelas de urgência satisfativas) deve ser compreendido ante a ruptura paradigmática oportunizada pela Constituição Federal de 1988. Significa dizer que a hermenêutica é condição de possibilidade para o efetivo acontecimento de uma tutela de urgência satisfativa e autônoma, não só no ordenamento processual brasileiro, como, também (e mais importante), no imaginário dos juristas contemporâneos.

Feitas essas considerações, o presente trabalho tem como objetivo o estudo da evolução da jurisdição no Estado de Direito Moderno e Contemporâneo e, mais particularmente, da viabilidade de uma tutela de urgência satisfativa autônoma no processo civil brasileiro. Mais especificamente, esta pesquisa terá por objeto apresentar a transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Contemporâneo e, em especial, o impacto que esta transição operou no modelo de produção do direito e da jurisdição. Em seguida, analisar-se-á o surgimento do neoconstitucionalismo e os seus reflexos na jurisdição, aportando a hermenêutica como condição de possibilidade para superação do positivismo jurídico. Por fim, e a partir dessas premissas, investigar-se-á a viabilidade de uma tutela de urgência satisfativa autônoma no processo civil brasileiro.

*predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento jurídico objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do direito naquilo que ele tem (deve ter) de transformador. Por intermédio da Nova Crítica do Direito (Crítica Hermenêutica do Direito), fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busco, através de uma análise fenomenológica, o des-velamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e que somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, 'o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser de um ente já está revelado'. Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica (clássica e moderna), porque, a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (Auslegung) e passa a ser produtivo (Sinngebung). É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e a explicitação do ser já exige uma compreensão anterior.' (Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 161-163.)*

Pelos objetivos acima descritos, nota-se que o presente trabalho está inserido na linha de pesquisa *Hermenêutica, Constituição e Concretização dos Direitos* do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Rio dos Sinos – Unisinos (Nível Mestrado), haja vista que discute problemas e necessidades atuais da jurisdição à luz da Hermenêutica e da Teoria do Estado e da Constituição, investigando, em específico, sobre as demandas sociais sobre uma tutela de urgência satisfativa autônoma no processo civil brasileiro.

Para tanto, o trabalho será dividido em duas partes. Na primeira, que servirá de substrato teórico para a segunda, discorrer-se-á sobre a jurisdição e a sua relação com a evolução do Estado de Direito (do Liberal Clássico para o Estado Contemporâneo), começando com a apresentação da edificação do direito processual e do paradigma filosófico então dominante (racionalista) – a jurisdição no Estado Liberal Clássico, passando pela demonstração da erosão paradigmática do direito processual a partir do século XX – a jurisdição no Estado Contemporâneo, e encerrando com a análise das insuficiências da jurisdição na atualidade, investigando o neoconstitucionalismo e a nova concepção de direito a partir da hermenêutica.

Na segunda parte deste trabalho, estudar-se-á o impacto que essas questões paradigmáticas (filosóficas) e de Teoria do Estado, apresentadas na primeira parte, causa(ra)m na prática jurisdicional brasileira das tutelas de urgência. Em um primeiro ponto, far-se-á um breve histórico das tutelas de urgência satisfativas, iniciando pelas “cautelares-satisfativas” e terminando com a proposta de um procedimento satisfativo sumário pelo Anteprojeto do Código de Processo Civil. Em um segundo momento, procurar-se-á demonstrar a necessidade de refundação do processo civil, como condição de possibilidade para a superação do positivismo jurídico, adotando como substrato filosófico a verdade hermenêutica para o efetivo acontecimento de uma tutela de urgência satisfativa autônoma na prática jurisdicional civil brasileira. Ao final, traçar-se-á as perspectivas concretas para a implementação de uma forma de tutela de urgência satisfativa autônoma, analisando os problemas práticos advindos da falta dessa espécie de tutela jurisdicional e, após, sustentando sua viabilidade.

PARTE I – A JURISDIÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A SUPREMACIA JUDICIÁRIA

1.1 A edificação do direito processual e seu paradigma dominante no Estado Liberal Clássico: um ponto de partida

O Estado Liberal Clássico² construiu-se a partir das irresignações que os cidadãos, especialmente a burguesia, estavam nutrindo em relação à monarquia absolutista (Antigo Regime – séculos XVI a XVIII), forma de governo que concentrava as decisões nas mãos do monarca e que, conseqüentemente, beneficiava poucos e abusava de seu poder em desfavor de muitos, tendo, pois, evidente característica interventiva.

A forma liberal clássica de conceber o Estado tinha como princípio maior a liberdade plena do indivíduo em relação ao Estado, o qual deveria ser o menos interventor possível, permitindo que os cidadãos pudessem, livremente, dar regras a si mesmos. A não intervenção estatal era, nessa linha, a base fundamental para que os indivíduos pudessem exercer livremente sua liberdade e gozar de suas propriedades.

No Estado Liberal Clássico, por influência da doutrina da separação dos poderes, o Poder Executivo ficava subordinado à lei; esta, que ficava a cargo do Poder Legislativo, era fruto da representação política, por meio da qual o poder era exercido em nome de todo o povo (representantes); por fim, a lei era aplicada pelo juiz (Poder Judiciário), mas este deveria decidir reproduzindo fielmente o texto legal. A ideia era

² Adotar-se-á o termo Estado Liberal Clássico, pois o núcleo da formação do Estado Liberal está na liberdade como elemento mais importante para o pleno desenvolvimento da economia e da sociedade, daí a ideologia do liberalismo e do racionalismo nas raízes do direito processual e dos direitos de primeira geração. O liberalismo, enquanto doutrina política e econômica, tornou-se também o modo de produção do direito logo na formação do Estado Moderno. E hoje, apesar das construções teóricas do Estado Social e do Estado Democrático, ainda subsistem as forças do liberalismo, fazendo de todos os Estados Contemporâneos, seja o Social ou até o Democrático de Direito, também liberais, mesmo que não apenas à luz da doutrina do liberalismo. Há quem adote o termo Estado tradicional – ou Estado de Direito liberal burguês (conforme GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado Contemporâneo**. Tradução, prefácio e apêndice de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 06 e BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39).

impedir que a sociedade vivesse sem saber com precisão quais obrigações assumiria – o que se poderia chamar de segurança jurídica.³

O direito, portanto, também teve de ter caráter liberal (até para que a economia não sofresse entraves), não distinguindo as diferenças materiais entre os administrados, apenas tutelando uma igualdade formal entre eles. Assim, o Estado não poderia influir nos negócios individuais, tendo os direitos, nessa trilha, roupagem individualista e conotação mercadológica, já que o interesse da classe ascendente (burguesia) era em um mercado livre e em uma proteção contra abusos estatais.

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais, na concepção liberal-burguesa, eram compreendidos como direitos de defesa do particular contra interferências do Estado em sua propriedade e liberdade. E nada mais. Eram, pois, concebidos apenas como um não-agir do Estado, ou seja, direitos de proteção negativos.

Essa tradição que impôs a liberdade jurídica trouxe, entre outros, o princípio da autonomia da vontade, com o fim especial de construir uma economia livre e respeitar a vontade do indivíduo, para que o direito fosse no mesmo sentido da economia e com a política. E o processo civil, por sua vez, sofreu influência direta desse paradigma liberal, especialmente em razão da primazia da certeza, oferecendo ao jurisdicionado apenas uma tutela reparatória e em sede de cognição exauriente.

A doutrina do liberalismo serviu de substrato ideológico às revoluções antiabsolutistas que ocorreram na Europa ao longo dos séculos XVII e XVIII, e à luta pela independência dos Estados Unidos da América. As ideias dos liberais defendiam uma ampla liberdade individual, a democracia representativa com separação e independência entre os poderes, o direito à propriedade e a livre iniciativa.⁴

E para romper com o Absolutismo, necessitava-se de um Estado com um papel definido, no qual imperasse a lei, fazendo com que o poder político fosse limitado, evitando-se os abusos. Surgiu, assim, o Constitucionalismo Moderno⁵, com a finalidade

³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, compiladas por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 39-40.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30-32.

⁵ Na compreensão de Constituição no Constitucionalismo Moderno, conjugaram-se duas ideias mestras e complementares: por um lado, a Constituição define o estatuto orgânico do Estado e é nela que reside a base da potência estatal; por outro lado, o aparelho jurídico do Poder se delinea segundo o esquema da hierarquia das normas. A Constituição, ao definir as bases sobre as quais se estabelece o estatuto orgânico do Estado, é, portanto, a regra fundamental que a potência estatal impõe a si mesma.

de controlar o exercício do poder político, para garantir aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos do governo, e o instrumento idealizado para a concretização dessas ideias foi a consubstanciação escrita das normas constitucionais.⁶

Vale ressaltar, contudo, que essa primeira fase do Constitucionalismo se inspira num modelo voluntarista, que coloca sua ênfase na representação política de indivíduos iguais, sendo o aspecto principal deste modelo a supremacia do legislador dentro do esquema baseado na separação dos poderes. O Estado Liberal Clássico, portanto, se edificou sobre um modelo constitucional flexível, facilmente passível de modificação pelo legislador, já que à Constituição não se reconhece uma categoria supra legal, mas como norma primeira do ordenamento, submetida à vontade do legislador.⁷

Nessa linha, a nova classe dominante – a burguesia – necessitou buscar seu próprio instrumento racional de legitimidade dessa lei (imperativa), e o fez utilizando o povo, na medida em que aquela classe gozava de amplo prestígio social. Mas, como não era possível a tomada de decisão por todos os indivíduos da sociedade, surgiu a ideia da representação destas pessoas por outras legitimamente eleitas.⁸

Com a formação da classe burguesa, que lutou contra os vínculos feudais e pela própria emancipação, a sociedade civil, como esfera das relações econômicas reguladas automaticamente pelo mercado, pretende destacar-se do abraço mortal do Estado, formando-se, assim, um não-Estado, com uma concepção meramente instrumental, reduzindo sua função ao poder coativo, devendo, pois, apenas preocupar-

Ademais, no Estado o direito se desdobra sob a Constituição, em patamares sucessivos tais que, em cada um de seus respectivos níveis, as regras editadas são subordinadas às regras do nível superior e subordinam a elas as regras dos níveis inferiores. (Conforme GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. 1. Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 103, 105 e 106).

⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. Ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10.

⁷ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 14. Prossegue na explicação o citado autor, aduzindo que na concepção do positivismo legalista a exclusividade da produção jurídica pertence ao Estado que, ao proclamar o monopólio de todo o direito, confere à lei a categoria de fonte do direito por excelência, cabendo à Constituição apenas ratificar essa concepção teórica. Assim, o constitucionalismo liberal clássico, do positivismo oitocentista, é um constitucionalismo frágil, um constitucionalismo de mínimos que estabelece um marco de convivência baseado na autonomia dos indivíduos (p. 16).

⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101.

se em garantir o autônomo desenvolvimento da sociedade civil, transformando-se em um “braço secular” da classe economicamente dominante.⁹

O Estado Absolutista, nesse andar, cedia lugar ao Estado Liberal Clássico, cuja política de não intervenção restringiu a atividade estatal, limitando os poderes. A finalidade principal era a garantia de direitos individuais, tendo o direito um perfil repressivo, coagindo as atitudes dos cidadãos, para assegurar o livre desenvolvimento das pretensões individuais. E a burguesia, fortalecida com seu poder econômico, rompeu com a monarquia absolutista, defendendo a extinção dos controles impostos pelo mercantilismo.¹⁰

É possível perceber que o desenvolvimento do racionalismo iluminista (para o qual a razão era a única explicação para as coisas do universo) tenta de todas as formas buscar um modelo ideal de Estado e um conceito exato de Direito. Uma das peculiaridades do chamado sistema de direito escrito, ou *Civil Law*, é a implementação da teoria da separação dos poderes, onde o direito seria produzido exclusivamente pelo Estado, inicialmente pelos Monarcas e, após, pelo Poder Legislativo.¹¹

Os valores básicos do Estado Liberal Clássico eram, portanto, os direitos individuais, mais precisamente a liberdade, a igualdade, a propriedade privada, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal.¹² Assim, o Estado é uma armadura de defesa e proteção da liberdade e do direito, manifestando-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõe.¹³

O liberalismo, então, é uma determinada concepção de Estado, na qual este tem poderes e funções limitadas (Estado mínimo), e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que se chamou de social. O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. Quer dizer,

⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 16ª Reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 123.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28.

¹¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010, p. 41.

¹² GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado Contemporâneo**. Tradução, prefácio e apêndice de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 41-42.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

o conceito de liberalismo concentra-se na ideia de limites, de liberdades e que tem como ator principal o indivíduo.¹⁴

No liberalismo, exaltava-se o individualismo, considerando que os interesses individuais livremente desenvolvidos seriam harmonizados por uma “mão-invisível”¹⁵ e resultariam no bem-estar coletivo. A apologia do interesse individual e a rejeição da intervenção estatal na economia transformar-se-iam nas teses básicas desse sistema e a livre concorrência passou a ser considerada essencial para uma economia eficiente.¹⁶

Portanto, o argumento da “mão-invisível” e a fé na natureza automática e auto-regulável do mercado demonstravam que as principais funções do Estado deveriam ser fazer cumprir os contratos e defender os poderes e privilégios da propriedade privada, na medida em que se acreditava que o mercado regulava a atividade produtiva, e ao Estado caberia tão somente proteger tal situação.¹⁷

No Estado Liberal Clássico, os parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade¹⁸. Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus limites, enquanto o judiciário somente poderia aplicá-la¹⁹, sem poder interpretá-la²⁰.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 57-58.

¹⁵ Terminologia de Adam Smith, na obra **Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 3. Ed. Lisboa, Editora FCG, 1999. Referido conceito significa uma coordenação invisível que assegura a consistência dos planos individuais numa sociedade onde predomina um sistema de mercado. De acordo com Adam Smith, um indivíduo que busca apenas seu próprio interesse é na verdade conduzido por uma mão invisível a obter um resultado que não estava originalmente em seus planos. Esse resultado obtido seria o interesse da sociedade. (Conforme SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Best Seller, 2000, p. 365-366).

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 60-61.

¹⁷ HUNT, E. K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica** – tradução de José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1982, p. 426.

¹⁸ Conforme preleciona Danilo Zolo, atribuía-se ao Parlamento um primado absoluto em relação aos outros poderes do Estado, haja vista que era o único órgão que podia ostentar uma investidura popular direta, tendendo, simultaneamente, a revestir as funções de poder constituinte e de poder constituído, recebendo, assim, poderes soberanos. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (organizadores). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. Com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23-24.

¹⁹ Era da natureza da constituição dos juízes que estes observassem a letra da lei. Não se podia interpretar uma lei contra um cidadão, especialmente quando se tratava de seus bens, de sua honra e de sua vida. (Conforme MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. 2ª Reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 89).

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

Logo, a lei foi concebida como norma necessariamente geral e abstrata, a fim de defender os cidadãos dos privilégios e abusos típicos do Estado Absolutista, tendo tal concepção o objetivo de garantir a imparcialidade do Estado e a estabilidade da ordem jurídica.²¹ E a burguesia, para lutar contra o forte governo monárquico absolutista, preocupada em garantir a liberdade e a propriedade, também forçava o ideal de império da lei (e, por isso, da representação popular), onde esta seria geral e racional, preservando-se, com isso, invasões às liberdades individuais e na propriedade privada.²²

Assim, a tradição liberal concebia o Estado de Direito como ente limitado, tendo em si apenas proibições, a fim de garantir os direitos individuais de liberdade e propriedade, trazendo, então, somente garantias negativas, ou seja, deveres de não fazer para o Estado, de não interferir na esfera dos particulares.²³

De acordo com a conotação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos, sendo direitos de defesa do cidadão contra o Estado (direitos a ações negativas, a abstenções do Estado). Esses direitos de defesa podem ser divididos em três grupos: (i) direitos ao não-embaraço de ações, sendo direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; (ii) direitos à não-afetação de características e situações do titular do direito, como, por exemplo, a inviolabilidade do domicílio; (iii) direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito, como, por exemplo, a posição de proprietário.²⁴

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. Ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 29. Pietro Costa, nesse sentido, informa que a lei era o caminho indispensável para a liberdade. O indivíduo era livre enquanto agia nos trilhos da lei, sendo esta o único instrumento capaz de protegê-lo. A liberdade e a segurança eram, portanto, os valores finais que a lei permitia alcançar, na medida em que impedem o arbítrio. **O Estado de Direito: uma introdução histórica**. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (organizadores). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. Com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 103.

²² SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2001, p. 157 e 150. O Estado Liberal Clássico representou as aspirações políticas da burguesia, que buscava consolidar em nível político o poder que já ostentava em outras esferas. No âmbito jurídico, do positivismo legalista, o monopólio da produção jurídica por parte do aparato estatal, com a consagração do princípio da legalidade e da primazia do poder legislativo, foi, na prática, função da burguesia, pois esta tinha a disposição um modelo de representação política baseada no sufrágio censitário (Conforme JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 10-11).

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantanero Bandrés. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 860.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196-200 e 433. Frise-se, por oportuno, que o presente trabalho se posiciona

Portanto, nesta época em que o direito se resumia à lei, sendo esta fruto exclusivo das casas legislativas, o positivismo jurídico teve terreno fértil para florescer, já que o juiz – como já se disse linhas acima – não poderia se utilizar de elementos interpretativos para julgar, pois isso traria insegurança jurídica à sociedade, motivo pelo qual devia o julgador limitar-se a pronunciar a palavra da lei.²⁵

O positivismo jurídico, em suma, define o direito como um conjunto de comandos emanados pela autoridade competente, introduzindo na definição o elemento único de validade da norma, considerando, portanto, normas jurídicas todas aquelas emanadas de um determinado modo estabelecido pelo ordenamento jurídico, prescindindo do fato de essas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade. Esta doutrina, por isso, exclui da definição de direito toda e qualquer qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom ou mau, justo ou injusto.²⁶

Neste diapasão, em relação ao império do positivismo no Estado Liberal Clássico, o surgimento desta doutrina foi considerado, por Luigi Ferrajoli, uma primeira revolução, com o surgimento do princípio da legalidade (eminentemente de natureza formal), o qual separava a justiça da validade da norma, pois acreditava na presunção de justiça do direito vigente.²⁷

à luz da hermenêutica em relação à teoria do direito e da decisão judicial. Assim sendo, autores como Robert Alexy, em que pese defensores da teoria da argumentação, ainda não abandonam a discricionariedade judicial, principal elemento do positivismo jurídico a partir de Hans Kelsen. Entretanto, para estudar questões acerca do Estado Contemporâneo e da teoria dos direitos fundamentais, o referido autor será utilizado, eis que em consonância, neste ponto, com o raciocínio jurídico apresentado ao longo do presente trabalho e haja vista sua importante e inegável contribuição emprestada nesse campo. Outros autores encontram-se na mesma situação, como Luiz Guilherme Marinoni, José Roberto dos Santos Bedaque, Guilherme Rizzo Amaral, Luís Roberto Barroso, Sérgio Cruz Arenhart, Teori Albino Zavascki, Joaquim Felipe Spadoni, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Luiz Rodrigues Wambier, Marcelo Abelha, Candido Rangel Dinamarco, Álvaro Souza Cruz, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Todos esses autores foram citados neste trabalho pelo seu inestimável valor perante o direito processual civil e em relação ao perfil da jurisdição no Estado Contemporâneo, em que pese defenderem, de alguma forma, a discricionariedade judicial.

²⁵ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)**. Bologna: il Mulino, 1976, p. 294. Aliás, lembra Danilo Zolo que o Poder Judiciário era objeto de prescrições exclusivamente negativas, não podendo os juízes se intrometer no exercício do poder legislativo, não tendo os magistrados, pois, nenhum poder de suspender a execução das leis. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (organizadores). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. Com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23-24.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, compiladas por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 136 e 142.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. Roma: Laterza, 2001, p. 33.

A ideologia, nesse andar, era no sentido de que a lei, e somente a lei, exprimia a vontade geral e, assim sendo, produzia e condicionava toda a manifestação da juridicidade, já que o parlamento, pela doutrina da separação dos poderes, era visto como depositário da vontade geral, motivo pelo qual a conformidade de cada manifestação jurídica com a lei torna-se a regra fundamental de toda a democracia moderna.²⁸

Portanto, no Estado Liberal Clássico o Poder Judiciário era concebido apenas como um poder subordinado, que teria a missão exclusiva de reproduzir e revelar as palavras da lei. E como seria impossível pensar que a lei tivesse duas vontades, toda a norma jurídica deveria ter sentido unívoco.²⁹

Surgiram, assim, os Códigos, como normas que pretendiam realizar a redução de toda a experiência em um sistema minucioso e articulado de regras escritas e contemplando todos os institutos possíveis, presumindo a complexidade do social em um sistema fechado, protagonizado por sujeitos abstratos aos quais se referiam relações igualmente abstratas, visando disciplinar todas as aplicações previstas pelos redatores.³⁰

Conforme assevera Lenio Luiz Streck, o processo interpretativo do positivismo é meramente reprodutivo, pois a lei era vista como uma lei em si, abstraída das condições de produção que a engendraram. Tal discurso, segue o eminente autor, expressa a realidade social de forma imediata, pois no Estado Liberal Clássico vigorava a preservação da liberdade jurídica, o que se fazia através do culto ao princípio da legalidade estrita.³¹

Isto porque se costumava distinguir, na teoria da separação dos poderes e nos regimes democráticos representativos, as funções atribuídas a cada um dos três poderes do Estado, sendo função dos legisladores prover para o futuro, dos administradores, membros do Executivo, cuidar do presente, e, por fim, dos juízes, a missão de consertar o passado.³²

²⁸ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 61-62.

²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 92-93.

³⁰ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 119 e 125.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 92-93.

³² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 98.

Por isso, não era permitido ao juiz a oportunidade de compreender a lei, mas apenas, “com a neutralidade de um matemático, resolver o problema ‘algébrico’ da descoberta de sua ‘vontade’”, eliminando-se, assim, qualquer compreensão hermenêutica do sistema jurídico. Com isso, o racionalismo limitou a tarefa judicial a descobrir e verbalizar a vontade da lei, devendo ficar indiferente ao conceito de justiça, para que a segurança jurídica – ideal do Estado Liberal Clássico – imperasse³³. Essa proibição de interpretação favoreceu a não-responsabilização do juiz e a denegação da justiça³⁴.

O mito do Poder Judiciário como Poder nulo (Montesquieu), somado à neutralidade da lei (Hobbes), fez da ordinariedade do processo e de sua abstração, generalidade e declaratividade o instrumento perfeito para a realização do ideal da segurança jurídica, sendo o papel do juiz (boca da lei) fundamental para sedimentar os valores neutros, estáveis e incondicionados, tornando a atividade jurisdicional “justa” e “segura”.³⁵

Quer dizer, ao tornar o Direito uma “ciência”, segundo um modelo matemático (uma ciência abstrata, de fórmulas puras e normas vazias), o racionalismo construiu um juiz metódica e institucionalmente irresponsável, cuja missão estava limitada a declarar as determinações do legislador, não sendo o juiz, portanto, responsável pelas injustiças que cometia nos casos concretos.³⁶

Nessa linha, John Henry Merryman aduz que o serviço judicial acabara por ser uma carreira burocrática, sendo o juiz um funcionário com função estreita, limitada,

³³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 93 e 97.

³⁴ PICARDI, Nicola. **Introdução ao Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)**. In PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95.

³⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 138. A autora citada lembra que “o valor segurança, que teve Hobbes como seu pai-patrão, foi importante nas duas tradições jurídicas – civil e common law – em nome da hegemonia da cultura mercantil-industrial emergente. Afinal, precisava firmar-se para garantir o desenvolvimento do Estado Industrial. Onde está a curiosidade disso? No fato de que na primeira tradição jurídica a segurança provinha da aplicação pura e simples da lei. Na segunda, da aplicação dos precedentes, já que a filosofia hobbessiana foi relegada ao ostracismo. Por vias diferentes, mas com os mesmos objetivos, a segurança jurídica foi decisiva para a instalação do capitalismo. Para isso, a neutralidade do julgador era, amiúde, muito necessária”. (p. 139).

³⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da função à estrutura**. In STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 93.

mecânica e sem criatividade. Portanto, o juiz não era considerado parte de uma atividade criadora do direito, haja vista a influência da doutrina da estrita separação dos poderes.³⁷

Tendo em vista que o paradigma racionalista entendia que a jurisdição tinha um conteúdo eminentemente declaratório, no sentido de declarar a vontade da lei, sustentou-se que a composição provisória não compunha efetivamente a lide, já que tais pronunciamentos antecipatórios não aspiravam a tornarem-se definitivos, tirando-se do processo de conhecimento toda e qualquer atividade jurisdicional executiva, causando o que o Professor Ovídio Baptista da Silva chamou de *ordinarização* do processo.³⁸

Nessa concepção se afirmou a ideia de uma jurisdição tendencialmente única para a solução de todas as controvérsias e vinculada a um único tipo de processo: o processo ordinário, regulado pelo código de rito. Os poucos processos especiais se justificavam pela peculiaridade de sua função.³⁹

Assim, o predomínio da segurança sobre os ideais de justiça, que deu ensejo às codificações, vedou aos juízes, como já se disse anteriormente, “legislar” em nome da certeza. A legislação tinha de ser clara, completa e coerente: tudo em nome da certeza. O processo de interpretação e aplicação do direito tinha de ser automático, mais uma vez em nome da certeza. Nesse sentido, criou-se um direito à prova de juízes, em especial pela proibição de se observar o contexto (valores, cultura, fatores econômicos, sociais, éticos).⁴⁰

Nesse andar, em um sistema que objetiva preservar a liberdade dos cidadãos mediante a restrição dos poderes do juiz, não basta afirmar que este somente pode declarar as palavras da lei, mas é necessário impedir que ocorram julgamentos fundados em juízos de verossimilhança com cognição sumária das provas, já que não se admitia

³⁷ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução para a língua espanhola de Eduardo L. Suárez. 2. Ed. 12ª. Reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 73-74. Prossegue o autor sinalizando que a lei se fazia apenas pelo legislativo representativo, significando que os juízes jamais poderiam fazer lei, direta ou indiretamente. Assim, apenas era possível ao juiz (do *civil law*) utilizar a lei para resolver uma controvérsia, não podendo, portanto, basear-se em decisões judiciais anteriores. Essa questão demonstra claramente a expressão extrema do dogma da separação dos poderes (p. 75-76).

³⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10-13.

³⁹ PICARDI, Nicola. **A vocação do nosso tempo para a jurisdição**. In PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 04.

⁴⁰ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência: De Piero Calamendrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 202.

que ao final se pudesse modificar o entendimento e, por isso, dois juízos em relação à lei eram inconcebíveis – e o paradigma racionalista não toleraria esta insegurança. Por isso, também, imperava o princípio de que não há execução sem título.⁴¹

Essa breve apresentação da concepção de direito no Estado Liberal Clássico (e sobre o surgimento do positivismo jurídico) servirá de suporte para o que se estudará a seguir, que será os reflexos desse paradigma liberal (racionalista) no direito material e em como se apresentavam as formas de tutelas jurisdicionais.

A doutrina do liberalismo que tomava conta do panorama histórico recém descrito foi um campo fértil para que o voluntarismo jurídico florescesse. O individualismo prosperava, havendo sido proclamada a liberdade e a igualdade política dos homens. Para que fosse possível o apogeu do liberalismo econômico, fundado na livre iniciativa e na não intervenção do Estado na economia, o homem procurou defender também a plenitude da liberdade jurídica.⁴²

Com o sistema filosófico vigente no século XVIII, em especial através das ideias de Kant⁴³, a vontade predominou como pressuposto do pensamento liberal, pois a liberdade estava indistintamente ligada à noção de autonomia. Norberto Bobbio, esclarecendo o que Kant entendia por autonomia, diz que “por autonomia da vontade entende-se a faculdade de dar leis a si mesmo”.⁴⁴

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35 e 38. Isso porque, explica o mesmo autor, se acreditava que a proibição da execução antes do término da cognição – traduzida pela fórmula de que o juiz não podia julgar com base na verossimilhança – era fundamental para garantir o direito de defesa e, assim, não poderia jamais ser excepcionada (p. 37).

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 11. Ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 27.

⁴³ Kant entende que qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal. Assim, a lei universal do direito, qual seja, age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que impõe ao sujeito uma obrigação (KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2. Ed. Rev. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 76-77).

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 62. Autonomia, no sentido filosófico da palavra, significa a capacidade de autodeterminação, sendo um agente autônomo quando suas ações são verdadeiramente suas. Para Kant, a autonomia da vontade é uma condição necessária da ação moral. Segundo esse autor, a autonomia é a capacidade de saber o que a moralidade exige de nós, e não funciona como a liberdade de tentar alcançar nossos fins, mas como o poder de um agente agir segundo regras de conduta universalmente válidas e objetivas, avalizadas pela razão. Conforme BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1997, p. 31-32.

Assim, a vontade dos contratantes tornava-se a força criadora da relação jurídica obrigacional⁴⁵, ou seja, a vontade, e unicamente esta, dava eficácia às convenções das partes. Com isso, surgiu o princípio do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), firmando-se a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as à própria lei. A vontade, portanto, tiraria de si mesma a sua força vinculante.⁴⁶

Isto decorre do fato de que, no Estado Liberal Clássico, com a nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada. Entende-se por autonomia da vontade, pois, a faculdade que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade, vinculando-se juridicamente por meio da vontade.⁴⁷

Essas ideias foram fundamentais para que o liberalismo econômico engrenasse, dando segurança jurídica às convenções, e fazendo com que a economia não sofresse entraves. A doutrina da autonomia da vontade era o reflexo de uma grande modificação das estruturas social, econômica e política postas no Antigo Regime. A estrutura social modificou-se no sentido de que a pessoa humana passou a ser reconhecida na sua forma mais individualista, quer dizer, o homem passou a ser encarado como um ser totalmente livre.

A liberdade total que a sociedade gozava para realizar seus negócios e a lei da oferta e da procura repousam sobre a liberdade de contratar, sendo o Estado Liberal Clássico a idade de ouro da liberdade absoluta das convenções (entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhorios e inquilinos, etc), com a consequente obrigatoriedade de cumprimento, mesmo nos casos em que elas se

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 16.

⁴⁶ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.20.

⁴⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 24-25. Como bem sinaliza John Gilissen, é à Escola Jusnaturalista que a autonomia da vontade deve a sua autoridade, o seu primado. Esta Escola, no século XVII, constitui um importante fator para a laicização do direito, da sua concepção racional e, ao mesmo tempo, universal. Já no início do século XVII, o teólogo espanhol Suarez insistia sobre o livre-arbítrio e considerava a regra *pacta sunt servanda* a base de todo o direito natural (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de António Manuel Hespanha. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 737).

revelassem injustas, pois todo o compromisso livremente querido era considerado justo.⁴⁸

Portanto, neste sistema, que estava embasado na autonomia da vontade, não havia espaço para a justiça substancial das operações econômicas realizadas na forma do contrato, tendo em vista que a justiça estava no fato de que o contrato corresponderia à vontade livre das partes. E estas eram iguais juridicamente para contratar.⁴⁹

Essa visão eminentemente privada do direito fez com que a jurisdição tivesse a (mera) função de viabilizar a reparação de um dano, uma vez que não se concebia que o juiz pudesse atuar contra uma ação humana antes que esta tivesse violado o ordenamento jurídico. Logo, ao juiz não era dado o poder de, por exemplo, evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que poderia violar a lei, pois isto seria um atentado à liberdade individual, tendo a jurisdição apenas função repressiva.⁵⁰

Assim, na doutrina jurídica dos oitocentos, como assevera Adolfo di Majo, foi recuperado o princípio da prevalência da *condemnatio pecuniaria*. Essa tendência excluía a possibilidade de obtenção da reintegração *in natura* dos valores alterados (ou dos direitos materiais violados ou ameaçados), ou seja, formas de satisfação coativa (direta ou indireta) dos direitos.⁵¹

Havia, portanto, excessiva proteção ao devedor, tendo se considerado a obrigação de fazer, por exemplo, meramente facultativa, podendo o devedor optar por cumpri-la ou pagar o equivalente monetário, na medida em que ninguém podia ser forçado a prestar fato pessoal, dado o limite do respeito à liberdade individual. Evidencia-se uma jurisdição preocupada em declarar e não em realizar.⁵²

⁴⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de António Manuel Hespanha. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 738-739.

⁴⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 35.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

⁵¹ DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 2. Ed. Milão: Giuffrè, 1993, p. 156. Essa redução da violação dos direitos à obrigação de indenizar perdas e danos nos permite compreender melhor a lição de Chiovenda, quando este afirma que todo direito, seja absoluto ou relativo, transforma-se numa obrigação ao penetrar nos umbrais do processo. (Conforme SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e processo na tradição romano-canônica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 142).

⁵² AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. 2. Ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 23 e 33. A questão dos meios de assegurar a realização do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, e das de entrega de coisa, é delicada e complexa, pelos interesses presentes: de um lado, o interesse do credor em obter a plena e integral satisfação, através da realização da prestação *in natura*; de outro, o interesse do devedor em que a coerção ao cumprimento não afete a sua liberdade e a sua dignidade. A

Nesse diapasão, Ovídio Baptista da Silva ensina que há importante relação entre a *ordinariedade* e a supressão das ações executivas (*lato sensu*) – estas transformadas em condenatórias. A exigência – racionalista – de absoluta neutralidade do juiz impede a existência simultânea de conhecimento e execução, pois eventual concessão de tutela executiva antecipada, em forma de liminar, seria atribuir ao juiz uma faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade. Seria conceder ao juiz poder para ordenar antes mesmo de estar em condições de aplicar a lei.⁵³

Caso tivesse o juiz esse poder de ordenar ou executar antes de aplicar a lei (o que ocorre apenas na sentença), o magistrado se tornaria legislador, vivendo a sociedade sem saber precisamente quais os verdadeiros compromissos que nela são assumidos, o que traria graves riscos para a liberdade dos cidadãos.⁵⁴

Isso porque a celeridade processual não foi concebida como um objetivo do sistema racionalista; ao contrário, ao priorizar o valor segurança, inspirada nos juízos de certeza impostos pelas filosofias liberais do Iluminismo, o sistema renunciou à busca da efetividade.⁵⁵ Sobre esses valores solidificou-se (e estruturou-se) o sistema processual (liberal clássico) com (graves) influências até hoje, como se verá nos itens subsequentes.

origem dessa questão foi quando o glosador Favre (século XVI) cunhou, no final da Idade Média – sobretudo a partir do Digesto, o brocardo *nemo praecise potest cogi ad factum*, que significa que ninguém pode ser coagido precisamente (de uma maneira absoluta) a realizar um fato, porque isso não pode ser feito sem violência e opressão, razão pela qual, nas obrigações de fazer e não fazer, se subroga à prestação o pagamento de perdas e danos. A *ratio* do princípio é, pois, afastar ou impedir a violência ou a coação sobre a pessoa do devedor. (Conforme SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2.ed. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997, p. 202, 218-219.)

⁵³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e processo na tradição romano-canônica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90. Nessa mesma obra (p. 130), o autor, à luz de ensinamento de Liebman, assevera que a condenação, no plano do direito material, não passa de uma declaração; assim, a sentença condenatória não passa de uma bela fantasia ideológica que oculta a extrema debilidade da função jurisdicional no Estado Liberal Clássico. Essa necessária precedência da cognição sobre a execução, prossegue o autor, é uma exigência da estrita submissão do juiz à lei. Ademais, o professor Ovídio Baptista, no mesmo ensaio (p. 132), ensina que, em face do dogma da não intervenção estatal na economia e da imperatividade em impulsioná-la, foi necessário dar autonomia aos títulos cambiários, livrando-os do processo cognitivo, já que a doutrina concebera a cambial como negócio jurídico abstrato, que prescindia de investigação acerca do negócio causal, que, em geral, alimenta o conflito cognitivo.

⁵⁴ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. 2ª Reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 169-173.

⁵⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da função à estrutura**. In STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 91.

Eis o motivo pelo qual houve a expansão do processo cautelar no processo civil brasileiro, por meio de medidas conhecidas como “cautelares-satisfativas”, que de cautelares nada tinham, mas apenas utilizavam-se deste procedimento para antecipar tutelas satisfativas urgentes e livrar suas pretensões do *periculum in mora* que a morosidade do procedimento ordinário causava.⁵⁶ Essa questão será aprofundada no próximo capítulo.

Portanto, o paradigma racionalista idealizou um liberalismo processual, com o protagonismo das partes, apresentando-se o juiz como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo meramente a função de expectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações (especialmente contratuais e econômicas) que as envolviam.⁵⁷

Em face de todo o exposto, observa-se que a concepção de direito no Estado Liberal Clássico e o paradigma racionalista, especialmente o voluntarismo jurídico, tornaram a jurisdição uma tarefa meramente cartorária e submissa, em forma de cognição exauriente e eminentemente reparatória. Na filosofia liberal, pois, a intervenção estatal era uma exceção à regra, fazendo com que todas as cautelas e restrições legais fossem tomadas para evitar a ofensa aos valores mais sagrados do Estado Liberal Clássico, estabelecendo, assim, um dos princípios básicos do paradigma racionalista: a segurança jurídica (consubstanciada na plenitude de defesa).

Naquela época, portanto, o direito de ação era indiferente às distintas necessidades sociais, sendo entendido apenas como o direito formal a propor uma ação, e somente quem poderia suportar os custos e o tempo de uma demanda entraria em juízo, já que a desigualdade econômica e social entre os indivíduos não era uma das preocupações desse Estado. O juiz funcionava meramente como boca da lei e não podia, por isso, interpretá-la, já que esta tinha sentido unívoco e era justa em si, não devendo estar de acordo com princípios e regras constitucionais superiores. Isto serviu para que a segurança imperasse.

Não havia, assim, preocupação com uma tutela preventiva – e nem se poderia pensar nisso, tendo em vista que a segurança jurídica impedia juízos por cognição

⁵⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13 e 15.

⁵⁷ NUNES, Dierle Jose Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1. Ed (2008). 2ª Reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 76-77.

sumária – e, ademais, nem mesmo com um procedimento adequado, pois o direito tinha cunho repressivo e só agia após o dano, bastando um procedimento reparatório, dotado de meios executivos tipificados previamente.

Portanto, a doutrina da neutralidade do juiz e da obrigatoriedade de provimentos jurisdicionais apenas após juízos de certeza (obtido por meio da cognição exauriente), que acabou por *ordinarizar* o processo civil e impedir a concepção de comandos judiciais provisórios, é consequência direta da neutralidade do Estado Liberal Clássico e do paradigma racionalista.⁵⁸

Em suma, a jurisdição no Estado Liberal Clássico era absolutamente limitada à lei, em nome da certeza e da segurança. Estes eram primados do paradigma racionalista, que cunharam o processo civil clássico com um conteúdo unicamente declaratório, sempre obtido em sede de cognição exauriente, impedindo qualquer espécie de tutela jurisdicional provisória. Esse é o ponto de partida da jurisdição no Estado de Direito.

1.2 A erosão paradigmática do direito processual a partir do século XX: um momento de questionamento

Em face da realidade que se observou pelas práticas dos dogmas do Estado Liberal Clássico, a concepção de Estado foi se modificando, mostrando-se necessária a preocupação com a tutela da justiça social. A finalidade do Estado Contemporâneo passa a ser garantir o desenvolvimento da pessoa humana. A intenção é realizar intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade, visando igualdade, uma sociedade justa, através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida para os cidadãos.

A partir da segunda metade do século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a garantia dos direitos fundamentais passou a depender de controle recíproco e do equilíbrio entre os poderes constituídos, inclusive ficando o legislativo sob a vigilante proteção de uma Corte Constitucional. Assim sendo, atenuou-se a instância

⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e processo na tradição romano-canônica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 95.

“democrática” que fazia do Poder Constituinte (do Legislativo) a única fonte da legitimidade constitucional.⁵⁹

A partir de então, recusava-se o primado da onipotência do legislador, quer dizer, a visão de democracia constitucional passou a ser de uma democracia limitada por uma Constituição, na qual os direitos fundamentais, inalienáveis e invioláveis, são indecidíveis por parte de qualquer maioria política e qualquer Poder.⁶⁰

O Estado de Direito inclui o controle da legalidade dos atos do Estado pelos tribunais ordinários ou administrativos. Ao controle da legalidade foi acrescentado o controle da constitucionalidade das leis pelos órgãos judiciários. Em um Estado Material de Direito, como denomina Manuel García-Pelayo, esse controle não pode limitar-se à pura dimensão formal, devendo incidir também no exame dos valores materiais estabelecidos pela Constituição.⁶¹

A decadência do positivismo jurídico é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX (por exemplo, a jurisprudência dos interesses e o movimento pelo direito livre). Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei.⁶²

Ante a decadência do positivismo jurídico e do Constitucionalismo Moderno, se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*. O Estado Democrático de

⁵⁹ ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (organizadores). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. Com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 55-56.

⁶⁰ ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (organizadores). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. Com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 55-56.

⁶¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado Contemporâneo**. Tradução, prefácio e apêndice de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 326-327.

Direito visa, pois, a transformação da realidade e a agir como fomentador da participação pública no processo de construção de um projeto de sociedade.⁶³

Nessa linha, Lenio Luiz Streck pontifica que a Constituição passou a ser, em sua substancialidade, o alicerce hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico, sendo a Carta Política, assim, a materialização da ordem jurídica apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, procurando concretizar os objetivos traçados em seu texto normativo.⁶⁴

Os direitos fundamentais são a essência do Estado Contemporâneo, e a “expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas”⁶⁵, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material, sendo a concretização desses direitos tarefa permanente: tais direitos constituem exigência imprescindível ao efetivo exercício das liberdades e garantia de igualdade de oportunidades entre os cidadãos, inerentes à noção de um Estado guiado pelo valor da justiça material.⁶⁶ Eis o objetivo do Estado Contemporâneo, para que ele possa vestir-se como um autêntico Estado Democrático de Direito, conforme já anunciado, mas ainda carente de efetiva concretização (conforme se trabalhará no próximo item deste capítulo).

A adequação da lei aos princípios materiais constitucionais e aos direitos fundamentais fez com que a visão positivista – de que as regras têm um determinado significado e que delas não cabe interpretação diversa e, assim, que seriam aplicadas igualmente para todos os casos – sucumbisse, na medida em que os princípios não são limitados como as regras, pois podem ser realizados em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.⁶⁷

Esta visão nova de adequação da lei aos princípios e direitos trazidos pela Constituição fez com que os valores positivistas ficassem ultrapassados. Luigi Ferrajoli, desta vez criticando a era da onipotência do legislador que ocorrera no Estado Liberal

⁶³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97-98.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 249.

⁶⁵ CITTADINO, Gisele. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano 2, n 2 e Ano 3, n 3, 2001-2002, p.135.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 62.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86-94.

Clássico, apresenta o que define como uma “segunda revolução”, consistente na mudança de concepção do princípio da legalidade, que passou a ter uma roupagem substancial, rompendo com a ideia de que a norma validamente posta goza de presunção de justiça.⁶⁸

O Estado Contemporâneo veio para combater a filosofia política dos fins limitados do Estado, pretendendo dar valor aos cidadãos através do culto à justiça e sabendo que é fundamental dar ao conceito de justiça um conteúdo substancial e efetivo, reduzindo as diferenças sociais e econômicas, devendo ser, indispensavelmente, um Estado intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social.⁶⁹

Nessa linha, nota-se que a justiça (material, substantiva) passa a ser importante para o Estado. Surgem direitos sociais dos indivíduos, sendo direitos a prestações positivas do Estado, correspondendo a deveres de fazer, o que se entende por garantias sociais positivas, ampliando-se a noção que se tinha no Estado Liberal Clássico.⁷⁰

Alterou-se, então, radicalmente a noção de conhecimento como relação entre sujeitos e objetos, percebendo-se agora na relação entre atores sociais e proposições, passando a lei a ter sentido plurívoco. Apenas com esse novo entendimento se conseguirá lidar com uma sociedade díspar e excludente, utilizando-se de um processo interpretativo de caráter produtivo, possibilitando a realização da função social do direito.⁷¹

Em decorrência dessas mudanças de concepções, passou-se a questionar a jurisdição praticada no Estado Liberal Clássico. O direito processual não podia mais ser dissociado de uma leitura constitucional, isto é, os institutos processuais criados sob a égide dos valores liberais devem ser relidos à luz dos valores constitucionais trazidos pelo Estado Contemporâneo, na medida em que a Constituição tem valor superior e deve, necessariamente, moldar a realidade jurídica, política e social.⁷²

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. Roma: Laterza, 2001, p. 33 e 34.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantanero Bandrés. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 861.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91 a 93.

⁷² RIBEIRO, Darci Guimarães. **A concretização da tutela específica no direito comparado**. In SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Organizadores) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Anuário 2007, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 74.

O processo lastreado em um modelo constitucional constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático. Processo democrático, pois, não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos. Todos esses princípios constitucionais serão aplicados em perspectiva democrática se garantirem uma adequada fruição de direitos fundamentais em visão normativa.⁷³

A nova ordem constitucional e a nova concepção de Estado trouxeram novas necessidades para o direito processual, surgindo ondas de renovação para o sistema processual concebido no Estado Liberal Clássico, na medida em que é natural que o instrumento se altere para adaptar-se às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais que a sociedade de massa persegue e precisa. Para tanto, fizeram-se (e, mais: ainda se fazem!) necessárias mudanças no sistema processual.⁷⁴

Por isso, a efetividade do processo constitui um direito fundamental, devendo os textos normativos infraconstitucionais processuais serem revistos e reinterpretados em conformidade com o Estado Contemporâneo, não podendo mais o processo ser um obstáculo à realização do direito material, sendo a instrumentalidade do processo condição mínima de possibilidade para a realização dos direitos previstos na ordem jurídica.⁷⁵

Observa-se que, a partir da década de 1980, no Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, estruturou-se uma nova tendência pragmática dos estudos sobre o Direito Processual brasileiro. Como ressonância do movimento pelo acesso à justiça, começaram a ser delineadas as reformas do processo civil brasileiro, com a introdução de novos institutos (Ação Civil Pública, Ação Popular, Ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor), além das inúmeras alterações do Código de Processo Civil de 1973, notadamente a tutela antecipada e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. A partir de então, passou-se a buscar uma aplicação – e efetivação – social do direito, visualizando-se escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) da jurisdição, assim como o reforço do papel do juiz. (Conforme NUNES, Dierle Jose Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1. Ed (2008). 2ª Reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 141.)

⁷³ NUNES, Dierle Jose Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1. Ed (2008). 2ª Reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 250.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 258.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁷⁶, também chamado de princípio do direito de ação, passa a ter um alcance bem maior do que aquele princípio do direito de ação anteriormente concebido no Estado Liberal Clássico e pelas teorias da ação (mero direito de propor ação), na medida em que todos passam a ter o direito de obter do Poder Judiciário uma tutela jurisdicional adequada e efetiva do direito material discutido.⁷⁷

As discussões envolvendo o direito de ação, no tocante às teorias que buscam identificar sua natureza, têm hoje reduzida importância para o processo. A preocupação fundamental do processualista de hoje deve ser a efetividade do processo e da necessidade de se desenvolverem mecanismos aptos a alcançar esse objetivo. Esta revisão conceitual mostra-se adequada à realidade que o sistema processual encara frente aos novos paradigmas do Estado Contemporâneo, sendo melhor identificar a relevância constitucional da ação como direito de obter concretamente os meios necessários à satisfação de um interesse protegido pelo legislador material.⁷⁸

No plano processual, a efetividade do processo indica a consecução do resultado prático objetivado pela atuação da jurisdição, ou seja, é a realização plena dos fins perseguidos pelo processo. Assim, a moderna doutrina põe em relevo a diferença entre a prestação jurisdicional (serviço prestado pelo magistrado) e a tutela jurisdicional, que tem o sentido de proteção dos direitos e colima a efetividade do processo.⁷⁹

A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, que representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a maior aproximação possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁸⁰

⁷⁶ Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. Ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman, v. 21). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 61-63.

⁷⁹ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254-255.

É necessário convir que os conceitos e institutos clássicos do processo (liberal) há muito tempo vêm se mostrando impotentes para a tutela dos direitos, observando-se a insuficiência do processo civil tradicional (classificação trinária das ações) para operar com os novos direitos, considerados típicos da sociedade de massa. Esta insuficiência fez eclodir novos instrumentos de tutela dos direitos, mais adequados às peculiaridades do Estado Contemporâneo, notadamente no que concerne a tutelas preventivas e provisórias.⁸¹

Então, a tutela jurisdicional deve ser um conceito entendido como resposta do Estado ao direito de ação, compreendido este não somente como o direito de provocar a jurisdição (como pensado à época do Estado Liberal Clássico), mas sim como direito à adequada prestação jurisdicional, envolvendo o direito a um procedimento, a um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material.⁸²

O direito à efetividade da jurisdição é o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular, devendo ser assegurados a esse indivíduo meios expeditos e eficazes, que tenham aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória. O dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar, por isso, um castigo.⁸³

Portanto, as garantias constitucionais processuais (ou direitos fundamentais processuais) asseguram um mecanismo adequado à solução das controvérsias, sendo garantias de meio e de resultado, pois estão diretamente relacionadas não apenas aos instrumentos processuais adequados, como também a um resultado suficientemente útil e eficaz para quem necessita valer-se dessa atividade estatal. Não se trata, evidentemente, de direito ao resultado favorável, mas também não apenas direito de acesso ao Poder Judiciário. É direito à efetividade da tutela, o que não significa

⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 34-35.

⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 39.

⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os meios adequados para que tal ocorra.⁸⁴

O direito de ação deve ser visto, nesse andar, como garantia de efetividade, devendo conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado um instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil. Logo, às situações substanciais apresentadas devem corresponder formas de tutela idôneas a assegurar a realização do direito delas emergente. Por isso, efetividade do processo, devido processo legal e direito à adequada tutela jurisdicional são fenômenos indissociáveis.⁸⁵

Sabendo que o paradigma racionalista valorava a ponto máximo a segurança jurídica, ao ponto de não aceitar tutelas preventivas, ou seja, sem uma cognição exauriente, não se deve, por outro lado, valorar a ponto máximo a efetividade da jurisdição, esquecendo a segurança jurídica. Assim, a fórmula para viabilizar a convivência entre esses dois princípios é a outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos, nem que se tenha de postergar o direito ao contraditório.⁸⁶

Com efeito, a grande preocupação do processualista contemporâneo é compatibilizar a urgência com o tempo mínimo que o desenvolvimento do devido processo legal requer, impedindo que as garantias a ele inerentes acabem por transformar a tutela jurisdicional em promessa formal, sem qualquer utilidade prática para quem recorre à função estatal, cujo escopo é eliminar as controvérsias e alcançar a pacificação social, de forma eficiente, útil e eficaz.⁸⁷

Precisa-se, pois, de um processo rápido, eficaz e barato, no entendimento de Darci Guimarães Ribeiro: rápido porque deve retirar todas as formas de dilações indevidas; eficaz porque deve visar atender à economia processual, permitindo um máximo de resultado em um mínimo de atividade processual; e barato porque as partes e o Estado economizariam tempo e dinheiro.⁸⁸

⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67, 68 e 70.

⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 75-76.

⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66-67.

⁸⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81.

⁸⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 48.

A este propósito, Jânia Maria Lopes Saldanha esclarece que a celeridade processual aproxima a jurisdição da comunidade, pontificando que esta seria mais uma razão para romper com a ordinariade e com a tutela jurisdicional repressiva, devendo-se, assim, “dar lugar a formas processuais que sejam capazes de dar conta das demandas provocadas pela pressa que caracteriza a sociedade de consumo e o mundo globalizado, e que exigem juízos superficiais e sumários”. É imperativo, prossegue a Professora, “que a jurisdição, sobretudo a das instâncias inferiores, possa proferir resultados parciais, ao longo do processo, baseados em cognição superficial e em processos sumários”.⁸⁹

Nessa linha de raciocínio, essa “releitura” do direito de ação (consubstanciado no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional) deve ser realizada juntamente com uma visão mais avançada do princípio do devido processo legal, à luz das necessidades do Estado Contemporâneo, uma vez que este último serve como uma importante arma na defesa dos direitos fundamentais⁹⁰, e, justamente nesse sentido, a efetividade processual passa a ser condição de possibilidade para a adequada e efetiva tutela do direito constitucional de ação.

Consequentemente, a visão estática da segurança, que se baseava na garantia do devido processo legal (formal, com garantia plena de defesa e cognição exauriente), deve ser substituída por uma visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais (e pressupondo a existência e o desenvolvimento de um processo devido⁹¹), fazendo com que a segurança já não seja mais vista com os olhos do Estado

⁸⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado de constitucionalidade no STF**. In STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 120.

⁹⁰ DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio do devido processo legal**. In LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Organizadores). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 43.

⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. Ed., rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 86-88. Este autor chama atenção para a questão da nomenclatura do princípio do devido processo legal, informando que o direito europeu vem denominando tal princípio pela expressão *justo processo*. Adiante, lembra o doutrinador que o termo “legal” é fruto da infeliz tradução do *due process of law*, do direito anglo-saxão. Por fim, o jurista entende ser o melhor termo adotado o **devido processo**, na medida em que nossa Constituição Federal reza expressão nesse sentido. Vale dizer que essa discussão, em que pese importante, não será realizada no presente trabalho.

Liberal Clássico, em que tendia (a segurança) a prevalecer como valor, pois não serve mais aos fins sociais que o Estado Contemporâneo se destina.⁹²

Nessa senda, em razão do caráter principiológico e, portanto, maleável, dos direitos fundamentais, a segurança jurídica deixa de ser estática (assentada unicamente na *garantia* do devido processo legal) e passa a ser dinâmica, aplicada à luz dos direitos fundamentais com maior eficácia possível, construindo, a partir de então, um direito fundamental a um *processo justo*, para atender à justiça material, consectário do Estado Contemporâneo.⁹³

No âmbito desse *processo justo*, Humberto Dalla esclarece que este “deve respeitar o devido processo legal, nos seus seguimentos ampla defesa e contraditório, além das demais garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre as quais se encontram a igualdade, a publicidade dos atos judiciais e a duração do processo por um período de tempo razoável”. Nessa trilha, prossegue o eminente Professor, tais “elementos devem ser rigorosamente resguardados quando da busca do jurisdicionado pela tutela dos direitos que deve ser prestada por meio de uma jurisdição adequada”.⁹⁴

Tendo em vista que o direito da inafastabilidade do controle jurisdicional garante tutela jurisdicional não apenas quando há lesão a direito, mas também diante de uma ameaça de sua violação, não garante apenas um devido processo legal tendente a uma tutela jurisdicional repressiva (atuada após lesão de direito), mas assegura, ainda, o acesso a um processo tendente a evitar qualquer lesão a direito, uma tutela jurisdicional efetiva, atuada quando exista tão-somente a ameaça da lesão.⁹⁵

Após termos visto a concepção de direito no Estado Liberal e a concepção de direito no Estado Contemporâneo, se pôde observar que o paradigma presente naquela forma de Estado, por estar intimamente ligado ao princípio da liberdade dos cidadãos,

⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 63-64.

⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130-131.

⁹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10**. In Revista Eletrônica de Direito Processual (Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ), Ano 4, Volume VI, Julho a Dezembro de 2010, Rio de Janeiro, 2010, p. 60, Disponível em www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf, acesso em 23 de abril de 2012.

⁹⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman, vol. 49 / orientação de Arruda Alvim) 2. Ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

modificou-se a partir de meados do século XX, na medida em que passou a ser necessário o intervencionismo estatal em várias searas sociais, já que a igualdade formal entre os indivíduos vinha causando graves desigualdades materiais, trazendo injustiça social para a sociedade contemporânea (massificada). Passar-se-á a ver, em seguida, como essa mudança de paradigma deve influir na jurisdição processual civil a fim de prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional.

Percebe-se, de plano e a partir de então, que a configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica na quebra do dogma de que a única tutela contra o ilícito seria a reparação do dano por ele causado, o que acaba sempre na tutela ressarcitória, ainda que na forma específica, já que a tutela ressarcitória tinha tão somente o escopo de garantir a integridade patrimonial dos direitos.⁹⁶

Esse ideal liberalista, que unifica a categoria da ilicitude com a da responsabilidade civil, através da visão mercadológica dos direitos, tão importante para o aquecimento da economia liberal, ainda está presente na doutrina brasileira, como se observa claramente em Orlando Gomes:

[...] Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra jus, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso. (...) Sem injúria, na acepção civilística do termo, não se consubstancia o ilícito civil.⁹⁷

O problema está no entendimento liberal de que ninguém poderia ser coagido de nenhuma forma a realizar algo, pois isso caracterizaria violência e opressão, razão pela qual se criou uma universalização das obrigações, acabando todas elas em resolução por perdas e danos, contribuindo para que fosse impossível uma tutela

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 37-38.

⁹⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. Ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 313-314.

específica das obrigações (especialmente as de fazer e não fazer), sendo todas, assim, substituídas pelo equivalente monetário.⁹⁸

A ideia de igualdade formal, ao refletir a impossibilidade de tratamento diferenciado às diferentes posições sociais e aos bens, unificou o valor dos direitos (como já se disse, função mercadológica dos direitos no Estado Liberal Clássico), permitindo a sua expressão em dinheiro e, assim, que a jurisdição pudesse conferir a todos eles um significado em pecúnia. E isso fez com que a jurisdição fosse dirigida a dar tutela aos direitos privados violados, sendo esta a razão pela qual a classificação trinária das sentenças era suficiente no direito processual concebido naquela época e não era necessária uma tutela jurisdicional preventiva.⁹⁹

Contudo, com o advento da sociedade contemporânea e a imprescindibilidade de mudança de paradigma, constatou-se que, especialmente no âmbito das obrigações, para que fosse dado ao titular do direito exatamente aquilo que ele obteria se não tivesse sido necessário o processo (e, assim, prestar a tutela jurisdicional efetiva), seria imperativo um sistema novo de tutela, que fizesse uso da tutela preventiva, que adotasse a técnica de antecipação dos efeitos da tutela e, por fim, que impusesse ordens ao réu.¹⁰⁰

Pelas razões já vistas supra e ainda por outras, o tempo no processo civil brasileiro, até antes das reformas que iniciaram em 1994, sempre beneficiou o réu, na medida em que provimentos antecipatórios de mérito não eram aceitos pelo ranço do paradigma racionalista.

Para resguardar o direito específico do jurisdicionado, a adoção de mecanismos ágeis e eficazes e sua colocação à disposição do juiz tem sido a tônica das reformas que vem sofrendo o Código de Processo Civil desde 1994, com a vinda do instituto da antecipação de tutela. O legislador aparelhou esse instituto com mecanismos de coerção e de sub-rogação, para a efetivação da tutela específica ou obtenção do

⁹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **A concretização da tutela específica no direito comparado.** In SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Organizadores) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.

¹⁰⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coordenação); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 2: processo de execução.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 267.

resultado prático equivalente, buscando (re)aproximar o direito processual do direito material, realizando este de forma justa, efetiva e concreta.¹⁰¹

O instituto da Antecipação de Tutela, tanto o previsto pelo art. 273, quanto o presente no art. 461, § 3º, ambos do Código de Processo Civil, apresenta uma inovação imediata, na medida em que redistribui o ônus temporal do processo, que antes era suportado apenas pelo autor, mas sem ser inconstitucional, pois procura tutelar uma situação de desigualdade existente entre as partes integrantes do processo.¹⁰²

Como já se viu, a visão mercadológica dos direitos, constante no Estado Liberal Clássico e que manteve influência durante quase todo o século XX, deu à jurisdição uma tradicional função de tutela ressarcitória, pois afirmava que a única tutela contra o ilícito seria a reparação do dano, não importando para o Direito, então, qualquer atividade ilícita que não resultasse algum prejuízo. Portanto, o sistema processual não estava preocupado com a adequação dos provimentos jurisdicionais.¹⁰³

Sabendo-se que a prestação efetiva da tutela do direito depende do provimento adequado, a decisão interlocutória e a sentença devem assumir formas variadas para poder tutelar de maneira adequada os direitos materiais postos em causa. A sentença condenatória, por exemplo, por motivos culturais e políticos, foi atrelada aos meios de execução por sub-rogação tipificados na lei, sendo incapaz de prestar as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, entre outras. Este é o motivo pelo qual a classificação trinária das sentenças impede a tutela jurisdicional efetiva, que depende de provimentos mandamentais e executivos.¹⁰⁴

Assim, em que pese o Código de Processo Civil de 1939 ter evidentemente adotado o paradigma racionalista-liberal, paulatinamente o entendimento de que a preferência deveria ser sempre pela tutela específica ganhou terreno na doutrina e na jurisprudência brasileira. Afinal, a conversão da obrigação em perdas e danos era incapaz de tutelar a integridade do direito material daquele que tinha razão, sendo isto possível apenas através da utilização de meios coercitivos tendentes a obter o

¹⁰¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. 2. Ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25-27.

¹⁰² ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 402.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 36-37.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-162.

adimplemento da obrigação *in natura* ou de meios sub-rogatórios que assegurassem o resultado prático equivalente¹⁰⁵. Por isso, não adiantaria de nada serem os provimentos jurisdicionais capazes de emitir efeitos mandamentais ou executivos se, apesar disso, o sistema engessasse as formas de execução e não permitisse ao magistrado utilizar o meio mais adequado ao caso concreto para tutelar, efetivamente, o direito material discutido no processo.

Sendo a atividade executiva uma função jurisdicional que substitui a vontade do executado (sub-rogação) para fazer atuar a vontade concreta da lei, o Estado entra na esfera patrimonial do indivíduo – executado. Entretanto, para controlar e delimitar a atuação e a interferência do Estado na liberdade e na propriedade do indivíduo, o Código de Processo Civil de 1973, em princípio – e sob os paradigmas racionalistas do iluminismo –, além da segurança de que o Estado só atuaria quando provocado, previa a tranquila regra de que o executado só perderia seus bens através de um processo específico e previsível, e, ainda, sabendo de antemão quais eram as armas executivas que o Estado poderia utilizar.¹⁰⁶

Importante anotar que, se é necessário um procedimento adequado para viabilizar a efetividade da tutela jurisdicional e, por consequência, tutelar adequadamente os direitos materiais, é pouco mais que evidente ser indispensável que o sistema processual ofereça, ainda, meios de execução adequados para os mais diversos casos de direito material, pois são também técnicas processuais para a efetiva tutela jurisdicional, já que interferem diretamente no resultado que o processo pode proporcionar no direito material.¹⁰⁷

Por conseguinte, nota-se a suma necessidade da atipicidade dos meios executivos e mandamentais, e a possibilidade de escolha, no caso concreto, daquele meio mais adequado e ao mesmo tempo menos oneroso ao requerido, o que os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e o artigo 84 do Código de Defesa do

¹⁰⁵ CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. **Meios de coerção na tutela específica das obrigações de fazer e não fazer** In FUX, Luiz (coord.). **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 312.

¹⁰⁶ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 23.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 113-114.

Consumidor permitem sem maiores discussões. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni estabelece:

[...] Tais normas têm amplitude enorme, cobrindo quase que a totalidade das novas necessidades da tutela jurisdicional. Abrangem a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e a tutela específica dos direitos individuais, deixando escapar apenas as tradicionais formas de proteção dos direitos individuais. (...) As novas regras processuais incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo.¹⁰⁸

Frise-se, por necessário, que estes mecanismos legais permitem que, num mesmo processo, reúna-se, simultaneamente, conhecimento e execução, e os provimentos nele emitidos (decisão interlocutória e sentença) não só dão ensejo a atos executivos, como também têm força mandamental, nada impedindo que essas duas eficácias possam decorrer de um mesmo provimento do juiz.¹⁰⁹

Em face de todo o exposto, fica evidente que o Estado Contemporâneo caracteriza-se, no campo da tutela dos direitos, pelo ônus de prestar a tutela jurisdicional adequada (às necessidades do direito material posto em causa) e efetiva (realizar a pretensão especificamente) no caso concreto¹¹⁰, pois é condição de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja e concretize os direitos materiais dos titulares desses direitos envolvidos no processo.¹¹¹

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 292 e 297. A atipicidade dos provimentos mandamentais e executivos tratada nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, fundamentalmente no que tange às prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, são estendidas, no Projeto do novo Código de Processo Civil, às prestações de obrigações pecuniárias. O art. 107, inciso III, reza que ao juiz incumbe determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestações pecuniárias. Isso faz com que as medidas de apoio de cumprimento à ordens judiciais possam ser amplamente adotadas pelo Magistrado e em qualquer espécie de ação judicial, conferindo, pois, maior efetividade à prestação jurisdicional. Tal dispositivo está em atenção à necessidade de o ordenamento processual contar com normas abertas para a obtenção da tutela específica dos direitos.

¹⁰⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coordenação); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 2: processo de execução**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 265-267.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 28-29.

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488.

Assim sendo, as garantias constitucionais processuais, encaradas no Estado Liberal Clássico como defesas do cidadão contra o Estado, passam a ser encaradas, no Estado Contemporâneo, como direitos fundamentais, com eficácia plena e aplicação imediata, possibilitando ao cidadão o direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, haja vista a obrigação deste Estado em realizar os direitos fundamentais, tudo com vistas à obter a justiça no caso concreto.¹¹²

Em relação à utilização da nomenclatura “garantias processuais constitucionais” (meramente formais, fruto do Estado Liberal Clássico) ou “direitos fundamentais processuais” (materiais, imperativos do Estado Contemporâneo), esta última expressão deve passar a ser adotada, eis que a função judiciária eminentemente declaratória (estática) do paradigma racionalista, em face do Estado Contemporâneo, cede lugar a uma função judiciária eminentemente criativa (dinâmica), para que os direitos meramente reconhecidos sejam direitos efetivamente protegidos em concreto.¹¹³

Os jurisdicionados têm expectativas muito mais *urgentes, efetivas e específicas* do que a sociedade do tempo do Iluminismo, motivo pelo qual se faz absolutamente necessário seja novamente conferido ao juiz mais poderes interditaes – visando as tutelas preventiva e específica dos direitos, haja vista a exigência da nossa modernidade.¹¹⁴

Nota-se que, com o advento do Estado Contemporâneo, o paradigma racionalista dominante no Estado Liberal Clássico, que construiu uma jurisdição declaratória, passou a ser questionado e, paulatinamente, repensado, ante o surgimento dos direitos fundamentais e a imperatividade da justiça social. A jurisdição no Estado

¹¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84 e 136.

¹¹³ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto)*. In Revista de Processo, nº. 90, ano 23, abril-junho de 1998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 100-101. Apesar do fato de que o simples nome dado às coisas não influi em seu conteúdo, a palavra “garantias” sugere o ideal racionalista do Estado Liberal Clássico, quando essas “garantias” visavam apenas proteger o cidadão (individualista) do abuso estatal; de outro lado, a partir do Estado Contemporâneo, as meras “garantias” do cidadão contra o Estado não são mais suficientes, motivo pelo qual se necessita que essas garantias sejam encaradas e aplicadas como os direitos fundamentais (eficácia plena e aplicação imediata), que, como se viu, não são apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material, sendo a concretização desses direitos uma tarefa criativa (pró-ativa, positiva, etc), não podendo mais ser encaradas apenas como “garantia” contra eventuais abusos estatais (garantia, pois, negativa).

¹¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. **“Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”**. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV [separata], 1998, p. 01-03.

Contemporâneo, necessariamente, há de “desordinarizar” o processo judicial, permitindo tutelas preventivas e sumárias, além de aumentar os poderes do juiz, a fim de concretizar um direito à tutela efetiva e adequada do direito material posto em causa.

Não é por outro motivo que a doutrina processual nacional e estrangeira, fundamentalmente as de países onde está estabelecida a *civil law* (e, mais especificamente, as influenciadas pela doutrina italiana), tem distinguido situações merecedoras de uma tutela de urgência que não se enquadram no esquema próprio das medidas cautelares, começando pela implementação do instituto da tutela antecipada e evoluindo para uma tutela de urgência satisfativa autônoma.

De todo visto no presente item, mostram-se inegáveis os avanços ocorridos a partir do século XX, notadamente depois do segundo Pós-Guerra, em relação ao modo-de-produção da jurisdição idealizada no Estado Liberal Clássico. Contudo, algumas imbricações (para dizer o menos) desse paradigma anterior (liberal-racionalista) ainda se mostram presentes, como, por exemplo, a falta de uma adequada noção/aplicação de princípios (que realmente rompa com o positivismo) e a dificuldade de se aceitar, definitivamente, uma tutela de urgência satisfativa (não somente a autônoma, mas ainda da própria antecipada), o que demonstra que o papel da jurisdição precisa ainda ser melhor compreendido pelos juristas em geral. É o que se pretende discutir a seguir.

1.3 O neoconstitucionalismo, a nova concepção de direito e a jurisdição em xeque: uma questão de democracia

Em vista do que se viu nos dois pontos anteriores, onde se registrou a concepção do direito e do processo nos Estados Liberal Clássico e Contemporâneo, nota-se que a busca da ordem foi o problema central dos racionalistas e isso só poderia acontecer a partir de “verdades gerais” e conceitos abstratos válidos para todos, em que o conhecimento seria possível *a priori*. Nessa senda, o direito ficou reduzido a uma questão de estabelecimento de nexos entre causas e consequências, ignorando-se, por completo, que a realidade social é rica em conflitualidade e experimenta, continuamente, mudanças profundas, especialmente a partir do século XX.¹¹⁵

¹¹⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 148.

O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. Tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com as características analógicas às ciências exatas e naturais.¹¹⁶

Já se disse, no primeiro ponto deste capítulo, que o positivismo jurídico excluía da definição de direito qualquer juízo de valor ou efetividade, pois o critério de validade das normas era meramente formal (comando emanado pela autoridade competente – questão pura de hierarquia). Ademais, viu-se que, sendo o direito império do Legislativo, o Judiciário limitava-se a pronunciar a palavra da lei.

Houve, nesse diapasão, a cisão entre validade e legitimidade, pretendendo as teorias positivistas, pois, oferecer um método seguro de produção do conhecimento científico do direito. Essa pretensão das teorias positivistas, que descolou a enunciação da lei do mundo concreto, possibilitou fosse o direito entendido em sua autônoma objetividade, apostando numa racionalidade teórica que isola todo o contexto prático de onde as questões jurídicas realmente surgem.¹¹⁷

Em decorrência disso, desvinculou-se o direito da moral (tese formulada, por excelência, por Hans Kelsen), em virtude da impossibilidade de se sustentar uma moral absoluta que pudesse servir como parâmetro para determinação dos conteúdos das normas jurídicas.¹¹⁸

Trocou-se, pois, a realidade pelo conceito, o que foi uma das mais potentes e coercitivas heranças recebidas do direito romano-canônico pelo direito europeu, especialmente pelos países de direito codificado. O conceitualismo, próprio das ciências matemáticas, forma-se através de uma epistemologia que não tolera o individual. É o

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 324.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 418.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 418-419.

modo que lhe permite praticar o método da subsunção, que despe o fato de tudo aquilo que o caracteriza como uma individualidade, para acomodar seu esqueleto na norma, tornando-o um exemplar de vários fatos supostamente idênticos, embora circunstancialmente diferentes.¹¹⁹

Nessa linha, a dogmática jurídica tradicional (ligada ao paradigma racionalista e à filosofia da consciência) “destemporaliza” o texto legal ao equiparar texto e norma, esquecendo-se que texto e realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação é que vai construir a norma jurídica. Logo, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também assim ocorre com a norma (aparentemente) genérica e abstrata, já que a norma geral não é prévia, apenas seu texto (que é uma ficção).¹²⁰

Mas, se por um lado, as teorias positivistas estabeleceram um (falacioso) princípio fundado em uma razão teórica pura, analisando o direito segundo critérios de uma lógica formal rígida, por outro lado tais teorias acabaram por tornar o objeto de conhecimento do jurídico exclusivo do sujeito (daí sujeito solipsista).¹²¹

Isso porque, segundo o positivismo normativista (por excelência, mais uma vez, Hans Kelsen), nos casos de indeterminação da lei existem várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado de maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, de maneira a corresponder à vontade do legislador ou, então, à expressão por ele escolhida, correspondendo a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou decidindo como se as duas normas se anulassem mutuamente. Nessas hipóteses, o direito a ser aplicado forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro dessa moldura.¹²²

¹¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 85.

¹²⁰ ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146 e 148.

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 61.

¹²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 390. O autor prossegue (p. 390-391) aduzindo que, se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto da interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a ser interpretado e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única

Assim sendo, a aplicação judicial do direito foi deixada a um segundo nível, sendo a interpretação judicial compreendida como ato de vontade, no qual o intérprete possui um espaço que poderá preencher – “discricionariamente”, portanto – no momento da aplicação da norma.¹²³ Essas teorias criaram o protagonismo judicial, sendo o único sujeito da interpretação o juiz (o senhor dos sentidos, nas palavras de Lenio Luiz Streck¹²⁴) e suas escolhas.¹²⁵

Sempre que uma ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara, o juiz tem, segundo o positivismo jurídico, o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra, como se uma das partes tivesse o direito preexistente de ganhar a causa. Na verdade, o juiz legisla novos direitos jurídicos e, ato contínuo, os aplica retroativamente ao caso em questão.¹²⁶ Essa discricionariedade transforma os juízes em legisladores, já que propicia que cada intérprete crie seu próprio objeto de conhecimento. Por isso, qualquer forma hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no solipsismo está fadada a depender de um sujeito individualista que não sai de si no momento de decidir.¹²⁷

A filosofia da consciência (construção do objeto de conhecimento pelo sujeito, sendo o pensamento a única certeza) liga diretamente o positivismo jurídico ao sujeito solipsista (aquele sujeito da consciência encapsulada que não sai de si no momento de

solução como sendo a única correta, mas a várias soluções que têm igual valor, mas apenas uma delas se tornará Direito positivo no ato da aplicação do Direito.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 419.

¹²⁴ Historicamente, os juízes eram acusados de ser a boca da lei. Essa crítica decorria da separação entre faticidade e validade. As diversas teorias críticas sempre apontaram para a necessidade de rompimento com esse imaginário exegético. Ocorre que, ao mesmo tempo, a crítica do direito, em sua grande maioria, sempre admitiu um alto grau de discricionariedade nos chamados “casos difíceis”, nas “zonas de penumbra” das leis. Entretanto, sob o pretexto de os juízes não mais serem a boca da lei, os princípios passaram a ser a “era da abertura interpretativa”, estabelecendo-se um verdadeiro “estado de natureza hermenêutico”. (Conforme STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 88 e 91.)

¹²⁵ Frise-se, por oportuno, que nem mesmo as teorias da argumentação conseguiram vencer o problema da discricionariedade. O próprio Alexy reconhece que existe discricionariedade para sopesar, resolvendo-se os chamados *hard cases* a partir de ponderações de princípios (discricionariamente pelo intérprete). Mantém-se, nesse sentido, a delegação em favor da subjetividade do intérprete, que assujeita o objeto na forma da relação sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência. (Conforme STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 86)

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 127.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 87 e 89.

decidir, que constrói seu próprio objeto de conhecimento).¹²⁸ É pouco mais que evidente que esse raciocínio ainda se encontra permeado na maioria dos juristas brasileiros.

Em virtude das circunstâncias político-sociais que vieram a cabo ao longo do século XX, houve uma grande metamorfose no constitucionalismo: a passagem de um constitucionalismo formal, de textos, a um constitucionalismo material, de realidade, ou o transcurso de um constitucionalismo sem hermenêutica para o constitucionalismo interpretativo e normativo. Com efeito, a nova hermenêutica, nos termos de Paulo Bonavides, levou a cabo a revolução do constitucionalismo contemporâneo.¹²⁹

Passa-se a uma conscientização de que o modo de supremacia do direito deve se estabelecer também contra a face legislativa do Estado, e que a Constituição, mais do que um poder político, é um conjunto de normas fundamentais, as quais contribuem de forma decisiva para este novo modo de pensar constitucional. Em decorrência da substituição do direito constituído por regras, pelo constituído por princípios, há o rompimento com o positivismo do Estado Liberal Clássico.¹³⁰

Nesse diapasão, o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 57.

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta e os direitos fundamentais.** In BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica e por uma repolitização da legalidade.** 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 220. Prossegue o autor (p. 221) sustentando que a metodologia interpretativa de subsunção imperava incontestemente na decifração dos problemas jurídicos; a vertente aristotélica do silogismo tudo interpretava e tudo resolvia em matéria hermenêutica, e o fazia a contento, enquanto imperavam tranquilos e estáveis os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos. Mas tudo mudou, e mudou para sempre, quando advieram os direitos fundamentais da segunda, da terceira e da quarta gerações e a reflexão constitucional passou, numa hora feliz, de compatibilização teórica, para o outro pólo – o da vertente tópica, também aristotélica, formando os juristas de uma nova escola de pensadores e hermeneutas. Suas postulações fizeram o princípio deslocar a regra, a legitimidade a legalidade, a Constituição a lei, e assim logrou estabelecer o primado da dignidade da pessoa humana como esteio de legitimação e alicerce de todas as ordens jurídicas fundadas no argumento da igualdade, no valor da justiça e nas premissas da liberdade, que concretizam o verdadeiro Estado de Direito.

¹³⁰ GUASTINI, Riccardo. **Sobre el concepto de Constitución.** In: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos.** Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 16-21. O mesmo autor, noutro ensaio em obra também organizada por Miguel Carbonell, estabelece entre as principais condições para a constitucionalização dos direitos: a) a existência de uma Constituição rígida, que incorpora os direitos fundamentais; b) a garantia jurisdicional da Constituição, através de um sistema de controle de constitucionalidade; c) a força vinculante da Constituição, que deixa de ser vista como um conjunto de normas programáticas; d) a “sobreinterpretação” da Constituição, que passa a ser interpretada de modo extensivo, dela deduzindo, inclusive, princípios implícitos; e) a aplicação direta das normas constitucionais também para regular as relações entre particulares; f) a interpretação adequada das leis; e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Conforme GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento.** In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 49-58.

e sua rígida separação da ética e da moral não correspondiam ao estágio do processo civilizatório às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, não era mais possível o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva.¹³¹

Assim surge o neoconstitucionalismo, não com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional, guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, nele introduzindo as ideias de justiça e legitimidade. Promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética, moral e direito.¹³²

A diferenciação social e o pluralismo político são as principais características da sociedade contemporânea. Nesse contexto conflituoso, que inclui formas democráticas de participação social nos assuntos públicos, não é razoável encarar o ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado, caracterizado pela ordem e pela unicidade. A Constituição passa a se caracterizar por sua estrutura aberta, incompatível, pois, com qualquer interpretação formalista. Significa isso o fim do primado da norma e a conseqüente primazia da constituição material sobre a constituição formal.¹³³

Por isso, a Constituição jurídica¹³⁴ está condicionada pela realidade histórica, ou seja, ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. Mas a

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327-328. Paulo Bonavides bem lembra que, durante as décadas de 40 e 50, pelo menos na Alemanha, onde a Filosofia do Direito sempre travou suas batalhas mais difíceis, houve uma ressurreição jusnaturalista, decorrente do pessimismo que invadira o ânimo dos juristas, perplexos com a tragédia da Segunda Guerra Mundial, movidos a uma reconsideração dos valores pertinentes à ordem jurídica legítima. Mas a restauração jusnaturalista foi um relâmpago, não uma lâmpada, logo se apagou aquela claridade súbita. Não sendo possível o retorno ao positivismo jurídico, a década de 50 viu abrir-se nova crise no pensamento filosófico do direito, de maneira que as dificuldades só foram removidas a partir da publicação de *Tópica e Jurisprudência*, de Viehweg. Representou essa monografia uma abertura de rumos e horizontes para a Ciência do Direito da segunda metade do século XX. Conforme BONAVIDES, Paulo. **O pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller: fundamento de uma nova hermenêutica**. In BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica e por uma repolitização da legalidade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 207.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328.

¹³³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 30.

¹³⁴ Frise-se, por oportuno, que, para Konrad Hesse, existem duas constituições: a Constituição real e a Constituição jurídica. A primeira é composta pelas forças políticas e sociais vigentes em um determinado país, e que devem ser levadas em consideração na aplicação da segunda, sob pena de

Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade, pois também ordena e conforma a realidade política e social, convertendo-se em força ativa que influi e determina essa realidade. Quer dizer, essa força, que constitui a essência e a eficácia da Constituição, reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se em força ativa. Portanto, um ótimo desenvolvimento da Constituição depende, além do conteúdo, também da práxis.¹³⁵

As Constituições compromissórias, portanto, somente logram garantir os direitos e garantias fundamentais, modelando o futuro comunitário sem rupturas, se satisfazem três requisitos: a) máximo rigor possível nos preceitos atinentes a direitos e liberdades fundamentais, não cabendo ao legislador e ao aplicador senão uma tarefa de interpretação e regulamentação; b) abertura, nos limites de sua força normativa, dos preceitos atinentes à vida econômica, social e cultural, sujeitos às sucessivas concretizações correspondentes às manifestações de vontade política constitucionalmente organizada; c) criação de mecanismos jurídicos e políticos de garantias das normas constitucionais.¹³⁶

Na medida do chamado neoconstitucionalismo, o modelo de Estado cunhado para instrumentalizar e dar eficácia ao conteúdo dirigente destas Constituições é o Estado Democrático de Direito, que representa verdadeira revolução paradigmática no campo da efetivação dos preceitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, pela via do Poder Judiciário (Jurisdição Constitucional). Vale dizer, o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito representa uma valorização do jurídico, em que há um deslocamento da esfera de tensão entre os Poderes (no Estado Liberal Clássico era o Parlamento; no Estado Social era o Executivo), passando o Judiciário a fazer parte da arena política.¹³⁷

Portanto, o positivismo jurídico necessita de uma releitura. A lei passa a dever ser compreendida a partir da Constituição, mas não atribuindo às normas constitucionais o seu fundamento (questão pura e simples da hierarquia), mas submetendo o texto da lei

total ineficácia desta outra. A Constituição jurídica, entretanto, detém um caráter normativo, ou seja, deve transformar o mundo dos fatos. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 09-23.)

¹³⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19-24.

¹³⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade**. Tomo II. 3. Ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 70.

¹³⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 70-71.

a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada (aplicada) a norma jurídica que revele a adequada conformação da lei¹³⁸.

Nessa necessidade de superação do positivismo, Friedrich Müller, ao propor uma *teoria estruturante do direito*, traz um conceito pós-positivista de norma jurídica, sustentando que esta não já está pronta nos *textos legais*, pois nestes encontram-se apenas formas primárias, os textos normativos¹³⁹. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial. Ademais, para o referido autor, é igualmente parte constitutiva da norma o *âmbito normativo*, que seria o conjunto dos fatos relevantes (âmbito fático) como elemento que sustenta a decisão jurídica como direito.¹⁴⁰

Portanto, a dicotomia “ser e dever-ser” é, assim, superada, tornando-se a norma jurídica um conceito complexo, composto do *âmbito normativo* e do *programa normativo* (isto é, do resultado da interpretação de todos os dados linguísticos). A norma jurídica geral já está contida no texto legal, sendo a concretização da norma jurídica uma construção no caso concreto. Quer dizer, para a elaboração da norma jurídica, o jurista necessita tanto de dados linguísticos como de dados reais.¹⁴¹

O “operador” do direito, nessa linha, constitui o *âmbito normativo* ao submeter os fatos a um duplo exame com base no *programa normativo*: primeiro, esses fatos continuam sendo relevantes para o programa normativo elaborado? Segundo, são compatíveis com o conteúdo do programa normativo? Em sendo positivas essas respostas, podem ser justificadamente incorporados na decisão.¹⁴²

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 51.

¹³⁹ Frise-se, por necessário, que a *teoria estruturante* de Friedrich Müller não pode ser adotada à luz da hermenêutica da matriz heideggeriana-gadameriana, pois facilmente se observa que há nessa teoria uma espécie de “método” procedimental para a elaboração da decisão (para a construção da norma jurídica), algo intolerável a partir da *diferença ontológica* e do *círculo hermenêutico*. Contudo, é importante apontar essa situação a título de exemplo nesse ponto do trabalho, já que esta tese de Müller é uma das pioneiras para uma perspectiva de uma teoria das fontes/normas de cariz pós-positivista. Esse é o motivo de trabalhar essa questão nesse momento, principalmente pelo fato de ter-se apresentado, poucas linhas acima, a posição kelseniana acerca do tema.

¹⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 304-305.

¹⁴¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 305.

¹⁴² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 305. Conforme explica o autor (p. 245), âmbito normativo e programa normativo não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o “verdadeiro sentido” dos textos normativos em termos do tipo definido e juridicamente

Esse novo constitucionalismo, compromissório e diretivo, altera, portanto, a teoria das fontes que sustentava o positivismo, vindo os princípios a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há um princípio que não a deixa se desvencilhar do mundo prático), já que o modelo do conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo. É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem, a partir de uma pós-metafísica de (re)inclusão da facticidade que atravessará o esquema sujeito-objeto (subjetivista e objetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão.¹⁴³

Ocorre que os princípios, de um lado, foram responsáveis por propiciar a mudança paradigmática do neoconstitucionalismo, da necessidade de rompimento com o positivismo jurídico e do resgate da moral, da justiça e da legitimidade ao Direito, mas, por outro lado e em nome de tudo isso, acabaram por ter seu papel supervalorizado, devolvendo ou mantendo na prática jurisdicional o mesmo problema que o positivismo jurídico impunha: a discricionariedade.

Sem sombra de dúvidas, essa questão está a colocar a jurisdição atualmente praticada em xeque (crise), pois, em que pese o Estado Contemporâneo já ter rompido em parte com a concepção do paradigma liberal-burguês (com a vinda dos direitos fundamentais e por meio da imperatividade da justiça social/material), a nova

“correto” do uso da língua no respectivo contexto normativo. A função de escolha e de delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixá-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma.

¹⁴³ Conforme STRECK, Lenio Luiz. Prefácio da obra de HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Como bem explica Ernildo Stein, a racionalidade se define a partir da linguagem, indo até o ponto em que, na perspectiva epistemológica, temos que dar conta da seguinte questão: o que significa para o ser humano que só se chega aos objetos via linguagem? Podemos dizer que existem pressupostos de diversos tipos. Todos eles de caráter epistemológico, que analisam essa característica dos seres humanos: ter experiência, ter acesso aos objetos através da linguagem. De outro lado, prossegue Stein, esta epistemologia lógico-semântico-natural, esta epistemologização tem, de certo modo, a deficiência de não perceber que a verdade das proposições não é inteiramente fundamentada na sua forma lógica. As proposições dependem, pois, do contexto em que são situadas, de seu contexto histórico, cultural e até subjetivo. Por isso, é preciso interpretar a linguagem, interpretar as proposições e talvez descobrir que há uma verdade que é o lugar da proposição. Mais adiante, o autor sustenta que não se tem acesso pleno ao objeto a não ser via significado, motivo pelo qual conhecemos algo como algo. Portanto, a filosofia trata da linguagem enquanto linguagem como suporte de todo o acesso ao mundo dos objetos. A linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que se expressa senão via linguagem, sendo este elemento o *como* e o *logos hermenêutico*. (Conforme STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. Ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 20-21.)

concepção trazida pelo neoconstitucionalismo ainda não rompeu com a discricionariedade positivista, em virtude da desmedida aplicação dos princípios.

A ideia da distinção qualitativa entre regras e princípios, com a Constituição sendo encarada como um sistema aberto de princípios e permeável a valores jurídicos suprapositivos (nos quais a justiça e os direitos fundamentais desempenham papel central), como pilar da “moderna dogmática constitucional” ou como “fundamento para uma dogmática constitucional transformadora”, acabou por impor um consenso doutrinário de aplicação da teoria da argumentação (especialmente a alexyana), sustentando, em síntese, que regras se aplicam sob a forma de “tudo ou nada” (mediante subsunção) e que princípios contêm carga valorativa, devendo serem aplicados por “dimensão de peso ou importância” (mediante ponderação).¹⁴⁴

Contudo, essa ideia é aplicada na prática jurisdicional brasileira à luz da “ponderação” da consciência de cada juiz. Ora, no positivismo jurídico os “casos difíceis” eram (assumidamente) deixados a cargo da discricionariedade judicial; já na teoria da argumentação (de, por todos, Alexy) os *hard cases* passaram a ser resolvidos a partir de ponderações de princípios, hierarquizados axiologicamente. Prossegue-se, pois, delegando-se em favor do sujeito da relação sujeito-objeto (subjetividade do intérprete), conforme o próprio Alexy admite (a discricionariedade para o sopesamento dos princípios) expressamente em sua obra.¹⁴⁵

Não fica difícil concluir que, com o advento dos princípios constitucionais, parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-los como um sucedâneo dos princípios gerais de direito ou como sendo o suporte dos valores da sociedade. Os princípios são utilizados para resolver os “casos difíceis” ou “corrigir as incertezas da linguagem”. A proliferação de princípios acaba por enfraquecer a autonomia do direito e a força normativa da Constituição, pois grande parte desses princípios é utilizada em discursos com pretensões de correção. Esse “panprincipiologismo” é, pois, caminho perigoso para um retorno ao velho positivismo kelseniano/hartiano: na falta de regra adequada, o intérprete lança mão da

¹⁴⁴ Teses enfrentadas pela maioria esmagadora da atual doutrina constitucional brasileira. Por todos esses, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

“principiologia”, voltando-se ao antigo *non liquet*. Qualquer resposta passa a ser correta, construindo-se os casos a partir de graus zeros de significado.¹⁴⁶

As decisões judiciais não podem ser tomadas conforme a consciência do julgador, ou seja, não podem ser tomadas a partir de critérios pessoais. Sempre vai existir uma resposta correta (adequada à Constituição), não podendo, sob pena de ferimento ao princípio democrático, depender da consciência do juiz. A hermenêutica vai responder ao problema da relação entre teoria e prática: um contexto intersubjetivo de fundamentação no interior do qual tanto o conhecimento teórico quanto o conhecimento prático se dão na abertura do pré-compreender estruturante, extraindo-se a ideia de resposta correta e de institucionalização do mundo prático pelos princípios.¹⁴⁷

Por isso, os princípios possibilitam um “fechamento interpretativo”¹⁴⁸ contra decisionismos judiciais, cujo conteúdo normativo é retirado de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, são, assim, vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum da sociedade. Por isso, os princípios têm o *status* da constitucionalidade e são deontológicos. Os princípios são obrigações jurídicas, não podendo ser utilizados como métodos de correção e nem como mandados de otimização.¹⁴⁹

Lenio Streck, em sua *Nova Crítica do Direito*, apresenta a necessidade de uma análise antimetafísica¹⁵⁰ do fenômeno jurídico, porque, a partir da viragem linguística, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 475-476 e 493. Explica o autor (p. 494) que o direito ainda é um modelo de regras e, por isso, os princípios constitucionais que emergem da tradição do segundo-pós-guerra são apenas uma nova versão, mais sofisticada, do modelo dos princípios gerais de direito, já existente ao tempo das metodologias jurídicas que influenciaram o pensamento jurídico no período que sucedeu a codificação. Os princípios, assim, representa(va)m um reforço da razão prática para o direito que seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão. Essa tese ainda é prisioneira do solipsismo do sujeito epistemológico da modernidade. Na teoria da argumentação, para a qual os princípios são mandados de otimização, os velhos princípios gerais de direito ainda vigoram, acrescentados com predicados morais, inclusive sobrepondo, eventualmente, a moral sobre o próprio direito.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 60-61.

¹⁴⁸ Expressão de Lenio Streck.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 35-50.

¹⁵⁰ Clássica (paradigma aristotélico-tomista) e moderna (filosofia da consciência).

deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo. É impossível desprender o intérprete da circularidade da compreensão, devendo-se sempre escutar primeiro o que diz a linguagem, pois a compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior.¹⁵¹

Portanto, a linguagem, como condição de possibilidade, já que supera o esquema sujeito-objeto e é comandada pela “coisa mesma”, torna-se relevante para o direito, pelo fato de que o pensamento dogmático (positivista, sustentada em um discricionarismo no sentido forte), por ser objetificador e pensar o direito metafisicamente, esconde a singularidade dos casos, obnubilando o processo de interpretação jurídica.¹⁵²

Eis a especificidade do direito: textos são importantes (não há norma sem texto) e não podem ser ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto, mas os textos não carregam seu próprio sentido, pois textos dizem sempre respeito a algo da faticidade. Por isso, interpretar um texto é aplicá-lo, saltando-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Trata-se, enfim, de se superar os dualismos que caracterizam o pensamento metafísico (clássico e moderno), não havendo um sujeito separado de um objeto.¹⁵³

O Direito passa a ser compreendido a partir desse novo lugar destinado à linguagem, nessa terceira etapa da história do conhecimento: na metafísica clássica, a preocupação era com as coisas; na metafísica moderna, com a mente, com a consciência; já no paradigma exurgente da invasão da filosofia pela linguagem, a preocupação é com a palavra, com a linguagem. Não há essências e não definimos a realidade a partir de nossa consciência assujeitadora do mundo. A linguagem não está à disposição do sujeito; este depende daquela. Nessa linha, o Direito e os fatos sociais não são mais separados do intérprete. Não se fala mais, pois, em relação sujeito-objeto, mas

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 163.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 164.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 165.

sim em uma relação sujeito-sujeito. É isso que constitui a superação do paradigma da filosofia da consciência.¹⁵⁴

Nessa senda, é a partir da aplicação da diferença ontológica ao direito, realizada por Lenio Streck, com a ruptura com as dicotomias texto-norma e vigência-validade, que se mostra possível a superação de qualquer pretensão subjetivista (para qual o texto perde importância, podendo o intérprete atribuir qualquer norma ao texto, a partir de um conjunto de valores) e qualquer pretensão objetivista (pelo qual a norma estaria contida no texto), sendo, assim, a hermenêutica filosófica o caminho para a superação das insuficiências das teorias discursivas e da argumentação.¹⁵⁵

O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito quer, na verdade, combater a discricionariedade judicial, própria do paradigma positivista, visando superá-lo exatamente pela diferença entre regras e princípios (além da nova teoria das fontes e do novo modelo hermenêutico que supera o modelo exegético-subsumtivo). É que, por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”, fechando, assim, a interpretação (ao contrário, pois, do que sustentam as teorias discursivas e da argumentação).¹⁵⁶

O neoconstitucionalismo e a nova concepção de direito no Estado Contemporâneo, com intenção de combater o positivismo e devolver ao pensamento jurídico os valores e a justiça, vieram a encarar os princípios como condição de possibilidade desse “novo paradigma”, mas sustentando que os princípios seriam “cláusulas abertas”, contendo espaço reservado à “livre atuação da subjetividade do juiz”, a fim de permitir a inserção dos valores e da justiça nos casos concretos. É essa última parte que deve ser rompida, através da hermenêutica.

O juiz tem a responsabilidade (ética e constitucional) de proteger os direitos e garantias fundamentais, contidos na Constituição da República. O “sentido” desses direitos e garantias fundamentais exsurgirá da pré-compreensão que ele tem da Constituição, não estando à sua disposição a atribuição (solipsista) desse sentido da

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 222-223.

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 165-166.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 166.

maneira que bem entender, não estando a palavra ao bel-prazer do intérprete. A tradição faz com que o intérprete não possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, como diz Lenio Streck, já que, como homem, está sempre inserido em uma determinada tradição, como ensina Gadamer.¹⁵⁷

Os precedentes, dessa forma, têm valor inestimável para a aplicação dos princípios constitucionais. Mas a continuidade na tradição não implica uma repetição automática do que foi decidido anteriormente (com a aplicação indiscriminada de verbetes, súmulas e ementas, como ocorre atualmente na prática judiciária brasileira). Na verdade, a postura do juiz frente à tradição é a de diálogo, não de submissão.¹⁵⁸

De outra banda, acreditar que os princípios são normas que se caracterizam pela abertura e possibilidades de criação conferidas ao intérprete para que este os aplique em conformidade com valores éticos no caso concreto apenas efetiva a discricionariedade positivista. É antidemocrático delegar ao juiz o preenchimento conceitual concedido pela suposta “abertura principiológica”. Em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, em que os princípios resgatam o mundo prático (preocupando-se o direito com a democracia e a legitimidade), não é possível que se

¹⁵⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 178-179. Para Gadamer, a investigação das ciências do espírito não pode ver-se a si própria em oposição pura e simples ao modo como nos comportamos com respeito ao passado na nossa qualidade de seres históricos. Em nosso constante comportamento com relação ao passado, o que está realmente em questão não é o distanciamento nem a liberdade com relação ao transmitido. Ao contrário, encontramos-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmo no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição. (Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisada por Enio Paulo Giachini. 10. Ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 374.)

¹⁵⁸ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 100. No Brasil, as súmulas vinculantes foram uma tentativa de aplicação da regra do *stare decisis* da *common law*. Entretanto, embora haja essa inspiração, os institutos da súmula vinculante e do *stare decisis* têm significativas diferenças. A prática judiciária brasileira, ao limitar-se ao exame da ementa da súmula, não adentra no exame das circunstâncias relevantes ao caso concreto que deram azo à construção da própria súmula. Nos EUA, ao contrário, esse exame das circunstâncias do caso concreto (os fatos) é uma prática cotidiana. [Conforme CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. **Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 107.]

entregue à convicção pessoal do juiz a tarefa de preencher lacunas a partir da “descoberta” de valores que estariam em uma metajuridicidade.¹⁵⁹

O *direito como integridade*, de Dworkin, requer que os juízes assumam que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e devido processo, requerendo deles, assim, que efetivem esses princípios nos casos novos que venham perante eles, de modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa de acordo com as mesmas normas. Esse estilo de adjudicação respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípio.¹⁶⁰ Trata-se da necessidade de integração do direito. Certamente o “panprincipiologismo” à brasileira compreendeu mal essa lição dworkiniana.

Seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse que princípios autorizassem o juiz a buscar, em outros espaços ou fora dele, as fontes para complementar a lei ou a própria Constituição, à revelia do processo legislativo competente, pois qualquer Tribunal poderia “construir” princípios que substituíssem ou derogassem até mesmo dispositivos constitucionais. Esse é o problema do positivismo, pois permite ao juiz que, diante dos “casos difíceis”, faça a “melhor escolha”.¹⁶¹

Através dos princípios se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas para cada caso concreto, jamais provindo de um discurso adjudicador (de

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 166-167.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica Guido Sá Leitão Rios. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291. Dworkin ilustra, nessa mesma obra (p. 275-279), a sua tese de integridade com a imagem de um romance em cadeia, em que cada julgador é o escritor de um capítulo de um livro em construção. Esses romancistas, no exemplo do autor, tomam a responsabilidade de continuidade a sério, porque pretendem criar, da melhor forma possível, um romance único e coeso. Nesse contexto, cada escritor fica adstrito a criar um texto que seja coerente com o que os seus predecessores já escreveram. Assim, os precedentes ganham o *status* de indícios formais para guiar a interpretação de um juiz sobre o que constitua o direito em sua integridade.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 168-169. Não é por outro motivo, prossegue o autor (p. 169-170), que parte considerável da doutrina reproduz a posição dos Tribunais, pois estes elaboram uma espécie de versão positivista de “discursão de fundamentação prévia”, estandarizando a cultura jurídica (por meio de súmulas, verbetes, ementas). A dogmática jurídica realiza, pois, conceitualizações prévias. Trata-se, na verdade, de uma adaptação darwiniana do positivismo jurídico face à crescente judicialização do direito, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. Os princípios, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passam a ser anulados por conceitualizações, que acabam por transformá-los em “regras”, voltando tudo à origem, com o sacrifício da singularidade do caso concreto.

fora), mas, sempre, de uma co-originariedade. As regras recebem dos princípios suas espessuras, seus significados, sendo, por meio da *diferença ontológica*¹⁶², que o positivismo é invadido pelo mundo prático (ao mesmo tempo em que o mundo prático é introduzido na filosofia – giro ontológico-linguístico, no Direito há uma revolução).¹⁶³

Ora, não existe texto em si mesmo. Do texto sairá sempre uma norma e esta será sempre o produto da interpretação do texto. Sendo assim, da mesma forma que não há equivalência entre texto e norma, estes não subsistem um sem o outro: esta é a diferença ontológica, como denomina a fenomenologia hermenêutica. Portanto, a norma não é a uma capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo”, ela é a construção hermenêutica do sentido do texto, que se manifesta por meio da *applicatio*.¹⁶⁴

Nesse sentido, “conceitos” que tenham a pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação, nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico. Por isso, Lenio Streck sustenta que a hermenêutica filosófica, com os aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós-positivista e pós-metafísico, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre se lembrando da tradição, da coerência e da integridade, a fim de superar o esquema sujeito-objeto.¹⁶⁵

Portanto, a decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superando-se a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), pois a interpretação do direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o

¹⁶² O que Heidegger quer dizer com a expressão “diferença ontológica” é que há diferença do ser em relação a todo ente. Nenhum homem sabe, no fundo, o que o conceito “o ser” designa, e, apesar disso, todos têm uma primeira pré-compreensão ao ouvirmos a palavra “ser” e compreendemos que aqui o ser, que cabe a todo ente, é elevado desde então ao nível do conceito. Com isso, ele é diferenciado de todo ente. “Ser” mostra-se “no” ente e nisso já reside a questão sobre o que significa o fato de o ente se “dar”. Por isso, o pensamento gadameriano se encontra desde o início sobre o caminho da diferenciação do ente em relação ao ser. (Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Vol. I: Heidegger em retrospectiva. 2. Ed. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 92-93.)

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 171.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 314-315.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 543-544.

todo é entendido pela parte e a parte só adquire sentido no todo), sendo que o sentido hermenêuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente da prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade do direito e a tradição (como condição de possibilidade).¹⁶⁶

Essa decisão constitucionalmente adequada ocorrerá na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitando a discricionariedade e respeitando a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. A intersubjetividade, que se instaura com o giro ontológico-linguístico, exige que no interior da própria linguagem se faça o necessário controle hermenêutico.¹⁶⁷

Evidentemente que não se ignora o fato de as lides forenses, frequentemente, tornarem-se extremamente obscuras em virtude das questões de fato trazidas pelas partes, que certamente abarcarão diversas situações fático-jurídicas que deverão ser consideradas pelo Magistrado no julgamento do caso concreto. Essas circunstâncias devem ser levadas em conta pelo juiz ao fundamentar sua decisão, mas este não dispõe de discricionariedade para decidir para um lado ou para outro discricionariamente. Se a hermenêutica permeasse o imaginário dos juristas (daquela maioria ainda renitente), quebrar-se-ia a possibilidade de discricionariedade judicial (e, portanto, de positivismo) – fazendo democracia na jurisdição e efetivando, enfim, o Estado Democrático de Direito, ainda pendente de acontecer já na segunda década do século XXI.

Após o aporte dos referenciais teóricos adotados no presente trabalho, o próximo capítulo trará a hermenêutica como condição de possibilidade para o acontecimento efetivo de uma tutela de urgência satisfativa (especialmente autônoma) no processo civil brasileiro, iniciando com um histórico (das tutelas de urgência e sua aplicação/utilização no direito brasileiro), passando pela demonstração da imperatividade da adoção da verdade hermenêutica e encerrando com a análise de algumas questões práticas e das perspectivas futuras (levando em conta, por óbvio, o Projeto do novo Código de Processo Civil).

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 546.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 572-574.

PARTE II – DEMOCRACIA, JURISDIÇÃO E TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA (AUTÔNOMA)

2.1 Das cautelares satisfativas à proposta de procedimento satisfativo sumário pelo Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro

Em breve esboço histórico acerca da origem da tutela cautelar, poder-se-ia dizer que esta teve origem na Lei das XII Tábuas, através de dois meios preparatórios de uma execução forçada com caráter tipicamente privado: a figura do *addictus* e a figura do *nexus*. No *addictus*, a pessoa do devedor consistia a garantia do crédito. Essa medida enquadrava-se numa atividade de conservação com caráter eminentemente privatístico, onde o Estado somente se fazia presente a fim de evitar o excesso de autodefesa, mantendo a paz social. Por sua vez, o *nexus*, mais especificamente cautelar, era um meio de garantia e não constituía uma relação obrigacional, mas uma extensão desta.¹⁶⁸

No Direito Romano havia o princípio *melius est ante tempus accurrere, quam post causam vulneratam recursum quaerere*, fonte embrionária da tutela preventiva do direito. Existiam, lembrando sempre que o processo tinha natureza privada, a *legis actio per sacramentum*, a *operis novi nunciatio* e a *cautio damni infecti*. A *legis actio per sacramentum* era uma ação acautelatória geral, pois se agia por *sacramentum* em todos os casos para os quais a lei não estabelecia um processo especial. Por sua vez, a *operis novi nunciatio*, instituto antigo do *juris civilis*, servia para impedir que o vizinho, com a construção de uma obra nova, pudesse de alguma forma evitar o curso natural da água, dividindo-se em duas fases, uma extrajudicial (intimação do vizinho para interromper a obra) e uma judicial (*imperium* de um pretor impondo o dever de trancar a obra)¹⁶⁹. Por

¹⁶⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 138.

¹⁶⁹ Essa ação é contemplada, de forma mais ampla, pelo nosso direito atual, no art. 934 e seguintes do Código de Processo Civil (Ação de Nunciação de Obra Nova):
Art. 934. Compete esta ação:
I – ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado;
II – ao condômino, para impedir que o co-proprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum;

fim, a *cautio damni infecti* consistia em uma ordem/*imperium* do pretor a título de interdito proibitório, impondo uma garantia na prestação da *cautio*, a fim de obter uma espécie de medida cautelar.¹⁷⁰

O Direito Germânico contribuiu de forma intensa para construção das medidas cautelares (assim como para toda a “ciência” processual). No mundo germânico, dominou, fundamentalmente no século XII, a execução privada sobre a pessoa ou bens do devedor. Para se ter certeza de que a execução (futura) seria eficaz, se fazia uma espécie de execução antecipada, primeiro sobre a pessoa e depois sobre os bens do devedor. As medidas cautelares, no direito germânico, eram inseridas no sistema do próprio processo executivo, como medida tipicamente processual. Visavam tais medidas, pois, evitar a perda do objeto da prestação (de dar, fazer ou não fazer), por parte do credor, ou, ainda, defender a esfera jurídica do cidadão jurisdicionado.¹⁷¹

A *référé* francesa, a seu turno, que aparece também noutras legislações europeias, era uma jurisdição de urgência para resolver as dificuldades da execução, de forma sumária e provisória, dirigida ao Presidente do Tribunal. Tratava-se de uma espécie de poder geral de cautela mais amplo. O interessante é que o próprio instituto não poderia, como fora elaborado, incidir sobre o mérito; entretanto, na prática, na maioria das vezes antecipava medidas satisfativas de direito.¹⁷²

Esse um brevíssimo histórico referente aos primórdios das cautelares. Tendo em vista o presente ponto deste trabalho iniciar-se a partir do processo cautelar propriamente dito (autônomo), particularmente com o intuito de analisar o histórico da tutela cautelar e a sua relação com as tutelas de urgência satisfativas, o esboço, a análise e a crítica das tutelas de urgência em sentido amplo que se fará a seguir partirão da segunda metade do século XIX, pois é a partir desta quadra da história que se iniciaram, na ciência processual, os estudos de um processo verdadeiramente cautelar. Como se viu linhas acima, anteriormente ao momento histórico de onde se iniciará o presente estudo, existiram provimentos que podem ser considerados acauteladores, mas não

III – ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura.

¹⁷⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 139-140.

¹⁷¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 140-141.

¹⁷² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 141.

concebiam um processo próprio e sistematicamente cautelar. Por isso, a análise mais aprofundada iniciar-se-á pela segunda metade do século XIX.¹⁷³

O processo civil (autônomo) nasce na Alemanha, no final do século XIX, profundamente influenciado pela Pandectística¹⁷⁴. Isso irremediavelmente marca o direito processual com uma característica cientificista, que acaba por determinar sua neutralidade em relação à cultura. O programa alemão para ciência do processo é encampado pela doutrina italiana da primeira metade do século XX, daí aportando para o direito brasileiro.¹⁷⁵ Em virtude da escola italiana ter influenciado diretamente o direito processual civil brasileiro, o histórico do processualismo na Itália, particularmente a tríplice Chiovenda-Carnelutti-Calamandrei, é o tema específico que merecerá maior atenção no presente momento deste trabalho, sem, por óbvio, pretender

¹⁷³ Há farta doutrina que apresenta o histórico das medidas acauteladoras no Direito anterior ao da segunda metade do século XIX. Vide: MIRANDA, Pontes de. **História e prática do arresto ou embargo**. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, p. 9 e seguintes; TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 113; RIBEIRO, Darci Guimarães. **Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada**. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, ano 24, nº 70, p. 56 e seguintes, julho de 1997; NERY JÚNIOR, Nelson. **Do processo cautelar**. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, nº 39, p. 178 e seguintes, jul-set 1985; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. Ed. V. 1, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 99 e seguintes; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27 e seguintes. Entre outras.

¹⁷⁴ Na Alemanha, Bernhard Windscheid foi o autor do *Tratado dos Pandectas*, que deu origem ao movimento que ficou conhecido como *pandectismo*, por dedicar-se à pesquisa dos *Pandectas* ou *Digesto* de Justiniano. Esse movimento encarava a lei como um produto resultante da história de um povo e da “vontade racional” do legislador. Ocupando uma posição intermediária entre a compreensão do espírito de um povo, com manifestação da lei, e o mais puro apego ao texto da lei, o pandectismo supera a Escola Histórica e influencia, de modo decisivo, o surgimento da codificação, na França pós-revolução. O movimento pela codificação, na França, tem como principal referência doutrinária a Escola da Exegese, que advoga o princípio da completude do ordenamento jurídico e não deixa espaço para o direito natural. (Conforme BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 329 e 330.) Daí a ciência processual ter surgido com essa “necessidade” de separação absoluta entre direito processual e direito material, pois idealizada dentro de um momento histórico em que os fatos eram separados do direito e que a discricionariedade judicial imperava em virtude da “liberdade” que o julgador tinha em decidir casos não positivados na lei à luz da analogia e dos princípios gerais de direito (esta última parte, referente à discricionariedade, aparece no positivismo normativista, após, pois, o exegeticó – este sustentava a aplicação plena da lei, fundado num sistema fechado de regras; aquele reconhecia a impossibilidade de um fechamento semântico do direito, construindo um modelo interpretativo calcado em procedimentos cuja função era descobrir os valores presentes num novo direito, a partir de então com princípios e com textura aberta – Kelsen, Hart e Ross).

¹⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid**. In JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela. (organizadores). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 127.

esgotar o tema, mas sim situar a questão como um todo, a fim de discutir os problemas atuais enfrentados pelo processo civil brasileiro em decorrência da influência recebida.

No Direito Italiano, a evolução da autonomia da tutela cautelar pode ser repartida, *ab initio*, em três momentos. No primeiro, com a obra de Mattiolo, surgiam os institutos do sequestro e da denúncia de obra nova, que eram incidentes processuais de natureza provisória, dos quais se extraiu o escopo cautelar. Num segundo momento, tiveram os ensinamentos de Mortara, com o sequestro na pessoa do devedor. Na terceira fase deste desenvolvimento científico, tem-se a obra de Chiovenda, que tratou de forma unitária o tema nevrálgico da tutela cautelar. Este último sustentou que existem medidas acautelatórias capazes de assegurar um possível dano a um direito ou a um possível direito, antes de se declarar a vontade concreta da lei, traduzida no processo principal (e após cognição exauriente), vinculando-se, diretamente, a tutela cautelar com o processo principal.¹⁷⁶

A partir de Chiovenda, surgiram outros estudiosos que dissertaram acerca da tutela cautelar (na forma autônoma, inovadoramente concebida pelo Mestre), sempre à luz das suas ideias, desenvolvendo, assim definitivamente, o tema da tutela cautelar. Os principais foram Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei¹⁷⁷. Observar-se-á os ensinamentos de Chiovenda para, dali em diante, partir aos estudos de Carnelutti e Calamandrei, demonstrando, enfim, as influências sobre o direito processual civil praticado no Brasil.

Como se disse, havia sido com Chiovenda, no início do século XX, que estudos mais significativos no sentido de sistematizar o processo cautelar surgiram. Segundo o mestre italiano, à parte jurisdicionada assistia o direito de uma “mera” ação, ainda que não existente o direito (que se verificaria ao final da ação principal), baseada em cognição sumária, pois a urgência inerente a ela não permitia um exame senão

¹⁷⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 142-143.

¹⁷⁷ Outros autores italianos contribuíram para a construção do tema da tutela cautelar na Itália, como, por exemplo, Enrico Redenti, Enrico Allorio, Carlo Calvosa, Ramiro Podetti e Gian Antonio Micheli, mas que não foram tão substanciais à formação do estudo sobre processo cautelar realizado no Brasil como foram Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei. Ademais, a intenção do histórico no presente trabalho, como já se disse, é ser breve. Ver, para tanto e entre outros: MARINS, Victor A. A. Bomfim. **Comentários ao código de processo civil, v. 12: do processo cautelar, arts. 813 a 889**. Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 165 e seguintes.

superficial sobre o direito ou possibilidade de direito.¹⁷⁸ Chiovenda entendeu que a tutela cautelar era dissociada do direito acautelado, e por isso possuía caráter provisório, reconhecendo, assim, que a cognição só poderia ser sumária e, além disso, que haveria responsabilidade objetiva do requerente caso a medida viesse a ser revogada. Esse o grande mérito do Mestre em direção à uma ciência do processo cautelar.¹⁷⁹

Pouco tempo depois, Carnelutti também começou a desenvolver estudos sobre o processo cautelar, a fim de dar sistematização a fatos durante a lide. Em 1926, apresentou projeto de reforma do código italiano, o qual, em seu art. 324¹⁸⁰, com título “dos provimentos cautelares”, reconheceu um “poder geral de cautela” ao juiz, para afastar perigos de danos ao direito controvertido¹⁸¹, definindo a cautelar como “tutela do processo”¹⁸². Pelas ideias de Chiovenda e Carnelutti, ambos juristas que gozavam de enorme prestígio na Itália, o procedimento cautelar tomava corpo no sistema processual italiano.

Na esteira dessas noções, Piero Calamandrei realizou, pela primeira vez, obra específica sobre o tema, denominada *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, sustentando com vigor a função instrumental da tutela cautelar diante do processo principal, e confirmando seu caráter provisório. Ademais, Calamandrei frisou que os procedimentos cautelares nunca constituem um fim em si mesmos, pois eram preordenados a resguardar o resultado prático da ação principal, ou seja, a serviço do procedimento definitivo. Em relação a esta situação, Calamandrei sustentou que os provimentos cautelares tinham uma instrumentalidade qualificada, elevada ao quadrado (ou também instrumentalidade hipotética), em razão de serem um meio para a aplicação do direito (definitivo). Eram, assim, o instrumento do instrumento, para evitar o perigo na demora.¹⁸³ Essas foram, em suma, as ideias

¹⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. Tradução: Paolo Capitanio, 1. Ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 332-334.

¹⁷⁹ CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 08.

¹⁸⁰ Art. 324. Quando do estado de fato de uma lide surja razoável temor de que os litigantes cometam violências, ou que antes da decisão da lide ocorram atos tais que possam lesar de modo grave e de difícil reparação o direito controvertido, ou no processo uma das partes se encontre em condições de grave inferioridade frente à outra, o juiz poderá determinar os provimentos provisórios idôneos para evitar que o perigo se efetue.

¹⁸¹ CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 09.

¹⁸² CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. Vol. 1. Campinas: Servanda, 1999, p. 90.

¹⁸³ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 40-42.

italianas acerca dos procedimentos cautelares que foram encampadas no direito brasileiro, a partir da influência de Enrico Tulio Liebman.

Liebman trouxe ao Brasil as ideias da doutrina italiana¹⁸⁴, tanto que o Código de Processo Civil de 1973 adotou a concepção de tutela cautelar de Piero Calamandrei, com alguma influência de Carnelutti, em razão da instrumentalidade e provisoriedade dos procedimentos cautelares, e de ter sido estabelecido como um terceiro gênero de processo¹⁸⁵. Segundo as lições trazidas dos italianos, e abarcadas no diploma processual civil brasileiro de 1973, o fundamento do processo cautelar foi desde então proteger o processo principal, deste sendo sempre dependente. Portanto, o processo cautelar nunca seria um fim em si próprio, mas teria (apenas) a função de assegurar um posterior procedimento definitivo (e de mérito), ou seja, um proveito prático. Era por isso que Calamandrei enxergava nas tutelas cautelares uma instrumentalidade *hipotética*, eis que instrumento do instrumento, quer dizer, instrumento à serviço do instrumento de realização do direito substantivo. E hipotética porque a medida cautelar era concedida para a hipótese de que aquele que a pleiteia tenha razão (no processo principal).¹⁸⁶

¹⁸⁴ Liebman deixa a Itália por conta das agitações oriundas do clima da Segunda Guerra Mundial. Depois de passar um tempo em Montevidéu, onde foi acolhido por Eduardo Couture, rumou para o Brasil, para lecionar, primeiro em breve período na Universidade de Minas Gerais, para logo depois fixar residência em São Paulo, onde ficou até 1946. Liebman trouxe ao Brasil toda a cultura processualística europeia. Em São Paulo, Liebman passou a ministrar aulas no Curso de Extensão Universitária, oferecido pela USP. Mais intimamente, o mestre italiano recebia em sua própria residência um grupo seletivo de alunos, todos os sábados, das 15 às 17 horas, para dialogar sobre os problemas da ciência processual. Um de seus alunos foi Alfredo Buzaid, idealizador do Código de Processo Civil de 1973. (Conforme MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid**. In JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela. (organizadores). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 115.)

¹⁸⁵ Calamandrei negava o caráter de terceiro gênero de processo aos procedimentos cautelares, sustentando que a instrumentalidade (ao quadrado) não se contrapunha aos processos de conhecimento e execução, assumindo, em virtude de sua finalidade, a identidade dos outros. Assim, Calamandrei negou o caráter autônomo formal das cautelares (poderiam, nessa senda, ser medidas de instrução antecipada; medidas para garantir a execução forçada; medidas de antecipação provisória; ou medidas de caução processual). (Conforme CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 114.) Por sua vez, Canelutti sustentou que o processo cautelar seria sim um terceiro gênero de processo contencioso, junto aos processos de cognição e execução, pois o pressuposto da cautelar seria a própria lide. (Conforme CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápole: Morano, 1958, p. 355-357.) A intenção de Carnelutti, ao reunir a provisoriedade e a instrumentalidade com a autonomia e a modalidade de tutela diferenciada (terceiro gênero), era proteger não o direito material propriamente dito, mas sim a utilidade e eficácia da prestação jurisdicional (principal e definitiva). (Conforme CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13.)

¹⁸⁶ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência: de Piero Calamandrei à Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 21-27.

O processo cautelar, pois, era visto por Liebman como um *tertium genus* jurisdicional, que se destina a assegurar e garantir o desenvolvimento e o resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo mediatamente para a consecução dos objetivos da jurisdição, em conformidade com as lições carneluttianas. Acentua, nessa linha, a unitariedade do procedimento cautelar, ao descrever que o provimento que autoriza a medida cautelar e aquele que eventualmente a realiza são indispensáveis, como atos do procedimento que conduzem à atuação da própria medida. Ademais, Liebman sintetizou duas condições para a concessão das medidas cautelares: a provável existência de um direito, cuja tutela se pedirá num processo principal (*fumus boni juris*); e o fundado temor de que, enquanto se atende àquela tutela (principal), venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis a ela (*periculum in mora*).¹⁸⁷

Nessa linha de raciocínio, o Código Buzaid (1973) marca a consagração do processualismo no Brasil, relevando na sua disciplina as lições da Escola Histórico-Dogmática italiana, propondo como esquema para a tutela dos direitos o trinômio processual cognição – execução forçada – cautela. Esse diploma processual teve em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força no neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração, como referencial substancial, o Código (Civil) Beviláqua, redundando na construção de um processo civil individualista, patrimonialista e, portanto, dominado pelos valores da liberdade e da segurança (próprios do Estado Liberal Clássico), pensado a partir da ideia de dano e vocacionado tão-somente para a prestação de tutela jurisdicional repressiva.¹⁸⁸

Oportuno ressaltar que o conceito de ato ilícito pressuposto pelo Código Beviláqua (Código Civil de 1916) obviamente concorreu em enorme medida para esse caráter puramente sancionatório da atividade jurisdicional na legislação de 1973. Para o legislador de 1916, ato ilícito constituía ato contrário a direito, praticado com dolo ou culpa, por ação ou omissão, de que decorria dano a alguém (art. 159). Fica evidente a confusão entre ato ilícito, fato danoso e responsabilidade civil. A confusão entre esses

¹⁸⁷ MARINS, Victor A. A. Bomfim. **Comentários ao código de processo civil, v. 12: do processo cautelar, arts. 813 a 889**. Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 0. 163-164.

¹⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid**. In JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela. (organizadores). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 127.

conceitos, dentre outras contingências, impediu o legislador de identificar e disciplinar uma tutela jurisdicional preventiva voltada à inibição, reiteração ou continuação de um ato ilícito ou de seus efeitos, ou, ainda, voltada a remoção do ilícito ou de seus efeitos.¹⁸⁹ Essa situação, aliás, foi discutida no presente trabalho, precisamente nos dois primeiros itens do capítulo anterior.

Essa doutrina era perfeita para coroar e sedimentar a filosofia da *ordinariedade* (de evidente cariz liberal-clássico) – figurada pelo procedimento ordinário, mas, ao mesmo tempo, sem deixar que algumas situações de urgência fossem analisadas pelo juiz, ou seja, eram previstas tutelas de urgências, com codinome de *cautelares*, mas que não teriam, segundo essa doutrina, qualquer relação com o mérito. Os provimentos de urgência eram encarados como “meios administrativos” à disposição do juiz para que a jurisdição futura, definitiva e de mérito fosse assegurada, já que a jurisdição, no sentido estrito da palavra (no sentido liberal-clássico, claro), só poderia ser prestada após cognição exauriente, com o fito de declarar a vontade da lei no caso concreto.

Ora, a eventual decisão judicial, fundada em juízos de verossimilhança, pressupõe que o Magistrado tenha poder de império para conceder uma tutela processual em favor de alguém que, no futuro (após cognição exauriente), pode vir a ter uma sentença de improcedência em seu desfavor. Por este motivo, o eminente Professor Ovídio Baptista da Silva chamou atenção para a razão da recusa de Piero Calamandrei em aceitar a natureza executiva das liminares, pois, segundo o mestre italiano, a execução deveria necessariamente seguir à cognição, jamais anteceder. Nesse ponto, fica cristalino o compromisso com a *ordinariedade*. A partir de então, julgamentos baseados em verossimilhança eram encarados como não-julgamentos, e as concessões de medidas liminares não eram vistas como decisões, haja vista que a doutrina processual moderna identificava julgamento e decisão.¹⁹⁰

Portanto, o Código de Processo Civil de 1973, ao dispor sobre o processo cautelar da forma que dispôs, e sem prever qualquer espécie de tutela antecipatória de mérito, acabou por obrigar os juristas a se utilizarem das chamadas *cautelares-*

¹⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid**. In JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela. (organizadores). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 126.

¹⁹⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e processo na tradição romano-canônica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 98.

satisfativas, com base no art. 798 do Código de Processo Civil¹⁹¹, pois a prestação jurisdicional não poderia prescindir de um mínimo de medidas de urgência. Ora, da simples leitura do referido dispositivo legal, salvo melhor juízo, fica evidente a profunda relação que tais “medidas provisórias” podem ter com a lide, com o mérito do processo principal. Daí a aceitação das “cautelares-satisfativas” entre a promulgação do diploma processual de 1973 e o advento do instituto da antecipação dos efeitos da tutela (de mérito), consubstanciada no art. 273 do CPC¹⁹².

A expansão do processo cautelar, como procedimento cautelar e eventualmente satisfativo, explica-se, portanto, em virtude de uma lógica imanente ao próprio sistema seguido pelo direito brasileiro. Se o juiz jamais podia conceder medidas liminares porque o processo de conhecimento não contém execução simultânea com a cognição, os juristas práticos superavam tal dificuldade, “desordinarizando” o emperrado procedimento ordinário, utilizando-se o procedimento cautelar como alternativa para a sumarização das demandas satisfativas que exigiam tratamento urgente e incompatível com a *ordinariedade*.¹⁹³

Ocorre que a utilização dessa via, embora largamente realizada na prática forense até o advento da antecipação de tutela, não era, nem de longe, o bastante para uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, pois milhares de necessidades urgentes de mérito, fundamentalmente as que requeressem tutelas preventivas, ficavam de fora do bojo aceito por parte da doutrina e da jurisprudência nesse procedimento cautelar inominado, diga-se, expandido. Quer dizer, as necessidades urgentes satisfativas dos direitos materiais ficavam à mercê exclusiva da construção jurisprudencial, à margem da legislação, como subterfúgio à *ordinariedade*.

Nesse sentido se posiciona o entendimento doutrinário de Humberto Theodoro Júnior, para o qual não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é da sua natureza autorizar uma espécie de execução

¹⁹¹ Art. 798: Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

¹⁹² É oportuno registrar que, mesmo após o surgimento do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, muitos Magistrados continua(va)m concedendo “medidas de urgência satisfativas” em ações cautelares inominadas indevidamente propostas, visando a antecipação dos efeitos de uma questão de mérito a ser discutida em processo “principal” futuro.

¹⁹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13.

provisória.¹⁹⁴ Certamente tal entendimento deriva do fato de ter sido o processo cautelar idealizado como instrumento do instrumento (aquela falácia da instrumentalidade hipotética, idealizada por Calamandrei e aceita por grande parte da doutrina nacional), voltado para assegurar a utilidade do direito material objeto de discussão em processo (de conhecimento) posterior. Fica claro que a manobra feita na prática, por meio das “cautelares-satisfativas”, além de serem um atentado à técnica, nem sequer chegava perto de fazer as vezes de uma tutela antecipada satisfativa e, muito menos, de uma tutela de urgência satisfativa autônoma.

Não por outro motivo que, em 1994, foi promulgada a Lei nº. 8.952, introduzindo no Código de Processo Civil brasileiro os artigos 273 e 461. Como se sabe, após a instituição da antecipação dos efeitos da tutela, pelos artigos 273, 461 e 461-A, no Código de Processo Civil, as medidas urgentes de caráter satisfativo, especialmente as que tenham ação ordinária e de mérito próprias, devem ser requeridas no bojo do processo de conhecimento, ficando, a partir de então, o processo cautelar apenas para os casos estritos de tutela cautelar propriamente dita (ressalvadas, claro, as hipóteses de fungibilidade das medidas cautelares e/ou satisfativas requeridas em sede de liminar em processos de conhecimento – como prevê o art. 273, parágrafo sétimo, do Código de Processo Civil).¹⁹⁵

Apesar disso tudo, a jurisprudência ainda segue, em parte, entendendo em algumas hipóteses pelo cabimento da ação cautelar inominada para análise de questões satisfativas (e de forma autônoma), mesmo quando se teria no caso em tela ação própria de conhecimento com a possibilidade de pedido de antecipação de tutela. Apenas a título de exemplo, em meados de agosto de 2010, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou apelação cível em processo cautelar¹⁹⁶, no qual o autor buscava impedir suposta poluição sonora efetivada por um vizinho (demandado) em face do estabelecimento comercial do demandante. Em primeiro grau, a Magistrada

¹⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Leud, 1976, p. 168.

¹⁹⁵ Para um estudo sistemático dos conceitos, requisitos e procedimentos dos institutos da tutela antecipada, da tutela inibitória e da tutela cautelar, e da relação entre tais tutelas, consultar: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo, volume 1: teoria geral do processo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 483-499.

¹⁹⁶ APELAÇÃO CIVIL. DIREITO DE VIZINHANÇA. CAUTELAR INOMINADA. CABIMENTO. No caso, a ação cautelar possui natureza satisfativa, não necessitando do ajuizamento da ação principal de que trata o art. 806, do CPC. Precedentes desta Corte. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70035665728, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 18/08/2010).

extinguiu o feito sem resolução do mérito, por se tratar de questão satisfativa e, por isso, haveria impossibilidade jurídica do pedido em sede de ação cautelar, devendo, pois, a parte perseguir seu direito pela via do procedimento ordinário com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela final.

Apresentado recurso de apelação pela parte autora, os Desembargadores, em votação unânime, decidiram por dar provimento ao recurso de apelo interposto pelo demandante, determinando a baixa dos autos e o prosseguimento da ação em primeiro grau. Isso significa que uma ação jurisdicional, que terá caráter satisfativo e que discutirá (todo) o mérito do direito material de vizinhança posto em causa, será analisada dentro do procedimento cautelar. Em vista disso, um curioso perguntaria: como ficará a coisa julgada material no presente caso? Como ficará a defesa processual do réu, que no procedimento cautelar é muito mais enxuta do que no procedimento ordinário? Trata-se de caso de direito de vizinhança, sendo cabível, pois, a utilização do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, em provável ação ordinária de *dano infecto*, que possibilitaria, não apenas a concessão da medida de urgência em favor do autor, como, por outro lado, ao réu a chance de, no mérito, melhor apresentar sua defesa.

Interessante que tal decisão ocorreu após mais de quinze anos do advento da lei da antecipação dos efeitos da tutela que, como já se viu linhas acima, ainda é insuficiente, mas de alguma forma organiza os requerimentos cautelares e satisfativos. Fruto, sem dúvidas, da enorme confusão que a doutrina e a jurisprudência comete(ra)m com a jurisdição praticada no Brasil, fundamentalmente quando a lei da tutela antecipada ainda não havia sido editada (particularmente entre 1973 e 1994), somada à ainda pendência do paradigma racionalista no imaginário dos juristas, fazendo, até hoje, com que as medidas urgentes satisfativas necessitadas pelas partes não disponham da devida organização (legal, doutrinária e jurisprudencial) e aplicação prática.

Exatamente por isso, o professor Ovídio Baptista da Silva sustenta que os provimentos judiciais de antecipação de tutela satisfativa, dos artigos 273, 461 e 461-A, todos incluídos no atual Código de Processo Civil, pelo fato de terem caído dentro do procedimento ordinário, têm sido tratados como simples decisões interlocutórias, e não como provimentos que efetivamente antecipam tutela de mérito, revelando o artificialismo da solução legislativa e a difícil convivência entre tutela ordinária e tutela

interdital.¹⁹⁷ Nem poderia ser diferente, haja vista o compromisso ideológico que o sistema processual civil brasileiro sempre teve para com o paradigma racionalista surgido do Iluminismo e conseqüência da filosofia da consciência.

A este mister, mais uma vez se traz os ensinamentos da professora Jânia Maria Lopes Saldanha, que lembra da necessidade de se buscar procedimentos mais eficazes para atender às emergências sociais levadas ao Poder Judiciário. Segundo a douta Professora, “arremedos de sumarização, na tentativa de ocupar espaços reservados ao procedimento ordinário, apareceram. Daí foi um passo para a busca da proteção de direitos pela via da cautelarização e da antecipação por meio de medidas antecipatórias de caráter provisório, que são as formas de tutela de urgência em vigor na maioria dos sistemas de tradição civil”.¹⁹⁸

O problema está no fato de que, como se viu linhas acima e no capítulo anterior, a tradição jurídico-processual está acostumada a navegar na certeza, sentindo-se, por isso, em perigo e insegura nas questões que exigem um juízo de verossimilhança, que caracteriza os processos urgentes que antecipam o futuro¹⁹⁹. É esta a questão que deve ser combatida e superada, uma questão estrutural e de paradigma, que precisa ser ultrapassada como condição de possibilidade para o acontecer de uma tutela de urgência satisfativa e autônoma no processo civil brasileiro, o que passará, impreterivelmente, pela hermenêutica, como se verá no próximo ponto deste capítulo.

A medida que antecipa a tutela, mesmo tendo natureza provisória, e como tal destinada a ser posteriormente revogada ou confirmada na decisão definitiva de mérito, diz respeito à uma questão da lide, pois, muitas vezes, interfere de forma irremediável no direito material litigioso. Por isso, o ser do ente da sentença e do provimento que concede a antecipatória é o mesmo, devendo ser considerada a decisão antecipatória

¹⁹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 22.

¹⁹⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências**. In STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Juis (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Anuário 2007, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 38.

¹⁹⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências**. In STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Juis (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Anuário 2007, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 38.

uma verdadeira “sentença liminar”²⁰⁰. A ideia de que, ao conceder a tutela antecipada, o juiz estará proferindo mera decisão interlocutória, é uma exaltação dos dogmas iluministas e das “verdades” da modernidade e também à lógica da certeza. A opção pelo tratamento da decisão concessiva da tutela antecipada como sentença nada mais é do que um ajuste entre processo e direito material.²⁰¹

Em um determinado ponto específico, contudo, discorda-se de Adalberto Hommerding, autor recém citado, o qual, apoiado no eminente Professor Ovídio Baptista da Silva, sustenta que das sentenças liminares deveria ser inadmissível o reexame por recurso, salvo nas hipóteses de erro manifesto, excesso ou abuso de poder, ocorrência de risco de dano grave ao direito da parte que suporta a medida ou análogo risco de dano ao interesse público ou coletivo. Ora, é pouco mais do que evidente que não será nada difícil para o sucumbente desta decisão trabalhar sua fundamentação recursal, qualquer que seja a fundamentação judicial da concessão da medida liminar, dentro de uma das hipóteses trazidas pelo autor citado e pelo saudoso Professor Ovídio. Da mesma forma, não se concorda com esses dois juristas, no que toca ao entendimento de que as medidas antecipatórias são expressão do exercício legítimo do poder discricionário do juiz, pois, em primeiro lugar, se a base filosófica do trabalho é a hermenêutica heideggeriana-gadameriana (e parece ser a base da obra de Adalberto Hommerding), não se pode falar em discricionariedade, e, em segundo lugar, porque dar poderes ao juiz não é o mesmo do que permitir o Magistrado utilizar sua subjetividade (que certamente será assujeitadora), mas sim permitir ao julgador que, em determinados casos, possa executar antes de julgar (rompendo, pois, com o paradigma racionalista).²⁰²

É mais do que imperativo que essas questões relativas às tutelas de urgência devam ser, de uma vez por todas, resolvidas pelo ordenamento jurídico. O que precisa ser introduzido em nosso sistema processual civil é uma tutela de urgência autônoma, seja ela satisfativa ou cautelar. Mas, para tanto, será necessário romper com o paradigma racionalista, enraizado na filosofia da consciência. Não se trata de fazer mais

²⁰⁰ Não se adentrará a fundo no tema das “sentenças liminares” ou “sentenças parciais”, em que pese a riqueza da discussão, haja vista a amplitude das questões daí derivadas. Até porque fugiria ao tema específico do presente trabalho, qual seja, a necessidade de mudança paradigmática para a implementação de uma tutela de urgência satisfativa autônoma.

²⁰¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 218-220.

²⁰² HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 218-220.

leis (e isso ficou bem claro com o julgamento acima apontado), mas sim de modificar toda a estrutura do processo civil brasileiro e o imaginário dos aplicadores. E nada disso se fará sem que se abandone o esquema sujeito-objeto, a partir da hermenêutica. Essa necessária “refundação do processo civil”²⁰³ será estudada no item seguinte.

Entretanto, antes de se abrir a próxima discussão, vale dizer que, em virtude das inúmeras questões controvertidas, doutrinárias e jurisprudenciais, existentes no âmbito do direito processual civil praticado no Brasil, e tendo em vista as incontáveis reformas processuais já feitas no Código de Processo Civil vigente, observou-se a falência do atual diploma processual. Em vista disso, está em tramitação no Senado Federal um Projeto para um novo Código de Processo Civil (nº. 166/2010)²⁰⁴, fato que merece louvor, mas igualmente merece grande atenção e discussão pelos juristas, em virtude da relevância do tema, para que o novo Código efetivamente abarque as necessidades processuais do Estado Democrático de Direito.

No que concerne ao tema relativo ao presente trabalho, o Projeto retira o Livro do Processo Cautelar e repensa as tutelas antecipadas satisfativas (das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa – artigos 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil vigente), unificando todos esses institutos em “tutelas de urgência” (e tutela da evidência), sejam elas cautelares ou satisfativas. Ademais, o Projeto possibilita que essas tutelas sejam requeridas antes ou no curso do procedimento, quer dizer, as

²⁰³ O termo “refundação do processo” é de Angela Araújo da Silveira Espíndola, em texto que sustenta a refundação da ciência processual como condição de possibilidade para a concretização dos direitos fundamentais. A jurista aduz que “discutir a crise do direito e da jurisdição contribui para uma releitura do direito processual civil visando ao desvelamento da função jurisdicional preventiva, ou seja, para a construção das tutelas preventivas, não enquanto preocupação dogmática, mas enquanto superação de uma dogmática que preocupa e não atende a um futuro possível. Em tempos de ‘novos direitos’, não se pode mais ocultar o tempo como fonte do direito e, nessa perspectiva, não se pode falar em promoção e proteção de direitos fundamentais e consolidação de um Estado Democrático de Direito, sem uma refundação do direito processual”. (ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. **A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais.** In CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2009, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62).

²⁰⁴ Para um breve esboço de algumas importantes questões do Projeto do novo Código de Processo Civil, referente às tutelas de urgência, consultar: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo, volume 1: teoria geral do processo.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 500-502.

cautelares e as antecipações de tutela poderão ser pleiteadas em caráter antecedente e autônomo.²⁰⁵

O que pretende o Projeto é que não seja mais necessário propor a ação cautelar inominada ou propor a ação principal e requerer, em sede de liminar, a antecipação da tutela, para obter uma tutela de urgência satisfativa. Assim, a ação cautelar inominada utilizada para qualquer coisa será, finalmente, desnecessária, ou seja, não se terá mais que assassinar a boa técnica pra conseguir uma tutela de urgência satisfativa autônoma, encerrando a confusão sobre o cabimento ou não das ditas “cautelares-satisfativas”. Esse é um dos grandes passos a serem dados por um processo civil que intenta efetivamente vigorar dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Por óbvio, o Projeto tem inúmeras questões ainda controvertidas e em desacordo com o Estado Democrático de Direito visto nas lentes da hermenêutica²⁰⁶, mas importa ressaltar, no que tange ao trabalho em tela, que o paradigma da *ordinariedade*, ao menos nesse ponto, pode estar começando a ruir. Claro, algumas particularidades, dentro dos próprios dispositivos que virão, em caso de aprovação do Projeto, a reger as tutelas de urgência, poderiam ser melhor esculpidos²⁰⁷, mas a questão mais importante

²⁰⁵ Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

²⁰⁶ Art. 108. O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Este artigo consagra o positivismo jurídico na jurisdição praticada no Brasil. Como já se viu no terceiro item do primeiro capítulo do presente trabalho, uma das principais bases do positivismo jurídico era a discricionariedade do juiz nos “casos difíceis”, nas “zonas de penumbra”, com o que a hermenêutica não compactua. Os princípios gerais de direito nada mais são do que a permissão para que o juiz decida qualquer coisa dentro da moldura (Kelsen), nos casos de textura aberta da norma (Hart).

²⁰⁷ O Projeto do Código de Processo Civil mantém, ao menos até então, a confusão feita pela doutrina e pela jurisprudência em torno do *periculum in mora* e do risco de dano irreparável. Como bem anota o Professor Ovídio, que, aliás, substitui o requisito do *periculum in mora* para o risco de dano irreparável, no que concerne à tutela cautelar, foi o direito medieval que nos legou o conceito de *periculum in mora*, mas que naquela quadra da história jamais teve sinônimo de tutela de segurança (cautelar), porém, ao contrário, sempre o reservou para os casos de execução provisória, deixando o conceito de risco de dano irreparável quando a hipótese correspondesse à tutela cautelar. [SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43.] No mesmo sentido sustentam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, para os quais o texto do Projeto do CPC confunde tutela antecipatória e tutela cautelar, já que submete ambas à demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O risco de dano irreparável ou de difícil reparação constitui tecnicamente requisito da tutela cautelar, pois acautela-se de um dano que pode atingir o direito à uma tutela reparatória. Por isso, essa proteção deve durar enquanto durar o perigo do dano. Trata-se de tutelar o perigo da infrutuosidade do processo principal. De outro lado, a tutela antecipatória (satisfativa) é

foi adequadamente enfrentada, salvo melhor juízo, ao trazer a possibilidade de manejo de tutelas de urgência, satisfativas ou cautelares, de forma autônoma.

Mas, para que as mudanças sejam “efetivadas”, é fundamental o rompimento absoluto com o paradigma racionalista, com foco nas verdades (absoluta da modernidade e fenomenológica da hermenêutica) e nas condições de possibilidade para a implementação, no sistema processual civil brasileiro, de tutelas de urgência satisfativas autônomas. Isso porque de nada adiantará uma mudança legislativa, por mais expressiva que seja, se o imaginário dos operadores do processo civil brasileiro permanecerem com o ranço do paradigma racionalista e mergulhados na perspectiva da filosofia da consciência. É o que se verá a seguir.

2.2 A verdade hermenêutica e o “novo” processo civil: a quebra do paradigma racionalista e o acontecimento das tutelas sumárias satisfativas autônomas

Os sistemas legalistas da Europa continental, quando identificavam o direito com a lei durante o Estado Liberal Clássico, satisfaziam-se com a segurança da lei do Estado, sem qualquer preocupação com eventual injustiça material. Como já se disse no primeiro item do capítulo primeiro, existe uma grande afinidade entre o mito da neutralidade do juiz, consequência determinada pela exigência de respeito e aplicação mecânica da lei do Estado (juiz como “boca da lei”), e a filosofia da *ordinariedade*, pois tal princípio é o mesmo que impede a existência simultânea entre conhecimento e execução, já que eventual conteúdo executório permitiria a concessão de tutela executiva antecipada, e isso seria atribuir ao juiz uma faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade (como se viu, ao Magistrado não era dado executar sem a devida cognição exauriente).²⁰⁸

A lógica cartesiana, um dos pilares do paradigma racionalista, contribuiu sobremaneira para a sedimentação filosófica da situação acima referida. Descartes procurou organizar um método que, se observados e tomados a firme quatro preceitos

devida quando não se pode esperar, quando existe um *periculum in mora* na prestação jurisdicional. Com a tutela antecipada combate-se o perigo na tardança do provimento. Ora, quando não se pode esperar, o remédio é antecipar, não adiantando uma simples cautela (Conforme MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106-107.)

²⁰⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e processo na tradição romano-canônica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90.

básicos, seria livre de vícios. O preceito mais tocante ao presente trabalho consistia em “nunca aceitar como verdadeira nenhuma coisa que eu não conhecesse evidentemente como tal, isto é, em evitar, com todo o cuidado, a precipitação e a precaução, só incluindo nos meus juízos o que se apresentasse de modo tão claro e distinto à minha mente que não houvesse nenhuma razão para duvidar”²⁰⁹. Essa certeza cartesiana, entre outras doutrinas, fundamentou o paradigma racionalista e trouxe as inúmeras consequências à jurisdição elencadas no primeiro item do capítulo anterior, particularmente no que concerne à busca pela verdade e, como consequência lógica, pela segurança jurídica (em sentido formal).

Na seara dos direitos fundamentais e do paradigma do Estado Democrático de Direito, trabalhado à saciedade, por seu turno, no segundo item do primeiro capítulo, a verdade absoluta e a segurança jurídica formal deixaram de ser o fim do processo, dando-se valor à celeridade e à efetividade, o que significa dizer que estava (começando a ser) rompido o mito da neutralidade e da busca da verdade pelo julgador, admitindo-se, a partir de então (e dentre outras coisas), que o direito da parte poderia, em algumas circunstâncias, ser antecipado, não se podendo mais impedir que se concedesse o direito à parte antecipadamente sob a (mera) alegação de que se necessita da instrução processual para que se tenha certeza da titularidade do direito afirmado, tal como na filosofia da *ordinariedade*.²¹⁰

Isso porque, na realidade, o jurista trabalha no âmbito do processo com incertezas, com as expectativas de uma sentença favorável ou com as perspectivas/dúvidas de uma decisão final desfavorável, sendo os direitos materiais postos em causa prognósticos de causalidade, como há décadas sustenta James Goldschmidt. Este jurista conclui, nessa linha de raciocínio, que a incerteza é

²⁰⁹ DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. 2. Ed. Tradução de Paulo M. de Oliveira. Bauru: EDIPRO, 2006, p. 28

²¹⁰ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 214. Frise-se, por oportuno e desde já, que não se está aqui sustentando a tutela antecipada dos direitos como regra e sem requisitos. Ora, a tutela antecipada apenas poderá ser concedida se preencher os requisitos normativos das tutelas de urgência e da evidência. Quer dizer, a ideia intenta demonstrar que não mais se pode tolher a antecipação da tutela dos direitos tão somente porque o direito afirmado pelo autor necessita de certeza e que, por isso, o juízo não pode prescindir da instrução processual. E em que pese a regulamentação da tutela antecipada, no ordenamento processual atual, observa-se claramente na práxis forense que os Magistrados deixam de conceder a tutela antecipada em virtude da “insegurança” da aplicação desse instituto, mesmo quando a parte demandante preenche os requisitos legais.

consubstancial às relações processuais, uma vez que uma sentença judicial jamais poderá ser prevista com segurança.²¹¹ Vale ressaltar que a colocação do referido autor alemão não significa que a decisão poderá ser tomada ao livre alvedrio do magistrado, mas sim que as circunstâncias processuais de prova (tanto relativas às provas realizadas ou não como em razão das regras do ônus da prova) e que as alegações trazidas (ou não) pelas partes (fundamentalmente em razão do princípio da eventualidade) podem/devem, no curso do processo, influir na decisão final a ser tomada, não sendo possível, pois, prever tais situações de antemão.

Tendo a verdade absoluta, o princípio da neutralidade e a segurança jurídica em sentido formal paulatinamente perdido espaço, fundamentalmente após o declínio do Estado Liberal Clássico, iniciou-se a colocar em dúvida o paradigma anterior, imbuído no modo-de-fazer-Direito tradicional (influenciada pela filosofia da consciência). Contudo, apesar de alguns procedimentos especiais terem, a partir do Código de Processo Civil de 1939, previsto alguns casos específicos de tutelas de urgência, o paradigma da *ordinariedade* até hoje influencia o imaginário dos juristas brasileiros. O próprio diploma processual de 1973 coroa o procedimento ordinário, trazendo algumas poucas tutelas de urgência satisfativas (como procedimentos especiais). Por isso se disse, linhas acima, que o mito da neutralidade e a busca pela verdade absoluta (fundamentalmente pela segurança jurídica no sentido liberal²¹²) *começava a ser rompido*, pois tal situação ainda não ocorreu efetivamente no processo civil brasileiro.

Não foi por outro motivo que se apontou, no item anterior do presente capítulo, que os juristas necessitaram do apoio das “cautelares satisfativas” para efetivar “necessidades materiais urgentes” não abarcadas pela legislação processual até então em vigor. Ora, o Código de Processo Civil de 1973 até hoje está vigente. Em forma de colcha de retalhos, é verdade, após as incontáveis reformas, e que, justamente por serem apenas reformas, ainda mantêm a mesma estrutura de sentido, qual seja, a dificuldade

²¹¹ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del proceso**, Vol. I: Teoría general del proceso. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 57 e 72.

²¹² A impossibilidade de antecipação de tutela conferia aparente segurança jurídica aos cidadãos, sob a falsa premissa de que o pronunciamento da lei deveria advir somente após o “esclarecimento da verdade”, ou seja, após o término da cognição. Desse modo, a proibição da antecipação da tutela, traço característico do processo civil do Estado Liberal Clássico, possuía estreita relação com o ideal de garantir a liberdade e a segurança aos cidadãos, visto que a tutela efetiva do direito só poderia ser obtida após o exaurimento da cognição, com o suposto “esclarecimento” dos fatos alegados e obtenção da verdade. (Conforme TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 99-100.)

de se conceder tutelas de urgência satisfativas realmente efetivas. E é exatamente isso que precisa ser modificado: o paradigma. Daí a importância do neoconstitucionalismo e da hermenêutica, cuja imperatividade e influência na jurisdição (e no modo-de-fazer-Direito) demonstrou-se no terceiro item do capítulo anterior.

É fundamental, nessa senda, que o paradigma racionalista seja superado, de uma vez por todas. No Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição Federal de 1988, não existe mais espaço para o positivismo jurídico e para o paradigma da *ordinariedade*. Os direitos (fundamentais ou não) não podem mais carecer de efetividade, à luz da ampla principiologia abarcada pela Lei Maior. Não há mais como (i) identificar norma e texto legal, (ii) aceitar a discricionariedade judicial e (iii) manter a consagração da *ordinariedade* nos processos judiciais. Para isso, é necessário romper com as concepções metafísicas acerca da interpretação, deixando de acreditar na possibilidade de o mundo ser identificado com independência da linguagem. Deixar de lado a experiência e adotar a linguagem é condição de possibilidade para o abandono do esquema sujeito-objeto, situando-se o conhecimento numa prática intersubjetiva e historicamente mediada.²¹³

A linguagem, na modernidade, foi encarada como exteriorização da razão, do sentido, sendo vista como expressão, uma matéria que a razão humana se utiliza e transforma em veículo de sua manifestação. Naquele momento, a linguagem tornou-se, então, a expressão na vida humana em que o pensamento se exterioriza. Assim, o homem experimenta o real como objeto, manipulável e dominável por ele mesmo, eis que à sua disposição. Nesse contexto, a linguagem é reduzida à informação, como processo por meio do qual o homem toma conhecimento dos entes, a fim de poder exercer sobre eles o domínio. Essa concepção é, para Heidegger, a essência da técnica, que é um modo de desvelar uma fórmula, portanto, de ver uma forma de verdade.²¹⁴

Nesse diapasão, a linguagem se reduz(iu) a um puro instrumento por meio do qual se entra(va) em contato com os outros. Isso aponta para um enorme problema do nosso processo civilizatório: a massificação do homem, afastando os conteúdos mais profundos da linguagem para facilitar seu manuseio. A linguagem tornou-se um

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 161 e 176.

²¹⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 202-203.

fenômeno de superfície, que toca apenas a superfície da vida humana. Por isso, imperativo se faz abandonar-se a forma como se encarava a linguagem na modernidade, passando-se a experimentá-la a partir de outro paradigma, para além da relação sujeito-objeto, da teoria da consciência.²¹⁵

Para tanto, mostra-se imprescindível pensar a relação originária do homem com a linguagem. O primeiro passo é superar a postura objetivante na consideração da linguagem, reconhecendo que todo o pensar já se movimenta no seio da linguagem, se articulando num espaço linguisticamente mediado, no qual se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas. Fala-se, pois, a partir da linguagem, sendo nosso ser-no-mundo sempre linguisticamente mediado, ocorrendo a manifestação dos entes a nós por meio da linguagem. E isso não é subjetividade, pois a linguagem nos determina e nela se dá a revelação dos entes a nós, sendo o evento de desvelamento do sentido do ser.²¹⁶

É nessa linha de raciocínio que Heidegger propõe outro paradigma, a hermenêutica do eis-aí-ser, como ser-no-mundo. A fenomenologia é a interpretação dos sentidos do ser, enquanto sentido, que subjaz toda e qualquer atividade do homem no mundo; é a pesquisa daquilo que se mostra a partir de si mesmo, revelando-se que, em última análise, o que se mostra como fonte última de todo mostrar-se é o ser. Assim, a fenomenologia é a recondução do olhar do ente para o ser. O espaço específico da filosofia é o espaço hermenêutico, o espaço da revelação dos entes, que se dá no espaço da revelação do ser. A tematização da questão do sentido do ser, portanto, passa necessariamente por uma análise do homem, enquanto ente cujo ser consiste em compreender ser: o ser se dá, só havendo mundo e só havendo verdade porque o homem é eis-aí-ser, portanto a presença, a revelação, o desvelamento do ser.²¹⁷

Salta-se, nas palavras de Lenio Streck, do fundamental para o compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, mas sim um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade. Exatamente a partir de então torna-se possível compreender a diferença (ontológica) entre texto legal e norma (texto e sentido do texto – que é a

²¹⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 204-205.

²¹⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 205-206.

²¹⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 207-209.

norma), combater a discricionariedade judicial (pela verdade conteudística a partir da perspectiva fenomenológica) e romper com a filosofia do *ordinariedade* (neutralidade judicial e busca pela verdade). O “discurso” hermenêutico sempre é acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre. Fica evidente que a busca pela verdade absoluta fica, a partir de então, completamente ultrapassada.²¹⁸

A hermenêutica é a consagração da finitude, não sendo a busca nem de uma verdade empírica e nem de uma verdade absoluta, mas de uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem, ou seja, dentro das condições do mundo. Nossa consciência é determinada pela ação da história, mas pode assumir lucidamente esta ação enquanto ela nos determina e nos limita. A ingenuidade diante da história, como acontecer concreto, desaparece na medida em que assumimos lucidamente a ação da história, como um elemento decisivo que nos limita e nos obriga a assumir a nossa finitude diante da compreensão da história. A finitude desta compreensão é resultado de nossa imersão no movimento da história, da impossibilidade de uma distância que nos retire da história sobre a qual meditamos.²¹⁹

Logo, a hermenêutica é a janela aberta sobre a história do homem enquanto possibilita a compreensão do passado, da tradição, em que estão imersas as raízes do homem e de onde ele pode libertar suas possibilidades. A hermenêutica mostra-se, pois, decisiva para o conhecimento da história, já que situa o homem em sua verdadeira atitude diante da história, impedindo que o homem se julgue imune e livre das cargas de seu passado, ou que se julgue absolutamente determinado pela tradição, criando o verdadeiro caminho que permitirá ao homem apreciar sua posição na história, afastando uma independência entre teoria e vida. O conhecimento do passado sempre vem carregado pelas condições que no presente nos ocupam e limitam.²²⁰

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 10, 13 e 51.

²¹⁹ STEIN, Ernildo. **História e ideologia**. 2. Ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1981, p. 28.

²²⁰ STEIN, Ernildo. **História e ideologia**. 2. Ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1981, p. 27. Prossegue o autor (p. 21) dizendo que a hermenêutica é o estatuto em que o homem ausculta sua temporalidade, na qual o homem peregrina e deixa sinais ao longo do caminho, sendo o sinal mais decisivo a linguagem. A força do tempo reside na historicidade do homem e desabrocha na palavra. É por isso que a paisagem humana se povoa de verbos, que conjugam a unidade das dimensões do homem na temporalidade. A exegese do verbo, a hermenêutica da palavra, é a exploração de nossa condição humana que acontece como história.

No Direito, portanto, a verdade do processo é o que Martin Heidegger chama de “verdade fenomenológica”, que se preocupa com a “abertura do ser”; verdade que é estabelecida dentro das condições humanas e dentro da linguagem. Segundo o filósofo, a pergunta pela essência da verdade não quer saber se a verdade é a verdade da experiência prática da vida ou a verdade de um cálculo econômico, se é a verdade de uma reflexão técnica ou de prudência política, nem se é a verdade de uma investigação científica ou de uma criação artística, e sequer se é a verdade de uma meditação pensante ou de uma fé religiosa. De tudo isso, diz Heidegger que se afasta a pergunta pela essência, olhando para aquilo que caracteriza cada verdade, em geral, como verdade. Ou seja, a verdade é um evento e que, na experiência histórica, filosófica e artística, o homem passa a fazer parte do evento revelativo da verdade.²²¹

Nesse andar, não “há” verdade: a verdade “é”, a verdade “se dá”. “Nós pressupomos verdade porque “nós”, sendo no modo de ser da presença, somos e estamos “na verdade”. Quer dizer, não pressupomos a verdade como algo “fora” ou “sobre” nós, frente à qual nos comportamos junto com outros “valores”. Logo, não somos nós que pressupomos a verdade, mas é a verdade que torna ontologicamente possível que nós sejamos de modo a “pressupor” alguma coisa, pois a verdade possibilita pressuposições.²²²

Portanto, Heidegger esclarece que só poder-se-á falar em “verdades absolutas” caso se comprove de modo suficiente que, em toda a eternidade, a presença foi e será, já que, enquanto isso não ocorrer, tal pressuposição será apenas uma afirmação que não terá nenhuma legitimidade apenas porque os filósofos geralmente nela acreditam. Toda verdade é, pois, relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de presença. E essa relatividade não significa que toda a verdade é subjetiva, no sentido de estar no arbítrio do sujeito, pois o descobrimento retira o enunciado do arbítrio subjetivo, levando a presença descobridora para o próprio ente.²²³ Isso quer dizer que a única ontologia possível é aquela que se constrói dentro de

²²¹ HEIDEGGER, Martin, **Sobre a essência da verdade: a tese de Kant sobre o ser**. Tradução de Ernildo Stein e revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1970, p. 17.

²²² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback e posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 4. Ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 299.

²²³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback e posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 4. Ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 298.

um campo em que o ser humano é, sendo a condição humana essencial na construção do conhecimento e, sem a realidade, não há conhecimento e, portanto, não há verdade.²²⁴

Assim, como há essa possibilidade de pressuposições, e como não existe verdade sem realidade, a verdade é a verdade daquele momento em que o juiz decide. Nessa linha, o juiz só concede a liminar porque “tem certeza” de que deve concedê-la naquele momento. Essa é a verdade, ou seja, uma verdade sujeita a determinadas condições de temporalidade e compreensão. Porém, se, posteriormente, houver uma alteração da “abertura”, quer dizer, da disposição, da compreensão e do discurso, o cuidado dirá que a verdade é outra. Não há verdades empíricas nem verdades absolutas.²²⁵ Lenio Streck esclarece que a experiência de verdade a que se atém a hermenêutica possui profundos coloridos pragmáticos, já que se estabelece dentro das condições do mundo.²²⁶

²²⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 209.

²²⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 210-211.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 176 e 260. Essa ideia fica ainda mais clara na crítica que Lenio Streck, noutra obra sua, faz à “teoria consensual da verdade” (teoria procedimental do discurso), de matriz habermasiana: “Não há dúvida, pois, que a diferença entre a possibilidade de existir uma resposta correta na hermenêutica filosófica e na teoria do discurso é de fundo paradigmático, isto é, a raiz da problemática reside na questão da verdade: para a hermenêutica filosófica, em face do mundo prático introduzido por Heidegger (filosofia hermenêutica) e Gadamer (Verdade e Método, que pode ser lido como Verdade contra o Método), a verdade é conteudística (compreendida no sentido fenomenológico); na teoria do discurso habermasiana, é procedimental; é consenso (sempre ressalvando a tentativa habermasiana de corrigir o conceito de verdade como consenso para a ideia da aceitabilidade racional da argumentação, que é feita em condições “quase-ideais”). Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 58. Mais adiante, nessa mesma obra (p. 61), o autor, ao criticar a distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, feitos pela teoria do discurso, eis que os discursos de fundamentação são previamente “elaborados” e descontextualizados, o que “epistemologiza” a verdade, sinaliza que tais situações indicam que o paradigma do esquema sujeito-objeto não foi superado (no sentido que falam Heidegger e Gadamer). Em seguida (p. 65), Lenio Streck chama atenção para uma afirmativa de um dos representantes da teoria habermasiana no Brasil, Álvaro Souza Cruz, o qual entende que as argumentações pragmática e ético-política, construídas pelo legislador político, frutos do balanceamento de valores e interesses, devem ser, em regra, tomadas como válidas *prima facie* pelo Judiciário, isto é, o Judiciário não pode proceder a um novo discurso de fundamentação, mas apenas deverá examinar a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto. Ao gizar as palavras desse procedimentalista brasileiro, Streck reafirma suas críticas à cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, pois compreender é sempre aplicar, não havendo interpretações de texto em abstrato (p. 63). Por isso, Streck questiona-se qual a diferença entre esse juiz procedimentalista e o juiz “boca da lei”, do Estado Liberal Clássico, já que ambos estariam subsumindo ou deduzindo (p. 66). Daí a não superação (efetiva) do paradigma subjetivo pela teoria do discurso.

Dito de outro modo, se ao longo do processo o juiz verificar que houve mudança substancial que confronte com aquilo que foi utilizado pelo magistrado ao decidir a liminar, esta será revista, pois a verdade, por ser contingente, determinará ao ser do juiz a decidir diferente. Isto porque a prova, no domínio do direito processual, não visa à certeza lógica ou absoluta, como com a demonstração matemática ou com a experimentação científica, mas apenas à convicção (probabilidade) essencial às relações sociais.²²⁷ Essa é a “lógica” que deverá seguir o juiz ao julgar uma medida liminar, tenha ela natureza satisfativa ou cautelar.

A verdade jurídica é, pois, uma verdade prática, não uma verdade técnico-científica, em função da intenção especificamente jurídica, ou seja, dos objetivos práticos que o direito se propõe na consideração e resolução dos seus problemas normativos. Não que a verdade jurídica seja menos exigente do que a verdade técnico-científica, mas uma verdade distinta, uma verdade prática, correlativa da práxis jurídico-social.²²⁸ Quer o mestre português dizer que a verdade “utilizada” no âmbito do direito não pode jamais buscar a forma absoluta, mas sim valer-se da prática, das questões de fato que sobrevierem ao processo ao tempo da decisão, seja ela liminar ou definitiva.

Na terceira parte do capítulo anterior, ao discutir a questão do neoconstitucionalismo e os desafios da jurisdição frente à democracia (aos olhos do Estado Democrático de Direito), defendeu-se a necessidade de promoção de respostas adequadas à Constituição nas decisões judiciais. Para que respostas assim sejam possíveis, pressupõe-se a autonomia do direito (produzido democraticamente) e que seja evitada a discricionariedade, respeitando-se a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. À luz de Dworkin e de Gadamer, Lenio Streck sugere o controle do subjetivismo a partir da tradição, do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, com respeito à integridade e à coerência no direito, superando a tradição metafísica.²²⁹

As respostas adequadas à Constituição, proferidas em liminar ou após cognição exauriente, devem ser buscadas a partir da verdade fenomenológica e respeitando-se a

²²⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 211.

²²⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 163-165.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 572-574.

integridade do direito. Assim, evitam-se respostas definitivas e prévias aos casos concretos, pois os sentidos jamais permanecem congelados²³⁰. Se a norma é produto da interpretação do texto e se interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*), não se pode negar a temporalidade dos sentidos. A diferença (ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos (subsunção), como se sentido pudesse ser arrancado dos textos legais. Os sentidos são atribuíveis a partir da facticidade em que está inserido o intérprete: compreendemos para interpretar.²³¹

Gadamer bem explica esta questão, ensinando que “a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isto está também o fato de que a linguagem e a conceitualidade da interpretação foram reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso, o problema da linguagem que ocupava uma posição ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia”. Mais adiante, o mesmo autor aduz que “a íntima fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando totalmente de contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica: a aplicação”. E completa admitindo “que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido, importa considerar como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação”.²³²

Ulrich Schroth explica que, para Gadamer, a compreensão só é possível quando aquele que compreende se lança para a abordagem do texto já com uma pré-compreensão, significando que o intérprete orienta o texto pelo mundo em que se movimenta (o ser-aí) e, ao mesmo tempo, à compreensão de um texto liga-se um interesse na compreensão, pois sempre que se utiliza um texto se tem um propósito em mente. Através da pré-compreensão, cada interpretação de um texto é aplicação do atual

²³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 572.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 319-320.

²³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisada por Enio Paulo Giachini. 10. Ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 406-407.

estado de consciência do intérprete. Por isso, a compreensão nunca é mera reprodução, mas sempre produção. Para Gadamer, existem, no processo de compreensão, dois mundos de experiência/empíricos: aquele em que o texto foi escrito e aquele outro em que se situa o intérprete, devendo a compreensão fundir esses dois mundos.²³³

Prosseguindo, Schroth esclarece que é justamente o conceito de pré-compreensão que deve documentar que a compreensão se estabelece na *praxis* da vida. Assim sendo, a hermenêutica filosófica mostra que as hipóteses apresentadas para a interpretação de um texto não são descobertas através de um processo orientado por regras, antes têm origem no viver cotidiano, sendo trazidas para o texto que se pretende compreender. Com efeito, é precisamente a prova do condicionamento da compreensão pela pré-compreensão que também torna claro que a interpretação é um processo de verificação de hipóteses.²³⁴

Lenio Streck sumariza essa questão, ensinando que interpretar é compreender e compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica, não mais se preocupando em interpretar para compreender, mas buscando sempre compreender para interpretar. Assevera, ainda, que a hermenêutica não é mais reprodutiva, é agora produtiva: a relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico. É a fenomenologia hermenêutica superando a epistemologia. A hermenêutica, assim, fere à morte o mito do dado e o método: compreender é um modo de acontecer; logo, não é um método, não podendo ser dividido em partes.²³⁵

A impossibilidade da cisão entre compreender e aplicar implica, impreterivelmente, na impossibilidade de o intérprete retirar do texto algo que este já possui em si mesmo. Ora, não há texto em si mesmo. O intérprete não fabrica seu objeto de conhecimento, pois a compreensão, pela sua “presença antecipada”, é algo que não dominamos, o sentido não está à disposição. É por isso que a hermenêutica é

²³³ SCHROTH, Ulrich. **Hermenêutica filosófica e jurídica**. In KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2002, p. 383-384.

²³⁴ SCHROTH, Ulrich. **Hermenêutica filosófica e jurídica**. In KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2002, p. 384-385.

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 73-75.

antirrelativista e aposta na antidiscricionariedade. A verdade possibilita o consenso; em caso de respostas divergentes, um ou ambos os juízes estarão equivocados.²³⁶

A verdade, portanto, é finita, temporal e contingente. Essa é a verdade do direito. A prova do processo pode determinar a alteração da situação hermenêutica²³⁷, do horizonte de sentido do intérprete, mas não o grau da verdade, pois cada situação, seja a do início do processo, seja a do final, tem a sua verdade.²³⁸ Nessa senda, o conceito de verdade no processo não pode se afastar da ideia de verdade que se tem nos demais ramos do conhecimento, especialmente na filosofia. Logo, a questão da verdade deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos. Seja no processo, seja em outros campos científicos, jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade, pois a essência da verdade é intangível (ou ao menos o é a certeza da aquisição da verdade).²³⁹

Para a hermenêutica filosófica gadameriana, experiência é experiência da finitude humana. Portanto, Gadamer entende que é experimentado aquele sujeito que tem consciência de sua limitação, que sabe que não é o senhor do tempo e do futuro e que, por isso, conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano. Neste homem experimentado consuma-se o valor de verdade da experiência. A ideia de que se pode dar marcha-a-ré a tudo, de que sempre há tempo para tudo e de que, de um modo ou de outro, tudo retorna, se mostra ilusória. A verdadeira experiência é, assim, experiência da própria historicidade. Por isso, a experiência hermenêutica tem a ver com a tradição, que deve chegar à experiência como linguagem, que fala por si mesma.²⁴⁰

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 83-85.

²³⁷ Situação hermenêutica, explica Ernildo Stein, “é uma espécie de ‘lugar’ que cada investigador atinge através dos instrumentos teóricos que tem à disposição para a partir dele poder fazer uma avaliação do campo temático. Portanto, este lugar que cada investigador atinge, a partir do qual ele pode fazer uma investigação sistemática em um determinado campo. Ela no fundo é a aspiração de qualquer pesquisador”. (Conforme STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. Ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 57.)

²³⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 212 e 214.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 256-257.

²⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisada por Enio Paulo Giachini. 10. Ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 406-466-468.

Nesse sentido, quando se refere à verdade judicial, sustenta Daisson Flach que esta nada tem a ver com critérios gerais de verdade e de nenhum modo expressa um significado unívoco (muito menos dado de antemão). A “verdade processual” corresponde ao resultado da busca realizada com todos os limites lógicos e formais do processo, cuja aceitabilidade pode ser justificada. A busca da verdade como valor permeia a estrutura do processo, mas deve ser compreendida em sua contingência.²⁴¹ A concessão das medidas liminares, portanto, não pode ser afastada tão-somente em virtude da necessidade da dilação probatória, a menos que a situação de fato trazida pelo autor da ação não seja suficiente para demonstrar as circunstâncias referentes à situação de urgência alegada.

Por tudo isso, nota-se que a temporalidade está sempre presente nas situações jurídicas. Tendo em vista, pois, que a hermenêutica é temporalidade, a possibilidade de provimentos judiciais de urgência satisfativos autônomos (assim como as tutelas de urgência em geral) tornam-se realidade, passando a condições de possibilidade para uma resposta jurisdicional adequada e tempestiva e para o acontecer dos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988. Nessa trilha, para a efetiva implementação de uma tutela de urgência satisfativa autônoma no processo civil brasileiro, é absolutamente necessário “refundar o processo”, ou seja, operar a quebra com o paradigma racionalista, passando-se a encarar a “verdade” na forma proposta pela hermenêutica.

Nesse contexto, a Professora Jânia Maria Lopes Saldanha, em sua brilhante tese sobre a *sumariedade material da jurisdição*, ensina que a tutela de urgência pode ser vista como o lugar onde a temporalidade aflora, ficando mais fácil compreender que decidir com base na verossimilhança resulta de um determinado tipo de racionalidade, de coerência e da condição de *ser-no-mundo*. Ora, é nesta temporalidade, que existe na “singularidade do momento”, que o intérprete, já tendo compreendido a mensagem do caso, decidirá acerca da possibilidade ou não da cognição sumária (veiculada por um procedimento de tutela de urgência sumária), já que a compreensão funda-se no futuro

²⁴¹ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 50-51.

trazido para a atualidade, o que é próprio da jurisdição sumária. A decisão com base no verossímil brota, pois, do acontecer da facticidade do caso.²⁴²

Prossegue a Professora Jânia gizando a importância de se perceber o tempo com o sentido de temporalidade, porque esta é criadora, na medida em que está afetada pela própria possibilidade de ser como *ser-no-mundo*. Então, compreendendo-a como verdadeiro sentido, e não apenas como passagem do tempo ou sucessão de eventos, a temporalidade, no âmbito do processo, expressa a facticidade que vai apontar os caminhos possíveis. A sumarização é um deles, porque é próprio do fenômeno jurisdicional “estar-lançado” entre os fatos e o direito. A sumariedade processual e procedimental da jurisdição que as ações sumárias proporcionam responderá à ânsia de uma justiça mais efetiva no âmbito de cada “processando”.²⁴³

As tentativas até então propostas para a “modernização” do processo civil brasileiro são incapazes de produzir uma transformação significativa na prática forense: necessitamos de uma profunda revisão do atual paradigma, a fim de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática que vive no Estado Contemporâneo, devolvendo ao juiz os poderes que o paradigma racionalista lhe tolheu²⁴⁴, mas sem permitir “ativismos judiciais” em nome da “justiça”, ou seja, não “abrir” a interpretação pelos princípios sem fazer o devido “fechamento” hermenêutico.

Ocorre que nosso sistema processual foi idealizado (e ainda está imerso) no paradigma racionalista (Estado Liberal Clássico), como aqui tem-se dito incessantemente. Por isso, renunciou à busca da efetividade, priorizando o valor segurança. Quer dizer, a efetividade não era um objetivo desejado pelo sistema. Assim sendo, os problemas da jurisdição são estruturais e não funcionais. Daí a necessidade de se “refundar o processo”. Faltam, pois, condições estruturais para que o processo civil funcione melhor. A premissa redutora do conceito de jurisdição como simples declaração de direitos, que é o alicerce do procedimento ordinário, deve ser revista. E trata-se de um fator estrutural do sistema. O pressuposto político de processo como

²⁴² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 226 e 248.

²⁴³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 248.

²⁴⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 201.

ciência aspira, como todas as leis científicas, o *status* de “verdades eternas”, no dizer do Professor Ovídio Baptista da Silva. Esse outro fator estrutural, juntamente com o fator da jurisdição como declaração de direitos, emperra a tutela de urgência satisfativa autônoma com o procedimento ordinário.²⁴⁵ Daí a imperatividade do acontecimento da hermenêutica (e da verdade fenomenológica) no bojo da teoria do direito praticada no Brasil.

O rompimento do paradigma racionalista pela hermenêutica, ao trazer de volta a temporalidade e a prática ao direito, faria com que a jurisdição não mais tivesse qualquer resistência aos provimentos de urgência satisfativos (sejam autônomos ou antecipatórios), eis que superada estaria a tese da certeza cartesiana, sem que a *segurança jurídica*, por assim dizer, fosse abandonada, em virtude do *controle* que a tradição, o círculo hermenêutico e o respeito à integridade e à coerência trazem na aplicação (compreensão-interpretação-aplicação) do direito. Esse é o ponto nevrálgico que se quer demonstrar no presente trabalho: a verdade, nos termos propostos pela hermenêutica, como condição de possibilidade para o acontecer das tutelas de urgência satisfativas e autônomas no direito processual civil brasileiro. É, pois, o abandono das “verdades eternas” e da resistência aos juízos de verossimilhança enraizados pela filosofia da consciência e pelo positivismo jurídico.

A seguir, depois de se ter analisado a necessária aceitação da hermenêutica para que uma tutela de urgência satisfativa e autônoma adentre no mundo do Direito, ver-se-á as perspectivas para essa tutela no ordenamento processual civil brasileiro à luz das questões legislativas postas, do Projeto do novo CPC e da prática forense.

2.3 Perspectivas para uma tutela de urgência satisfativa autônoma

A pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para a produção do conhecimento científico no direito. Isso levou, inevitavelmente, a uma aposta em uma “racionalidade teórica asfixiante”, nos termos utilizados por Lenio Streck, que isolava todo o contexto prático de onde as

²⁴⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da função à estrutura**. In STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 91-99.

questões jurídicas realmente haviam emergido. O positivismo jurídico atingiu seu desiderato quando conseguiu descolar a enunciação da lei do mundo concreto, ou seja, quando transformou a lei em razão autônoma.²⁴⁶

Esse modo-de-fazer-Direito, analisado fundamentalmente no capítulo primeiro e no item anterior deste trabalho, foi por demais influente na concepção do direito brasileiro (Código Civil de 1916, Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, entre diversas outras leis), motivo pelo qual ainda há enorme ranço das matrizes individualistas-liberais no imaginário dos operadores do direito atuais. Contudo, o pensamento liberal clássico não pode mais, ante a massificação da sociedade e as necessidades jurídicas contemporâneas, permanecer influenciando e atuando no sistema jurídico atual, em especial no processual.

Nessa trilha, reconhece-se que, desde o advento do Estado Democrático de Direito, estabelecido no Brasil pela Constituição Federal de 1988, está-se diante de uma “crise de dupla face” (Streck): de um lado, há uma crise de modelo de direito, pois preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, sem condições de atender às demandas de uma sociedade com conflitos transindividuais e com necessidades de tutelas preventivas dos direitos (fundamentalmente em razão dos diplomas materiais com cariz individualista, que é o caso do Código Civil de 1916 e do Código Penal de 1940); de outro lado, tem-se a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, significando que ainda se está refém do esquema sujeito-objeto.²⁴⁷

Para superar o positivismo, é preciso superar o que o sustenta: o sujeito da subjetividade assujeitadora e o solipsismo teórico da filosofia da consciência. A superação do positivismo implica, irremediavelmente, no enfrentamento do problema da discricionariedade judicial. Combater a discricionariedade quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída. Essa é a obra que a hermenêutica vem para realizar no mundo do direito: se o método colocava a linguagem em um plano secundário, manipulável pelo sujeito (solipsista), a intersubjetividade

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 61.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 191.

instaurada com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, deva ser feito o necessário controle hermenêutico.²⁴⁸

Dessa forma, a hermenêutica resolve essas questões, originadas do positivismo e da filosofia da consciência, quando passa a privilegiar a dimensão de vivências fáticas, respondendo ao problema da relação entre teoria e prática por meio de um contexto intersubjetivo de fundamentação, no interior do qual tanto o conhecimento teórico quanto o conhecimento prático se dão na abertura do pré-compreender estruturante. É desse comportamento moral que se dá na pré-compreensão que poder-se-á extrair a ideia da resposta adequada à Constituição e de institucionalização do mundo prático pelos princípios.²⁴⁹

Por isso também que um Estado que se pretenda Democrático de Direito e que, portanto, tenha coerência nas suas decisões, logrando integridade ao direito pátrio, não pode escapar de uma adequada aplicação dos precedentes, a fim de dar segurança jurídica, esta vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta. Ainda que a Constituição Federal não preveja expressamente a segurança jurídica como direito fundamental, outros princípios o asseguram, como, por exemplo, a motivação das decisões judiciais, a legalidade, a inviolabilidade do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido. Ademais, a segurança jurídica confere democracia. Aliás, diversos são os aspectos positivos para a aplicação de precedente: previsibilidade, estabilidade, confiança, igualdade perante a lei (ou democracia), coerência, imparcialidade judicial (controle do juiz), desestímulo à litigância, contribuição à duração razoável do processo, maior eficiência do Poder Judiciário.²⁵⁰

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 95 e 101-102.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 60-61.

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 121 e seguintes. Nesse sentido, prossegue Marinoni (p. 326) sustentando que, para se compreender o precedente, é indispensável delimitar a sua *ratio decidendi*, já que o precedente tem o objetivo de regular o futuro e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos. Logo, para aplicar a *ratio decidendi* aos novos casos é necessário comparar o caso que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as suas consequências fáticas. Isso significa uma distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido fala-se, no *common law*, em *distinguishing*. Não é por outro motivo que Maurício Martins Reis sustenta que a adoção de súmulas vinculantes não deita raízes necessárias na cultura do *stare decisis*, porquanto a autoridade do precedente norte-americano depende, para se fazer valer a casos futuros, de

Para tanto, contudo, é necessário romper com o positivismo jurídico na prática forense brasileira. No Brasil, meras ementas e verbetes jurisprudenciais são utilizados por si só (ou seja, sem a fundamentação que levou à decisão contida na ementa ou no verbete) de forma descontextualizada, tornando-se *standards* objetivos de compreensão, separando os fatos do caso concreto do direito, aplicando-lhes como se fossem categorias abstratas da matemática. Trata-se, pois, da repriminção da jurisprudência dos conceitos, que preconizava que a atividade judicial criasse conceitos gerais, obscurecendo as singularidades de cada problema concreto.²⁵¹

As influências da filosofia da consciência e do positivismo jurídico em relação à jurisdição e ao processo são traduzidos, na particularidade deste trabalho, pelos juízos de certeza, pela neutralidade e pela discricionariedade do juiz, direcionaram o processo jurisdicional a um procedimento plenário de cognição exauriente, com a ausência de tutelas antecipatórias de mérito – o que veio a ocorrer, no Brasil, apenas a partir de meados da década de 1990 (até hoje carecendo de uma adequação estrutural das medidas de urgência), e com delegação da aplicação do direito à subjetividade do intérprete (situação ainda presente no neoconstitucionalismo praticado no Brasil, em que os princípios “abrem” a interpretação), devem ser repensadas e reformuladas a partir dos aportes trazidos pela Crítica Hermenêutica do Direito, as quais são condições de possibilidade para a implementação de tutelas de urgência satisfativas autônomas no processo civil brasileiro e, enfim, alcançar-se, nesse ponto, uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Nesta derradeira parte do trabalho, apresentar-se-á os problemas práticos advindos da falta de uma tutela de urgência satisfativa autônoma e a viabilidade da implementação dessas tutelas, traçando uma proposta de organização procedimental à luz do Projeto do novo Código de Processo Civil.

indispensável fundamentação. (Cf. REIS, Mauricio Martins. **As súmulas vinculantes do direito brasileiro e o risco hermenêutico à democracia constitucional: política autoritária de normas ou normas políticas de conteúdo?** In STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. (Organizadores). 20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 211.). Por isso, a aplicação das súmulas no Brasil, sejam elas vinculantes ou não, acabam por manter a ideia positivista de afastar os fatos do direito, deixando de lado as questões práticas, como devidamente criticado no presente trabalho (no item três do capítulo anterior e nos dois primeiros pontos do capítulo em tela), à luz da hermenêutica.

²⁵¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 46-47.

2.3.1 Dos problemas práticos (da jurisdição) advindos da falta de uma tutela de urgência satisfativa autônoma.

Viu-se, no primeiro item do presente capítulo, que a prática forense ainda está confusa quanto à questão das tutelas de urgência, em particular na relação entre processo cautelar e tutelas de urgência satisfativas. Em exemplo pinçado da atual prática forense do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, observou-se que ainda se admite a utilização do procedimento cautelar para demandar pretensões de natureza satisfativa, efetivando tal procedimento como meio de realização de direitos materiais propriamente ditos, mesmo após a entrada em vigor da lei que instituiu a tutela antecipatória no procedimento ordinário.

Um dos problemas estruturais dessa situação é apontado pelo Professor Ovídio Baptista da Silva: a dificuldade de se conceber uma tutela de simples segurança, que a doutrina italiana jamais concebeu ou praticou. Lamenta o Professor Ovídio o fato de muitos juristas brasileiros tão somente terem reproduzido os mestres italianos e deixado de lado, por exemplo, a doutrina de Pontes de Miranda sobre esses temas²⁵². O obstáculo está, pois, no fato de alguns não aceitarem que a ação cautelar pode conceder tutela a quem não tenha direito.²⁵³ Nesse andar, veio a tutela antecipatória para tentar resolver a questão.

É evidente que a tutela antecipatória, da forma como foi colocada dentro do processo de conhecimento, não rompe com o paradigma da *ordinariedade*, mas certamente traça a forma como pedidos satisfativos de urgência, que não sejam procedimentos especiais específicos, devem ser feitos no processo civil brasileiro. Apesar de toda a herança negativa que o Código de Processo Civil vigente sofreu da escola italiana, no que tange às cautelares e à (falta de uma) tutela antecipatória de

²⁵² Preleciona Pontes de Miranda: “Existe, além da pretensão à tutela jurídica à cognição e da pretensão à tutela jurídica à execução, a pretensão à tutela jurídica à segurança, que é ou à segurança quanto ao fato, ou à segurança de pretensão. A exibição de livro, as vistorias e inquirições *ad perpetuam rei memoriam* são asseguradoras do fato, aí, mais estritamente, da prova; o arresto, o sequestro, a busca e apreensão, são asseguradoras da pretensão, talvez só da prestação. O que é comum a todas elas é que o devedor não se libera, por elas, da obrigação, nem se satisfaz o credor. Não se profere decisão que tenha efeitos diretos de liberação ou de satisfação. Só se assegura. Frise-se isso. Ou se assegura a prova do fato, ou se assegura a pretensão; portanto, a prestação a ser exigida, de futuro. Não se alude à execução forçada. O que importa é a distinção entre ‘executar’ e ‘assegurar’.” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações. Tomo VI – Ações Mandamentais**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 342-343.)

²⁵³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

mérito, é inegável que a lei instituidora da antecipação dos efeitos da tutela organiza (um pouco) a problemática das “cautelares-satisfativas”.

Entretanto, a controversa questão das tutelas cautelares e antecipatórias de tutela satisfativa continua sendo complexa; há diversas jurisprudências no sentido de extinguir ações cautelares propostas com fim satisfativo (muitas vezes até indicando a necessidade de se propor ação de conhecimento com pedido de tutela antecipada), assim como já foi visto que outra parte da prática forense entende pela possibilidade do manejo cautelar. A doutrina, por seu turno, é mais contundente no sentido da impossibilidade de utilização das “cautelares-satisfativas”²⁵⁴. E, nesse ritmo, a práxis continua sem um norte adequado para resolver as questões urgentes, em especial as satisfativas (com necessidades autônomas, por assim dizer).

Exatamente por esses motivos, diversas “ilegalidades” vão sendo cometidas na prática forense²⁵⁵, seja com a permissão da utilização das “cautelares-satisfativas” ao invés do instituto da antecipação dos efeitos da tutela (o que resulta outros problemas práticos, como a questão da coisa julgada, da ampla defesa e do contraditório), seja pela necessidade que a prática jurisdicional tem em inobservar determinadas regras processuais para eventualmente efetivar direitos fundamentais²⁵⁶. Ver-se-á um exemplo desta última situação.

²⁵⁴ Nesse sentido, ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 745; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 09-23; entre outros.

²⁵⁵ Quanto à questão do manejo das “cautelares-satisfativas”, preleciona Teori Zavascki que postular medidas satisfativas em caráter antecipatório dentro do procedimento das ações cautelares, onde os requisitos para a concessão da tutela de urgência são menos rigorosos, significa fraudar o disposto no art. 273 do Código de Processo Civil, segundo o qual, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige *verossimilhança* construída sobre *prova inequívoca*. (Conforme ZAVASCKI, Teori Albino. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante**. In Revista de Processo, vol. 82, p. 56).

²⁵⁶ Necessário pontuar que o presente trabalho, adotando a matriz teórica da *Crítica Hermenêutica do Direito*, sustenta uma postura constitucional substancialista, a qual defende uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, pois tal postura trabalha com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da viabilidade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contudístico que uns política e direito. Negar isto seria negar a força normativa e dirigente da Constituição, daí a possibilidade de o Poder Judiciário trabalhar em prol da efetivação dos direitos fundamentais-sociais à margem do formalismo processual e, assim, conceder os medicamentos aos jurisdicionados, conforme exemplo apontado (demandas por medicamentos). Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 24-25.

Utilize-se a questão da antecipação da tutela de pagar quantia. Como se sabe, não é permitido no processo civil brasileiro a antecipação efetiva das tutelas de pagar. O artigo 273 do atual diploma processual permite em tese a antecipação desses provimentos (teoricamente, permitiria a antecipação de quaisquer provimentos), mas a execução da medida antecipada fica trancada na forma instituída pela execução provisória que, como é cediço, só permite a expropriação de bens (e a consequente entrega do dinheiro) sem caução em poucos casos²⁵⁷. Mesmo assim, em algumas circunstâncias, o Judiciário, pacificamente, permite a execução definitiva, a expropriação e a entrega de valores em sede de liminar: são os casos das demandas por medicamentos.

As ações que visam a obtenção de determinado medicamento em juízo são centenas diuturnamente nos foros de todas as unidades federativas do Brasil. Em geral, o autor propõe a ação, demonstra por meio de laudo médico sua necessidade, além da negativa de um Ente Federativo em entregar o determinado remédio, e acaba, em diversos casos, tendo o pedido concedido em sede de liminar. O Magistrado, ato contínuo, determina ao Ente Federado competente a entrega do remédio sob pena de multa diária. Contudo, na maioria das vezes o medicamento não é entregue, ou seja, a medida judicial não é cumprida. E o que tem o Judiciário feito nesses casos? Tem

²⁵⁷ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existente prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

[...]

§3º: A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, parágrafos quarto e quinto, e 461-A.

Hoje, a matéria anteriormente tratada pelo art. 588 é disposta no art. 475-O.

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

[...]

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem a alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

[...]

§2º: A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

mandado bloquear as contas estatais, expedindo alvará em nome do demandante e praticamente encerrando a questão²⁵⁸.

Ocorre que tal medida contraria todo o sistema da legislação processual posta. Ora, os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil vigente permitem a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no mérito de pretensões de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, trazendo medidas de apoio para que o juiz possa efetivar suas decisões (ou para consecução do resultado prático equivalente), medidas de natureza mandamental e executiva *lato sensu*²⁵⁹. Mas, ainda assim, não permitem,

²⁵⁸ AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO INESPECÍFICO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. MUNICÍPIO DE SANTO ANGELO. DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. BLOQUEIO DE VALORES. 1. Tutela antecipada. Em sendo dever do Poder Público garantir a saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade da requerente de fazer uso dos medicamentos requeridos, imperiosa a concessão da liminar. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. 2. Bloqueio de Valores. Possível a determinação de bloqueio de dinheiro das contas do ente público, pois não raras vezes descumpra decisão judicial, postergando ao máximo suas obrigações, muito embora tal decorra de comando judicial. Recurso a que se nega seguimento. Art. 557, caput, do CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70045831732, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 03/11/2011).

PROCESSIONAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE DAR. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. AFERIÇÃO DA EFICÁCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, CAPUT E § 5º DO CPC.

1. Apesar de possível a fixação, pelo juízo ou a requerimento da parte, de astreintes contra a Fazenda Pública pelo inadimplemento de obrigação de dar, não viola os artigos 461 e 461-A do CPC o acórdão que conclui ser inócua a multa, pois cabe às instâncias ordinárias a aferição da eficácia dessa medida.

2. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de "medidas necessárias", que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o Cumprimento daquelas tutelas.

3. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão "tais como", o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto.

4. Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1062564/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16.09.2008, DJE em 23.10.2008.)

²⁵⁹ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa

como também não prevê o art. 273 do mesmo diploma legal, medidas de apoio para a efetivação (bloqueio de valores e entrega do dinheiro) das decisões antecipatórias que determinem a obrigação de pagar. Assim como não permitem a “conversão”, em sede de liminar, em perdas e danos e a execução “definitiva” dessas perdas e danos (ou, para ficar mais claro, não é permitido, salvo melhor juízo, bloquear valores e entregar dinheiro em sede de liminar, mesmo que a título de “medida de apoio”). Nem mesmo a execução antecipada da multa é permitida, pois a jurisprudência fixou entendimento no sentido da necessidade do trânsito em julgado para a execução da multa coercitiva²⁶⁰.

Realmente, se a entrega do remédio não é feita, o bloqueio de valores e a entrega do *quantum* do medicamento para o autor “efetiva” o resultado prático, qual seja, a obtenção do remédio. O Poder Judiciário age assim em face do Estado, em vista da necessidade de efetivação do direito fundamental da saúde. Mas essa providência não é feita pelo Judiciário em outros casos análogos²⁶¹. Ou seja, os Magistrados não

por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

[...]

§3º. Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos parágrafos 1º a 6º do art. 461.

²⁶⁰ APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXECUÇÃO DAS ASTREINTES FIXADAS EM DECISÃO ANTECIPATÓRIA. Impossibilidade de execução provisória da multa cominada em provimento liminar. Inexistência de coisa julgada material (art. 461, §6º, do CPC). A multa coercitiva é devida desde o inadimplemento, mas exigível somente após o trânsito em julgado. Extinção do processo, em razão da inexigibilidade do título judicial, mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70039659800, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Beatriz Iser, Julgado em 19/10/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. Inexistindo coisa julgada material, mostra-se impossível a execução definitiva da multa arbitrada em provimento liminar. A sanção coercitiva é devida desde o descumprimento da ordem judicial, mas somente passível de exigência após o trânsito em julgado. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70043737493, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 23/08/2011).

²⁶¹ Como se sabe, a execução por quantia certa em face da Fazenda Pública obedece a um rito processual específico (art. 730 e seguintes do CPC), além de a legislação infraconstitucional restringir liminares contra o Poder Público (Lei 9.494/97). Não se está sustentando a impossibilidade de liminares contra o Poder Público; ao contrário, mas não se pode, apenas em determinados casos, voltar-se contra toda a tradição do ordenamento jurídico e da jurisprudência em casos análogos (tanto o ordenamento processual quanto a jurisprudência não aceita, na imensa maioria dos casos, o bloqueio de valores e a entrega do dinheiro bloqueado como “medida judicial de apoio” derivada da interpretação dos artigos 461 e 461-A) ao bel-prazer dos Magistrados. Aliás, a este propósito, Araken de Assis lembra que tanto o texto constitucional como o infraconstitucional impedem execução provisória contra a Fazenda Pública, e que tanto o STF quanto o STJ rejeitaram a realização da execução provisória, na pendência de recurso [RE nº 379.839-RS (Rel. Min. Eros Grau, DJU em 15.04.2005, p. 87), e no REsp nº. 508.225-SC (Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJU em 14.02.2005, p. 158)], salvo nos casos de tutela antecipada relativa a pensões de natureza previdenciária. (Conforme ASSIS, Araken

determinam o bloqueio de contas de pessoas físicas ou jurídicas que eventualmente descumpram liminares que determinem obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, nem mesmo a título de “efetivação” do “resultado prático equivalente”, não aplicando, nesses casos, as “medidas de apoio” dos artigos 461 e 461-A do atual diploma processual .

Essa é uma questão que poderia e deveria ser diversa, a fim de melhor atender a justiça material nos casos concretos, visando uma verdadeira tutela jurisdicional adequada e efetiva, além de prever uma tutela de urgência satisfativa autônoma, poderia melhorar alguns institutos processuais a fim de andar mais longe nesse sentido.

O sistema processual deveria, por exemplo, permitir aos Magistrados que procedessem bloqueio de contas (e liberação de valores) em sede de liminar, contra Seguradoras de Saúde privadas que eventualmente deixem de prestar o serviço de *home care* eventualmente necessitado pelo segurado. O critério legal seria o mesmo e, ainda, ter-se-ia a bandeira do direito à saúde igualmente à disposição. Esta é uma situação que poderia ser melhor tutelada se mais adequadamente se tratasse a questão da multa coercitiva e a execução provisória, questões igualmente importantes para “instrumentalizar” um procedimento de urgência satisfativo autônomo, o que se analisará especificamente no próximo ponto.

De outra parte, pode-se trazer outras questões práticas para elucidar as dificuldades que o sistema processual impõe aos frequentadores do Foro. Em virtude da confusão empreendida pela possibilidade ou não de se propor ações cautelares inominadas com fito satisfativo, e assim, da necessidade de se propor a ação de conhecimento “principal” para, de plano, se requerer a tutela de urgência satisfativa, muitas vezes se afasta o cidadão de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva em razão do formalismo exigido em algumas situações.

É muito comum se necessitar de uma tutela de urgência sem se saber qual é a tutela final que efetivamente se pretende. Noutras vezes, se precisa de uma tutela de urgência, mas o direito material posto em causa, em razão da complexidade da situação fática, pode vir a ser negado tão somente em decorrência de eventual má escolha por

de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 114-115). No mesmo sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 98; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 683.

parte do autor na ação a ser proposta. Dar-se-á um exemplo hipotético de cada uma dessas circunstâncias, para melhor demonstrar o que se quer dizer.

Começa-se pela dificuldade de se eleger a tutela final (definitiva) que se pretenda. Suponha-se que um empresário, sócio de uma sociedade empresarial por cotas de responsabilidade limitada, passe a não mais receber seu pró-labore, mediante uma alteração contratual que assim defina, em razão de eventual maioria simples de decisão nesse sentido, por parte dos demais sócios. Se a decisão dos outros sócios for ilegal ou estiver em desconformidade com o contrato social, qual a alternativa do sujeito, caso queira requerer uma medida de urgência a fim de restabelecer seus ganhos mensais? Em tese, pelas disposições processuais vigentes, seria necessária a propositura de uma ação de conhecimento, pelo rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela nesse sentido.

Mas acontece que, talvez, o sujeito não saiba de plano qual pedido final pretende, ou seja, se vai querer sair da empresa, por quebra da *affectio societatis* (quando seria o caso de uma ação de dissolução parcial de sociedade), se vai querer apenas pedir a declaração de nulidade da alteração contratual (quando proporia uma ação declaratória de nulidade), ou, ainda, se vai querer alguma outra coisa qualquer. Vê-se que, diante dessas circunstâncias, afasta-se do jurisdicionado uma prestação jurisdicional adequada e efetiva, pois precisará decidir, de plano, qual a tutela definitiva que será requerida. Ou, caso queira se utilizar da confusão processual sinalizada no primeiro item deste capítulo, poderá valer-se de uma “cautelar-satisfativa”, torcendo, é claro, que o Magistrado sorteado na distribuição ainda entenda cabível tal hipótese.

Interessante seria que houvesse uma tutela de urgência satisfativa autônoma que possibilitasse ao empresário do exemplo a propositura de uma medida de urgência que lhe deferisse o direito de seguir percebendo seus pró-labores mensais, enquanto se discutiria, em processo posterior (ou não), o que de direito, ou seja, que possibilitasse ao jurisdicionado melhor racionalizar qual o direito material a ser perseguido, sem depender da sorte de uma “cautelar-satisfativa” e sem precisar decidir de plano o que será requerido em definitivo em relação às atitudes dos outros sócios.

De outra banda, passando aos casos em que as circunstâncias fáticas façam com que eventual má escolha formal sobre a ação a ser proposta possa prejudicar, por mera formalidade, o direito material posto em causa, pode-se usar como exemplo os casos em que se persegue a posse de determinado bem. Diversos são os casos em que se

vai à juízo requerer a posse de determinado bem, e diversos são os caminhos processuais cabíveis, dependendo de cada situação. Mas às vezes a situação concreta pode, em razão de sua complexidade fática, vir a prejudicar o jurisdicionado que eventualmente proponha uma ação ao invés de outra (noutras vezes, em razão de eventuais vantagens processuais concedidas por determinadas ações, umas ações são manejadas ao invés de outras, mesmo quando essas outras seriam, em tese, as realmente cabíveis no caso concreto).

Poder-se-ia exemplificar da seguinte forma: um sujeito alugou para outro uma lancheria no centro de Porto Alegre. Nos fundos desse local, já havia, quando o locatário entrou, em um pequeno espaço separado e com uma entrada autônoma (mas pertencente ao imóvel locado), um outro sujeito que ocupava o referido local e nele vendia pastéis. Por esse espaço ocupado, o locador disse ao locatário que nunca havia cobrado e que tolerava simplesmente a presença do vendedor de pastéis, já que ao locador aquilo não incomodava (inexistia, segundo o locador, contrato de locação nesse caso). Ocorre que o locatário, embora tenha aceitado essa situação no início, passou a se incomodar, pois a renda da sua lancheria era prejudicada pela venda dos pastéis. Paralelamente a isso, o locatário da lancheria tinha interesse em comprar o imóvel, eis que a clientela daquele ponto comercial era excelente. Mas, para adquirir, o locatário queria a saída do vendedor de pastéis (até porque necessitaria daquele espaço para construir banheiros, caso quisesse montar um restaurante, a fim de atender à legislação municipal). Por sua vez, o locador não queria se envolver com essas situações (especialmente no judiciário), só queria vender o imóvel e mudar de cidade. O que poderia fazer o locatário da lancheria, caso adquirisse o imóvel e o vendedor de pastéis se recusasse a sair?

Uma Ação de Reintegração de Posse? Mas havia posse ou apenas tolerância? Seria uma Reivindicatória, fundada no domínio? Mas essa ação é demorada e, pela jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não há atualmente liminar concedida no sentido de antecipar a entrega da posse nas reivindicatórias. Ou seria uma imissão de posse, do adquirente que não teve acesso à plenitude da posse? E o locador, será que não teria que propor uma ação de restituição, fundada na desconstituição de um comodato? Mais: nunca se pode esquecer que essa posse tinha

função social, já que com o dinheiro do comércio de pastéis o sujeito sustentava sua família.²⁶²

Importa ressaltar, *in casu*, que o sujeito que tem o direito à posse não pode aguardar o desfecho final de um processo de rito ordinário para utilizar-se do espaço ocupado pelo sujeito vendedor de pastéis. Mas este cidadão recusa-se a sair, mesmo não tendo, em tese, qualquer motivo jurídico para sua permanência. E ficar conjecturando que ação formalmente propor pode prejudicar o então locatário interessado na compra. Ademais, também não seria adequado que, em razão dessas vicissitudes das ações que visam a posse, se utilizasse o então locatário da ação que mais lhe possa trazer benefícios práticos (que, por outro lado, poderia vir a ser julgada improcedente caso um julgamento formal fosse realizado).²⁶³

²⁶² Na ação reivindicatória, real e petítória, o direito à posse decorre do domínio, sendo este a causa de pedir. Na ação de imissão de posse, por sua vez, o direito à posse pode se originar do domínio ou não, podendo se amparar o autor em alguma relação contratual ou legal (contrato de locação, contrato de comodato, promessa de compra e venda, herança). A segunda, pois, abrange a primeira. (Conforme RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 154.). No contrato de comodato, caso o comodatário não devolva o bem ao comodante após a denúncia vazia (nos casos de prazo indeterminado) ou após o encerramento do prazo contratual, caberá ao comodante ação de restituição, que deverá, depois da cognição exauriente, desconstituir o contrato e, ato contínuo, determinar a entrega da coisa. De outra banda, a ação de reintegração de posse, de natureza possessória, é fundada exclusivamente na posse, quando esta é perdida em virtude de esbulho (ato de agressão). (Conforme MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 418, 426 e seguintes.).

²⁶³ Muito se usa a ação de reintegração de posse quando há dúvidas acerca de qual ação utilizar, na medida em que a referida tem procedimento especial. Aliás, vale dizer que a confusão entre teoria e prática nas ações que envolvem a busca da posse é anterior ao advento da tutela antecipada, como bem pontua o Desembargador Eugênio Facchini Neto, em atual julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. FUNGIBILIDADE. TÍTULO DOMINIAL DEVIDAMENTE COMPROVADO. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO ALEGADA EM DEFESA. AUSÊNCIA DE LAPSO PRESCRICIONAL HÁBIL À AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO. 1. Os atos praticados pelos autores demonstram que estes jamais se descuidaram de sua propriedade, restando caracterizada a posse nos termos do art. 1196 do CCB. 2. Tal fato, aliado à ausência de comprovação de posse efetiva por parte dos réus, enseja a procedência do pedido inicial. 3. A clássica distinção entre as ações possessórias e a reivindicatória deve ser repensada, em razão de mudanças na esfera processual. Antes da reforma processual que introduziu entre nós a figura da antecipação de tutela, a distinção entre demandas possessórias e petítória era crucial, pois naquelas cabia, em tese, a concessão de liminar de retomada do imóvel, o que era descabido na segunda. Isso obrigava o proprietário a ter de aguardar o trânsito em julgado da sentença para, posteriormente, executar a sentença e reaver a coisa. Essa era a razão pela qual, muitos proprietários, ainda que amparados em inequívoco título dominial, preferiam ajuizar ação possessória, embasando sua pretensão apenas na posse, e não no domínio, apesar de ser esse inequívoco. Atualmente, em que é cabível a antecipação de tutela também em ações reivindicatórias, a distinção entre as duas pretensões perdeu muito do seu significado e importância, ao menos no caso em que a ação possessória for proposta pelo inequívoco proprietário, pois, nesse caso, convém ancorar a pretensão no título dominial, que não se sujeita ao debate sobre a melhor posse. 4. Quem alega exceção de usucapião, como matéria de defesa, tem o ônus de provar a existência de posse ad usucapionem pelo lapso de tempo suficiente para a aquisição do domínio, o que não ocorreu no caso.

É evidente que, nesse caso, o ideal seria que o sujeito pudesse perseguir em juízo seu direito à posse, de forma urgente, demonstrando a plausibilidade de seu direito e o perigo na demora, para, depois, discutir formalmente a questão em definitivo, com toda a cognição exauriente acerca do tema, e sem deixar de ter atendida sua urgência satisfativa. Isso evitaria o manejo de umas ações ao invés de outras, por conveniência prática (mas inadequação jurídica) e com certeza qualificaria a prestação jurisdicional satisfativa urgente em prol do tão relevante direito à posse.

De todo visto neste ponto, fica evidente a conclusão posta no final da primeira parte deste ponto do trabalho: a jurisdição está ainda confusa em relação às tutelas de urgência, por um lado, operando uma inadequada aplicação prática do processo cautelar, e, por outro lado, demonstrando a inefetividade da tutela antecipada em várias situações práticas. Isto indica a falta de uma regulamentação legislativa mais adequada dos institutos processuais, mas, principalmente, ainda a presença do paradigma racionalista no imaginário dos juristas contemporâneos.

Daí a necessidade do que se vem insistindo no presente trabalho: do imperativo rompimento com a filosofia da consciência por meio da hermenêutica, o que, no particular aqui estudado, possibilitará a implementação de uma tutela de urgência satisfativa e autônoma no processo civil brasileiro, o que finalmente permitirá se falar em tutela jurisdicional adequada e efetiva, como quer a Constituição Federal de 1988 e como anseiam os jurisdicionados há décadas. Ver-se-á, a seguir, uma sugestão de delineamento dessa espécie de tutela (e de alguns institutos que a “operacionalizem”).

2.3.2 Da imperatividade e da possibilidade de implementação de uma tutela de urgência satisfativa autônoma no processo civil brasileiro.

Mostra-se fundamental, em vista de todas essas questões teóricas e práticas apontadas, que o sistema das tutelas de urgência deva ser repensado e alterado na legislação processual civil brasileira. Há iminente necessidade de uma tutela de urgência satisfativa autônoma e genérica, que permita ao jurisdicionado perseguir em juízo suas pretensões urgentes de um modo geral e autônomo, sejam essas pretensões de natureza cautelar ou satisfativa, a fim de evitar (*i*) utilizações indevidas de um

APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70039053137, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 01/11/2011).

procedimento ao invés de outro e (ii) que ilegalidades sejam cometidas, no âmbito da prestação jurisdicional, em (arbitrário) prol da bandeira (da efetividade) dos direitos fundamentais.

Não há mais condições para que a prática forense prossiga agindo contrariamente à legislação em vigor exclusivamente porque os mecanismos contidos no diploma processual são insuficientes para se ter uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. E, para isso, é imperativo romper-se com o paradigma racionalista, deixando de uma vez por todas os ideais do liberalismo clássico e da filosofia da consciência (principalmente a separação entre fato e direito, a discricionariedade judicial e a cultura da cognição exauriente), o que deve ocorrer, como se sustentou neste trabalho, à luz da hermenêutica e do respeito pela integridade do direito.

Feitas as críticas ao modo-de-fazer-Direito no Brasil, anotando as dificuldades impostas pelo ranço metodológico imposto pelo paradigma racionalista (o pensamento liberal-clássico, a filosofia da consciência e o positivismo jurídico), sem deixar de analisar as questões práticas derivadas da prática jurisdicional brasileira, importa traçar, pois, as perspectivas para uma tutela de urgência satisfativa autônoma no direito processual civil pátrio.

Como já se apontou, brevemente, no primeiro item deste capítulo, o Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro prevê a autonomia e a generalização das tutelas de urgência, permitindo sejam as medidas de emergência requeridas antes ou durante o procedimento, tenham elas natureza cautelar ou satisfativa, bastando demonstrar a plausibilidade do direito alegado e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação ou o perigo na demora. Fica claro o grande passo que o Projeto pretende dar, que certamente encerrará, senão por completo, boa parte dos problemas apontados no presente item do trabalho.

Evidentemente, algumas alterações poderiam ser feitas no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. Ora, a generalização da tutela de urgência prevista pelo Projeto certamente poderia, no mesmo artigo, apresentar os requisitos diferentes para provimentos de natureza cautelar e de natureza satisfativa. Como se viu linhas acima, o risco de dano é requisito da tutela cautelar, sendo o perigo na demora requisito da tutela antecipatória satisfativa. Assim, uma tutela de urgência autônoma e genérica

deve, pois, exigir como requisito para concessão a demonstração da plausibilidade do direito e o risco de dano ou perigo na demora.

Ademais, quanto às obrigações de pagar, em um sistema processual como o brasileiro, que abarca demandas de massa, deveria manter a impossibilidade de levantamento provisório de valores (ou seja, manter o esquema – atual e proposto pelo Projeto do CPC – da execução provisória), já que na maioria das vezes tal adiantamento seria irreversível²⁶⁴, mas poderia, sem dúvidas, permitir que, em alguns casos, a multa cominatória fosse executada de plano, antes da ocorrência do trânsito em julgado do processo. Isso certamente resolveria as ilegalidades cometidas em prol de direitos fundamentais, como no exemplo relativo às demandas por medicamentos.

O instituto da multa cominatória, no Projeto do novo CPC, prevê de forma mais detalhada e adequada a multa atualmente prevista pelo diploma processual em vigor. Na verdade, o atual CPC nem sequer regula a questão da multa (mas apenas determina sua aplicação, em liminar ou na sentença), tanto que a jurisprudência teve que fixar o momento em que se torna exigível a multa, como se viu linhas atrás. Entre outras resoluções, o Projeto, mantendo a exigibilidade da multa para após o trânsito em julgado (ou pendência de agravo contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário), conforme entendimento fixado na prática forense, prevê, nos casos em que o descumprimento da obrigação (de fazer, não fazer ou entrega de coisa) puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida do autor, a possibilidade de o juiz conceder em face do réu providência de caráter mandamental cujo descumprimento será considerado crime de desobediência²⁶⁵.

²⁶⁴ No Brasil, é imensa a quantidade de processos judiciais, sejam de natureza executória ou em fase de cumprimento de sentença, que restam infrutíferos quando chegam no momento da penhora de bens/valores e na consequente entrega do dinheiro. Se já é bastante simples para o devedor “esconder” patrimônio, imagine-se como ficaria em casos de antecipação de tutela de dinheiro sem qualquer caução exigida.

²⁶⁵ Art. 503. A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§1º. A multa fixada liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitindo o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário.

[...]

§8º. Sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida, poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência.

Ora, nota-se que os redatores do Projeto privilegiaram determinados direitos fundamentais (saúde, liberdade e vida), em favor dos quais o Magistrado terá mais poder para influir na vontade do demandado. Quer dizer, quando o provimento judicial no sentido de determinar um fazer, um não fazer ou uma entrega de coisa, for descumprido, seja ele liminar ou definitivo, e tal descumprimento tiver o condão de prejudicar a saúde, a liberdade ou a vida do demandante, o juiz poderá/deverá proferir providência de caráter mandamental cujo descumprimento caracterizará crime de desobediência.

Certamente é um avanço. Mantém-se, contudo, a regra geral da multa nos demais casos. Sem dúvidas muitos réus serão “convencidos” a obedecer à ordem judicial imposta. Entretanto, em favor dos três direitos fundamentais referidos, o Projeto poderia ir além. Seria plenamente razoável que se permitisse a execução da multa, de forma imediata, quando, antes do trânsito em julgado (mas desde a decisão liminar), o descumprimento da ordem judicial (de fazer, não fazer ou entregar coisa) pudesse prejudicar a saúde, a liberdade ou a vida do autor da ação. Poder-se-ia, para evitar eventual enriquecimento ilícito, permitir a execução “liminar” da multa até o limite do valor econômico que o demandante obterá com o cumprimento da ordem (caso houvesse, lógico).²⁶⁶

Essa situação sem dúvidas resolveria as ilegalidades cometidas diuturnamente na prática forense em relação à falta de efetividade que o sistema processual ainda (e desde sempre!) acomete aos, por assim dizer, direitos fundamentais de “sobrevivência” (saúde, liberdade e vida). O problema dos medicamentos, por exemplo, seria resolvido, sem a necessidade de decisões que, além de contrariarem o ordenamento processual, atentem contra toda a tradição legal e jurisprudencial sobre o assunto. Todas as demandas que visassem o cumprimento de um fazer, de um não fazer ou de entrega de alguma coisa, que envolvessem esses direitos fundamentais, ganhariam com essa

²⁶⁶ Observe-se que a efetividade prática de transformar eventual descumprimento de ordem que possa prejudicar a saúde, a liberdade ou a vida do autor em crime de desobediência poderá, em alguns casos, restar infrutífera. Ora, o crime de desobediência tem pena de detenção de quinze dias a seis meses, mais multa, conforme o art. 330 do Código Penal. Nessa senda, eventual descumprimento de ordem judicial muitas vezes valerá muito mais a pena do que cumprir a obrigação, já que o cometimento de tal delito será averiguado perante o Juizado Especial Criminal, no qual é apresentada, pelo Ministério Público, oferta de transação penal, antes do início da persecução criminal, para que esta não ocorra caso a transação seja aceita pelo autor do fato. Quer dizer, o sujeito acabará pagando alguma sexta básica para uma entidade carente e, assim, se desvinculará do “problema” criminal. Daí a imperatividade de se alcançar o bolso do demandado, providência que será bem mais efetiva.

benesse. Noutros casos, aguardar-se-ia, com menores prejuízos, o trânsito em julgado da ação (ou pendência de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário) para execução da multa cominatória incidente em eventual ordem judicial descumprida.

Nas hipóteses de cumprimento de obrigação de pagar, manter-se-ia a regra da execução provisória (em caso de antecipação de tutela de pagar), com possibilidade de levantamento de dinheiro ou expropriação de bens antecipada nos casos de créditos de natureza alimentar ou quando o credor demonstrar situação de necessidade e falta de condição de prestar caução. Ainda, nos casos de descumprimento de um fazer, de um não fazer ou de entrega de alguma coisa determinado em liminar, mesmo que não envolvam os direitos fundamentais da saúde, liberdade ou vida, teriam a possibilidade de executar provisoriamente a multa cominatória, podendo levantar dinheiro ou expropriar bens nas situações de necessidade e falta de condição de prestar caução.

Mas, apesar dos entendimentos em contrário à alguns dispositivos do Projeto aqui apresentadas (em especial à questão da multa e aos requisitos de concessão da tutela de urgência), as principais questões da tutela de urgência satisfativa autônoma proposta pelo Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, que foram apontadas no primeiro item deste capítulo do trabalho, fundamentalmente nos artigos 277 e 283 do Projeto, bem atendem às necessidades mais manifestas e práticas da jurisdição civil de urgência, pois permitem o manejo do referido expediente processual de forma autônoma, sem a dependência necessária a um processo principal, quando os requisitos da plausibilidade do direito e da demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação estiverem presentes.

Além disso, o Projeto prevê a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela de urgência obtida (arts. 287, §1º, 288, §2º e 293). A ideia é sumarizar formal e materialmente o processo, privilegiando-se a cognição sumária como meio para prestação da tutela dos direitos. Caso a medida não seja impugnada pelo demandado, manterá seus efeitos independentemente de propositura de uma ação principal, mas não faz coisa julgada. Na hipótese de impugnação da medida, o demandante terá de apresentar pedido principal, em prazo a ser fixado pelo juiz ou em um mês. Essa medida, embora avançada em relação ao que se tem atualmente, ainda é insuficiente, e se assim se sustenta com apoio em Ovídio Baptista da Silva, como se verá a seguir.

Já que o Projeto do novo diploma processual já está avançando no caminho de combate ao império da *ordinariedade*, poderia ir mais além e *inverter* o contraditório, nesse ponto da estabilização/eficácia dos efeitos da tutela de urgência, para o sucumbente dessa medida. Assim, conceber-se-ia uma *ação sumária autônoma*, cautelar ou satisfativa, em que o contraditório também seria assegurado ao réu/sucumbente, mas dispensando-se o autor de iniciar o *plenário* subsequente. Essa inversão do contraditório assegura plenitude de defesa (e devido processo legal) ao réu/sucumbente, mas altera o paradigma que preside o sistema: assegurar o ao demandado ampla defesa na mesma relação processual. Essa técnica implementaria efetividade ao processo, sem qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal e seus consectários (em especial a ampla defesa), mas, principalmente, evitaria que o réu/sucumbente continue a desfrutar das vantagens da mora processual sem qualquer ônus.²⁶⁷

Há alguma doutrina nacional, anterior à iniciativa do Projeto do novo CPC, quanto às tutelas de urgência satisfativas autônomas. Em síntese, Gledson Marques de Campos e Marcos Destefenni apresentam tal tutela como satisfativa e sem necessidade de ratificação em ação principal, sendo suficientes em si mesmas (utilizando-se o procedimento da ação cautelar por falta de previsão legal do instituto). Ademais, os autores sustentam que tais provimentos satisfativos autônomos não são aptos a produzir coisa julgada material, mas são dotados de estabilidade e continuam a produzir efeitos ainda que não confirmados por uma sentença fundada em cognição exauriente.²⁶⁸

Além disso, vale importar a doutrina processual civil argentina nesta quadra do presente trabalho. Jorge Peyrano define o que os argentinos chamam de “medidas autosatisfactivas” como provimentos jurisdicionais urgentes, autônomos, que podem ser deferidos sem a oitiva da parte contrária, quando haja forte probabilidade de que os pleitos formulados sejam atendidos. Tais medidas importam uma satisfação definitiva

²⁶⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **O contraditório nas ações sumárias**. In SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 283. O ex-Projeto de Lei 186/05 previa essa possibilidade, repetida no Anteprojeto em seu art. 273-B, §2º, mas o Projeto do novo CPC inclui essa possibilidade.

²⁶⁸ CAMPOS, Gledson Marques de; DESTEFENNI, Marcos. **Tutela de urgência satisfativa autônoma**. In ARMELIN, Donaldo (Organizador). **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 619-621.

dos requerimentos postulados e constituem uma espécie de tutela de urgência diferenciada da tutela cautelar clássica e da tutela antecipatória.²⁶⁹

Continuando nos ensinamentos da doutrina argentina, Mabel de los Santos define as “medidas autosatisfactivas” como provimentos jurisdicionais urgentes, autônomos, que podem ser deferidos sem a oitiva da parte contrária ou mediante audiência prévia, quando há um interesse certo e manifesto (ou haja forte probabilidade de que os pleitos formulados sejam atendidos) e quando a tutela imediata é imprescindível. Tais medidas não dependem de simultânea ou ulterior propositura de um “processo principal”, tal como nas medidas cautelares (pois não são instrumentais), têm execução imediata e normalmente não serão provisórias, já que tendem a tornar-se definitivas.²⁷⁰

Roberto Berizonce, no mesmo sentido de seus conterrâneos, ensina que a tutela antecipatória é provisória, pois adianta total ou parcialmente os efeitos da tutela final pretendida e a decisão final ocorre apenas quando da sentença, ao passo que as “medidas autosatisfactivas”, por meio de um processo urgente, tem natureza satisfativa com efetividade imediata e definitiva, esgotando e consumindo a lide, pronunciando-se sobre o mérito da pretensão, com efeitos normalmente irreversíveis, tornando desnecessária a continuação do processo ou a propositura de um processo “principal” de conhecimento. Traça o autor, como requisitos de procedência dessas “medidas autosatisfactivas”, a existência de um interesse certo e manifesto, a imprescindibilidade da tutela imediata e a desnecessidade de um processo de conhecimento.²⁷¹

Nota-se que, no direito argentino, salvo melhor juízo, as “medidas autosatisfactivas” são semelhantes ao Mandado de Segurança previsto pela legislação brasileira, em razão da exigência de um requisito mais forte do que a verossimilhança (“interesse certo e manifesto”) e da desnecessidade completa de um processo posterior. Trata-se, no Direito argentino, de uma espécie de “Mandado de Segurança” privado. Não parece nada absurda essa forma de tutela, em especial quando efetivamente a prova

²⁶⁹ PEYRANO, Jorge W. **La medida autosatisfactiva: uno de los principales ejes de la reforma procesal civil.** In GREIF, Jaime (Organizador). **Medidas cautelares.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 215.

²⁷⁰ SANTOS, Mabel de los. **Medida autosatisfactiva y medida cautelar (Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales).** In GREIF, Jaime (Organizador). **Medidas cautelares.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 366, 367 e 376.

²⁷¹ BERIZONCE, Roberto Omar. **La tutela anticipatoria en Argentina.** In GREIF, Jaime (Organizador). **Medidas cautelares.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 159, 162 e 163.

documental for cabal, mas, para fins de melhor atender ao devido processo legal e todos os seus consectários, a previsão de uma tutela de urgência satisfativa autônoma e genérica, com possibilidade de posterior propositura, por parte do sucumbente da medida de urgência, de um processo principal, parece ideal, já que tutela adequadamente o direito da parte autora e, também, o direito de defesa da parte demandada.

Em vista de tudo o que se viu no presente trabalho, começando pela imperativa superação do paradigma racionalista pela hermenêutica, passando pelas necessidades processuais do Estado Contemporâneo e analisando as questões advindas da prática forense, conclui-se que, no ordenamento processual brasileiro, precisa-se de uma tutela de urgência satisfativa autônoma genérica, mais ou menos nos moldes propostos pelo Projeto do novo CPC e pela doutrina nacional e estrangeira sobre o assunto, que venha a tutelar situações de urgência, tenham natureza satisfativa ou cautelar, cujos requisitos sejam (i) a plausibilidade do direito alegado e (ii) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o perigo na demora, sem a necessidade obrigatória da propositura de uma “ação principal” de rito ordinário e com cognição exauriente.

Quanto à estabilização/eficácia dessa tutela de urgência, entende-se que a solução proposta pelo Projeto poderia ser um pouco diferente. É verdade que o Projeto prevê a conservação dos efeitos (práticos) da medida não contestada, mas, caso impugnada pelo réu, determina a obrigatoriedade de uma ação principal posterior. Isso significa que o jurisdicionado terá uma tutela de urgência satisfativa autônoma e genérica à sua disposição, porém ainda teria o ônus de propor um ação principal ordinária caso o sucumbente da medida de urgência apresente contestação/impugnação. Claro que, mesmo tendo seus efeitos conservados automaticamente em caso de impugnação pelo demandado, terá tempo suficiente para delinear um pedido principal mais adequadamente, já com a medida de urgência concedida, mas ainda manter-se-ia o domínio do paradigma da ampla defesa na mesma relação processual. De outro lado, entende-se que a não realização de coisa julgada material parece adequada.

Diante de dessas questões postas, fica claro que o ordenamento processual civil está caminhando em melhores direções, apesar de se ter muito a ser feito. Mas de nada adiantará todas essas mudanças legislativas se o ranço do paradigma racionalista não deixar de permear nos operadores do direito. Aliás, e como já se disse, é condição de

possibilidade para o efetivo rompimento com o positivismo jurídico e com a filosofia da consciência que o modo-de-fazer-Direito no Brasil aceite a virada linguística proposta pela hermenêutica, o que pode fazer acontecer com que respostas adequadas à Constituição sejam finalmente concedidas ao jurisdicionado²⁷², possibilitando, enfim, a entrada (efetiva) do paradigma do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Por fim, a quebra de paradigma ora proposta será indispensável para que as tutelas de urgência aconteçam no Brasil, rompendo-se, de uma vez por todas, com o mito da verdade absoluta e da neutralidade do juiz, o que se operará por meio da aceitação da verdade hermenêutica, sendo esta, pois, a condição de possibilidade para a superação do paradigma racionalista (do positivismo jurídico e da filosofia da consciência) e a efetiva implementação, na teoria e na prática, de uma tutela de urgência satisfativa autônoma no processo civil brasileiro.

²⁷² No que concerne às tutelas de urgência, o “poder” do juiz igualmente não pode ser discricionário, pois, se presentes os requisitos, o Magistrado tem o poder-dever de conceder a medida urgente, sob pena de violar o dever de prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva, que lhe impõe a Constituição Federal. (Conforme CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, Volume III**. 11ª. Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 51-52.). Isso esclarece que dar poder ao juiz não significa permitir que o Magistrado faça qualquer coisa com ele, mas significa permitir que sejam determinadas medidas satisfativas antes da cognição exauriente, com a aceitação da verdade hermenêutica, rompendo-se com o paradigma racionalista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho procurou-se, em um primeiro momento, apresentar um breve esboço histórico da evolução de parte do Estado de Direito, começando pelo Liberal Clássico até o Contemporâneo, com foco no caráter que a jurisdição teve em cada um desses momentos. Para tanto, apresentou-se a concepção de Direito que se tinha no Estado Liberal Clássico e no Estado Contemporâneo e, a partir daí, apontou-se as decorrências que estas concepções trouxeram na jurisdição praticada nessas épocas, em especial no que tange às tutelas de urgência satisfativas. Ao final desta parte inicial, discorreu-se acerca das insuficiências que ainda acometem a jurisdição praticada hoje, fundamentalmente por ainda não se ter rompido com os compromissos ideológicos construídos na modernidade (filosofia da consciência, paradigma racionalista, positivismo jurídico), utilizando-se como sustentáculo para as críticas a hermenêutica.

No momento seguinte, procurou-se investigar de forma mais particular as causas de ainda não se ter, tanto no ordenamento processual, como na concepção de Direito dos juristas brasileiros, prevista e concebida uma tutela de urgência satisfativa autônoma no Brasil, sinalizando problemáticas filosófico-ideológicas, mas também engodos provenientes da prática forense, que impediram até então tal forma de tutela. A partir daí, e com base nas questões teóricas adotadas na primeira parte, procurou-se propor a aceitação de uma verdade consubstanciada na hermenêutica para romper com o paradigma racionalista das “verdades eternas”, ou seja, visando a superação definitiva da resistência contra Juízos de verossimilhança efetuados em sede de cognição sumária.

Quis-se demonstrar, ao longo de toda esta pesquisa, que muitos compromissos histórico-ideológicos provenientes do Estado Liberal Clássico e da filosofia da consciência ainda permeiam na forma de pensar o direito dos operadores do direito contemporâneos, e que, haja vista todas as modificações/evoluções dadas a partir do Estado Contemporâneo, com o advento da sociedade massificada e dos novos direitos, tais ranços ideológicos não podem mais continuar presentes, sob pena de não se manter a carência de uma efetividade plena do paradigma que a Constituição Federal de 1988 impõe com a previsão de um Estado Democrático de Direito que visa transformar as estruturas sociais e promover a justiça social.

É, pois, a partir da hermenêutica que se poderá fazer acontecer a superação definitiva do positivismo jurídico, fundamentalmente da discricionariedade judicial e do dogma da *ordinariedade*. O pensamento positivista ainda está presente na prática jurisdicional brasileira, ante a aceitação, por ampla parte da doutrina e da jurisprudência, da discricionariedade judicial e, também, em razão da dificuldade que ainda se observa, em muitas situações, com a realização de Juízos de cognição sumária²⁷³, tendo em vista a segurança jurídica estática que o paradigma racionalista implementou, trazendo como regra uma jurisdição declaratória e de cognição exauriente.

Quanto à questão da discricionariedade, vale dizer que não parece compatível com a democracia que os princípios, responsáveis pela ruptura com o constitucionalismo formal (de regras), ao devolver ao direito os valores (a justiça) – neoconstitucionalismo, autorizassem o juiz a buscar, em cada caso concreto, as fontes que, a seu bel-prazer, complementassem as leis ou a própria Constituição, à revelia do processo legislativo competente e da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e a historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade), da história institucional das questões fáctico-jurídicas postas em causa. Não há mais espaço, no paradigma do Estado Democrático de Direito, para seguir-se permitindo que o intérprete, nos “casos difíceis”, siga fazendo sua “melhor escolha” (subjetividade assujeitadora do sujeito solipsista).

Daí o rompimento, pela hermenêutica, do esquema sujeito-objeto (pensamento metafísico, clássico e moderno). A viragem linguística operada pela filosofia hermenêutica faz com que a linguagem deixe de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo. É impossível, a partir da invasão da linguagem, desprender o intérprete da circularidade da compreensão, devendo-se sempre escutar primeiro o que diz a linguagem, pois a compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior.

No paradigma exurgente da invasão da filosofia pela linguagem, a preocupação é com a palavra, com a linguagem. Não se define a realidade a partir de nossa

²⁷³ Sabe-se que a ação cautelar inominada e o instituto da antecipação dos efeitos da tutela já avançaram muito na busca por uma jurisdição tempestiva e adequada, mas ainda são insuficientes para uma prestação jurisdicional plenamente efetiva, como se quis apontar no segundo capítulo deste trabalho.

consciência assujeitadora do mundo. A linguagem não está à disposição do sujeito; este depende daquela. Sendo assim, o Direito e os fatos sociais não são mais separados do intérprete. Não se fala mais, pois, em relação sujeito-objeto, mas sim em uma relação sujeito-sujeito. É isso que constitui a superação do paradigma da filosofia da consciência e, nessa linha, condena a discricionariedade judicial, afastando da consciência de cada intérprete a atribuição de dizer o que é o Direito, pela invasão da linguagem.

Tudo isso é a base da *Crítica Hermenêutica do Direito*, adotada no presente trabalho e capitaneada pelo Professor Lenio Streck, a qual sustenta que a hermenêutica, com os aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós-positivista e pós-metafísico, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais, afastando a discricionariedade. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre se lembrando da tradição, da coerência e da integridade, a fim de superar de uma vez por todas o esquema sujeito-objeto.

A hermenêutica acaba por substituir o fundamentar pelo compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, mas sim um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade. O “discurso” hermenêutico sempre é acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre. Fica evidente que a busca pela verdade absoluta fica, a partir de então, completamente ultrapassada. É, nesse ponto, que a hermenêutica, após romper com a discricionariedade, rompe com outro pilar positivista: a *ordinariedade*, consubstanciada no princípio da neutralidade e na segurança jurídica formal, que impuseram o procedimento ordinário e a cognição exauriente.

Nessa senda, a hermenêutica é a consagração da finitude, não sendo a busca nem de uma verdade empírica e nem de uma verdade absoluta, mas de uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem, ou seja, dentro das condições do mundo. Logo, a jurisdição declaratória e de cognição exauriente implementada pelo positivismo jurídico, incorporada pelo procedimento ordinário e fruto dos compromissos filosófico-ideológicos da modernidade, deve ser superada a partir da hermenêutica, o que ferirá de morte a questão das “verdades eternas” e, em

decorrência disso, deste outro pilar positivista, qual seja, a *ordinariedade*, que enraizou um processo de cognição exauriente e com resistência a juízos de verossimilhança.

No processo, portanto, a verdade é a verdade daquele momento em que o juiz decide. Essa é a verdade, ou seja, uma verdade sujeita a determinadas condições de temporalidade e compreensão. É a partir da hermenêutica que se poderá, enfim, romper com as resistências aos juízos de cognição sumária, pondo fim à cultura da *ordinariedade*, permitindo, assim, o acontecimento de uma tutela de urgência satisfativa autônoma e genérica na jurisdição praticada no Brasil, em virtude da substituição das “verdades eternas” pela invasão do mundo prático no Direito. Ora, a verdade “utilizada” no âmbito do direito não pode jamais buscar a forma absoluta, mas sim valer-se da prática, das questões de fato que sobrevierem ao processo ao tempo da decisão, seja ela liminar ou definitiva. A verdade, portanto, é finita, temporal e contingente. Essa é a verdade do direito.

O rompimento do paradigma racionalista pela hermenêutica, ao trazer de volta a temporalidade e a prática ao direito, faria com que a jurisdição não mais tivesse qualquer resistência aos provimentos de urgência satisfativos (sejam autônomos ou antecipatórios), eis que superada estaria a tese da certeza cartesiana, sem que a *segurança jurídica*, por assim dizer, fosse abandonada, em virtude do *controle* que a tradição, o círculo hermenêutico e o respeito à integridade e à coerência trazem na *aplicação* (compreensão-interpretação-aplicação) do direito. Esse é o ponto nevrálgico que se quer demonstrar no presente trabalho: a verdade, nos termos propostos pela hermenêutica, como condição de possibilidade para o acontecer das tutelas de urgência satisfativas e autônomas no direito processual civil brasileiro. Pretende-se impor, pois, o abandono das “verdades eternas” e da resistência aos juízos de verossimilhança enraizados pela filosofia da consciência e pelo positivismo jurídico.

Com efeito, a partir da implementação de um procedimento de urgência satisfativo, autônomo e genérico no processo civil brasileiro, fará com que, finalmente, seja possível a prestação de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, em vista dos imensos ganhos teóricos e práticos que a jurisdição e, principalmente, os jurisdicionados, teriam com essa inovação. É disto que se quis chamar atenção por meio desta dissertação.

Conclui-se, portanto, que no ordenamento processual brasileiro precisa-se de uma tutela de urgência satisfativa autônoma genérica, mais ou menos nos moldes propostos pelo Projeto do novo CPC (apoiada na doutrina nacional e estrangeira sobre o assunto), que venha a tutelar situações de urgência, tenham natureza satisfativa ou cautelar, cujos requisitos sejam (i) a plausibilidade do direito alegado e (ii) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o perigo na demora, sem a necessidade obrigatória da propositura de uma “ação principal” de rito ordinário e com cognição exauriente (ficando tal ônus com o sucumbente da medida de urgência eventualmente concedida), mantendo-se os efeitos da medida concedida, mas sem fazer coisa julgada material.

Nessa quadra da história, parece extremamente importante essa questão, tanto que vem proposta no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. Provavelmente seja essa uma das pastas mais relevantes a serem discutidas no atual momento vivido pela jurisdição brasileira. E, caso seja atentamente observada, como vem sendo, trará ganhos incalculáveis para a prestação jurisdicional, já que se poderá, enfim, passar a se falar que no Brasil se presta tutela jurisdicional adequada e efetiva, como quer a Constituição Federal.

Daí decorre a conclusão acerca do específico objetivo desta pesquisa: há plena necessidade de implementação de uma tutela de urgência satisfativa autônoma no ordenamento pátrio, mas tal depende diretamente da superação do paradigma racionalista a partir da hermenêutica, já que de nada adiantaria uma alteração legislativa sem que se afastasse de vez as resistências ideológicas acerca da cognição sumária apoiada em juízos de verossimilhança, hoje indispensáveis em razão do xeque se que encontra a jurisdição, que precisa adequar as novas concepções de direito trazidas pelo neoconstitucionalismo com a democracia e com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. 2. Ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BERIZONCE, Roberto Omar. **La tutela anticipatória en Argentina**. In GREIF, Jaime (Organizador). **Medidas cautelares**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- _____. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 16ª Reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, compiladas por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. In BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica e por uma repolitização da legalidade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller: fundamento de uma nova hermenêutica**. In BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica e por uma repolitização da legalidade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Teoria do Estado**. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, Volume III**. 11ª. Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CAMPOS, Gledson Marques de; DESTEFENNI, Marcos. **Tutela de urgência satisfativa autônoma**. In ARMELIN, Donaldo (Organizador). **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. **Meios de coerção na tutela específica das obrigações de fazer e não fazer** In FUX, Luiz (coord.). **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápole: Morano, 1958.

_____. **Instituições de processo civil**. Vol. 1. Campinas: Servanda, 1999.

CARPENA, Márcio Louzada. **Do processo cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTANHEIRA NEVES, António. **“Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”**. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV [separata], 1998.

_____. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1. Tradução: Paolo Capitanio, 1. Ed. Campinas: Bookseller, 1998.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. In **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano 2, n 2 e Ano 3, n 3, 2001-2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto)**. In **Revista de Processo**, nº. 90, ano 23, abril-junho de 1998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

COSTA, Pietro. **O Estado de Direito: uma introdução histórica**. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (organizadores). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. Com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. **Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel;

- BINENBOJM, Gustavo (Coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. 2. Ed. Tradução de Paulo M. de Oliveira. Bauru: EDIPRO, 2006.
- DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 2. Ed. Milão: Giuffrè, 1993.
- DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio do devido processo legal**. In LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Organizadores). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica Guido Sá Leitão Rios. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. **A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais**. In CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2009, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, JuanTerradillos Basoco, Rocío Cantanero Bandrés. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.
- _____. **Diritti fondamentali**. Roma: Laterza, 2001.
- FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisada por Enio Paulo Giachini. 10. Ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado Contemporâneo**. Tradução, prefácio e apêndice de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de António Manuel Hespanha. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**, Vol. I: Teoría general del proceso. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. Ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. 1. Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento**. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. **Sobre el concepto de Constitución**. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback e posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 4. Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- _____, **Sobre a essência da verdade: a tese de Kant sobre o ser**. Tradução de Ernildo Stein e revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1970.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- HUNT, E. K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Tradução de José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1982.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2. Ed. Rev. Bauru: EDIPRO, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. Ed. V. 1, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria geral do processo**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. **Comentários ao código de processo civil, v. 12: do processo cautelar, arts. 813 a 889**. Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução para a língua espanhola de Eduardo L. Suárez. 2. Ed. 12ª. Reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid**. In JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela. (organizadores). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade**. Tomo II. 3. Ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do arresto ou embargo**. Atualização: Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. **Tratado das ações. Tomo VI – Ações Mandamentais**. Campinas: Bookseller, 1998.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. 2ª Reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Do processo cautelar**. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, nº 39, p. 178 e seguintes, jul-set 1985.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. Ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman, v. 21). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. Ed., rev., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Dierle Jose Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1. Ed (2008). 2ª Reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

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

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 11. Ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEYRANO, Jorge W. **La medida autosatisfactiva: uno de los principales ejes de la reforma procesal civil**. In GREIF, Jaime (Organizador). **Medidas cautelares**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

PICARDI, Nicola. **A vocação do nosso tempo para a jurisdição**. In PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Introdução ao Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)**. In PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo, volume 1: teoria geral do processo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.

_____. **Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10**. In Revista Eletrônica de Direito Processual (Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ), Ano 4, Volume VI, Julho a Dezembro de 2010, Rio de Janeiro, 2010, p. 60, Disponível em www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf, acesso em 23 de abril de 2012.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

REIS, Mauricio Martins. **As súmulas vinculantes do direito brasileiro e o risco hermenêutico à democracia constitucional: política autoritária de normas ou normas políticas de conteúdo?** In STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago. (Organizadores). **20 Anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **A concretização da tutela específica no direito comparado**. In SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Organizadores) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**.

Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada.** *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, ano 24, n° 70, p. 56 e seguintes, julho de 1997.

_____. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Provas atípicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências.** In STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Anuário 2007, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado de constitucionalidade no STF.** In STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC.** Curitiba: Juruá, 2012.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia.** São Paulo: Best Seller, 2000.

SANTOS, Mabel de los. **Medida autosatisfactiva y medida cautelar (Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales).** In GREIF, Jaime (Organizador). **Medidas cautelares.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2001.

SCHROTH, Ulrich. **Hermenêutica filosófica e jurídica**. In KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2002.

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência: De Piero Calamendrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2.ed. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil, vol. 2: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Da função à estrutura**. In STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizadores). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Jurisdição e processo na tradição romano-canônica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **O contraditório nas ações sumárias**. In SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SMITH, Adam, na obra **Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 3. Ed. Lisboa, Editora FCG, 1999.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman, vol. 49 / orientação de Arruda Alvim. 2. Ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. Ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. **História e ideologia**. 2. Ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1981.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Verdade e consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. Ed., revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)**. Bologna: il Mulino, 1976.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. Ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos: obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Processo cautelar**. São Paulo: Leud, 1976.

TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coordenação); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 2: processo de execução**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. Ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante**. In Revista de Processo, vol. 82.

ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (organizadores). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução Carlo Alberto Dastoli. Com colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006.